

# El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP\*

EDUARDO GAMERO CASADO<sup>1</sup>

*Catedrático de Derecho Administrativo.  
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.  
Consejero de Montero-Aramburu Abogados*

- 1. Introducción: más ruido que nueces**
- 2. Marco normativo**
- 3. Relaciones por medios electrónicos**
  - 3.1. Derecho y deber al medio electrónico
  - 3.2. Canales de comunicación del licitador con la Administración: la presentación de ofertas y documentos y las incidencias técnicas
  - 3.3. Canales de la Administración con el licitador: notificaciones y comunicaciones electrónicas
- 4. Publicidad activa**
- 5. Identificación, firma y apoderamiento electrónicos**
- 6. Los procedimientos electrónicos de contratación; en particular, los sistemas dinámicos de adquisición**
- 7. Catálogos electrónicos**

## Resumen

La contratación electrónica pretende ser una apuesta estratégica de la Unión Europea y del legislador español. Pero la nueva LCSP solo transmite esa impresión en su Exposición de Motivos. El régimen jurídico de la materia es tan decepcionante como lo fue en 2007, y reincide en los

---

*Artículo recibido el 20/09/2018; aceptado el 25/09/2018.*

\* Este trabajo tiene su antecedente inmediato en el artículo «Novedades de la Ley 9/2017 en materia de contratación electrónica: razones de una decepción», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 55, 2018, pp. 447 y ss., del que es una puesta al día.

1. ORCID 0000-0002-6734-8672.

mismos defectos. Además de su pésima sistemática, impone el deber de usar el medio electrónico desde su entrada en vigor, sin articular los medios necesarios para facilitar el acceso. La nueva LCSP solo aporta algunas novedades significativas en materia de publicidad activa, el resto de sus contenidos es mera traslación del articulado de la Directiva 2014/24/UE, alguna de cuyas previsiones (como los catálogos electrónicos) incluso se ha omitido en la trasposición.

Palabras clave: *contratación pública; administración electrónica; contratación electrónica; perfil del contratante; plataformas de contratación; catálogos electrónicos.*

### **The use of electronic, computing and telematic means in the new legislation on public procurement**

#### **Abstract**

*Electronic contracting pretends to be a new strategy of the European Union and the Spanish legislator. However, the new Law 9/2017, of 8 October, on public procurement, only provides this idea in its preamble. The legal framework regarding this matter is as disappointing as it was in 2007, and it perseverates in the same mistakes. Beyond its disastrous systematization, the new legislation imposes the duty of using electronic means just after its entrance into force without articulating the necessary tools for allowing the access. The new legislation only provides some new insights regarding the matter of active publicity, the other rules are a mere transposition of Directive 2014/24/EU which some of its provisions –like those concerning electronic catalogues– have been omitted in the new Spanish legislation.*

*Keywords:* public procurement; electronic administration; electronic contracting; contractor's profile; contracting platforms; electronic catalogues.

## **1**

### **Introducción: más ruido que nueces**

La lectura de la Exposición de Motivos de la nueva LCSP enfatiza la voluntad de potenciar la contratación electrónica, y aludiendo a «la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica», la convierte, aparentemente, en uno de sus ejes transversales. No en vano, se han

puesto repetidamente de manifiesto las virtudes que entraña el empleo de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación pública, aspecto suficientemente destacado en la doctrina<sup>2</sup> y en el plano europeo<sup>3</sup>, incitando a la generalización de la implantación de estos medios, aspecto sobre el que es innecesario abundar ahora.

Sin embargo, tanto la manera en la que ha quedado regulada la cuestión como las determinaciones que se van tomando en lo relativo a su aplicación desmienten esa primera y superficial impresión. Todo cuanto de bueno tiene la LCSP procede de las Directivas traspuestas, y no hay en ella una sola aportación positiva de cosecha propia, más allá de lo referente a las plataformas de contratación, como veremos en su lugar.

En este trabajo no se pretende exponer en detalle el régimen de la contratación electrónica en toda su amplitud y potencialidad, sino centrarse en las concretas consecuencias que aporta la nueva Ley<sup>4</sup>. Y como primera valo-

2. Véase especialmente MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *La contratación pública electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 31 y ss.; pero también GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Contratación pública e innovación tecnológica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 184, 2017, pp. 193 y ss.; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.<sup>a</sup> y VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi/Thomson/Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 378 y ss.; PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F.: *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, La Ley, Madrid, 2009; DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J.: *Claves para una contratación pública electrónica eficaz*, La Ley-El Consultor-Wolters Kluwer, Madrid, 2011; FONDEVILA ANTOLÍN, J.: *La e-Administración y la contratación pública, en especial la subasta electrónica*, CEMCI, Granada, 2013; GAMERO CASADO, E.: «Las reglas generales de la contratación electrónica en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 71, 2008, pp. 103 y ss.; MORENO MOLINA, J. A.: «Administración electrónica y contratación pública», en PIÑAR MAÑAS, J. L., *Administración electrónica y ciudadanos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011; y MEDINA ARNÁIZ, T.: «La apuesta europea por la contratación pública electrónica como buque insignia de la administración electrónica», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 22, 2010, pp. 69 y ss.

3. Véanse especialmente el *Libro verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública en la UE*, de 18/10/2010, COM (2010) 571 final; así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la Administración pública*, de 26/6/2013, COM (2013) 453 final. Aunque tampoco pueden pasarse por alto las abundantes referencias a la conveniencia de impulsar los medios electrónicos que incorporan los considerandos de las Directivas de cuarta generación, y en particular la 2014/24/UE, así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la Administración*, de 19/4/2016, COM (2016) 179 final. Sobre estas y otras iniciativas comunitarias véase el reciente análisis de MARTÍN DELGADO, I.: «El uso de medios electrónicos en la contratación pública», en GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup> (dir.): *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 1665 y ss.

4. Para un estudio más detallado de estas cuestiones pueden consultarse los diferentes capítulos que analizan la materia en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.): *Tratado de contratos del sector público*, 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup> (dir.):

ración general, es inevitable adherirse a la unánime crítica de cuantos hasta ahora han analizado el régimen de la contratación electrónica en la nueva LCSP<sup>5</sup>. Las deficiencias de que adolece la Ley son tanto de técnica normativa (principalmente, sistemáticas) como de alcance sustantivo (contenido material), evidenciando una visión muy empobrecedora del régimen de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación pública; unas carencias de que ya adolecía la Ley en 2007 y que el nuevo texto no ha remediado. Por lo demás, este atraso en la contratación electrónica se percibe también en la práctica, como demuestra el hecho de que otras economías menos potentes que la española hayan implantado plataformas de contratación mucho más eficientes, como es el caso de Chile<sup>6</sup> o Portugal<sup>7</sup>.

## 2

### Marco normativo

La sistemática de la LCSP en materia de contratación electrónica deja mucho que desear.

En primer lugar, el cuerpo principal de la contratación electrónica se regula en un lugar de escasísima visibilidad para los operadores: las disposiciones adicionales decimoquinta a decimoséptima. Con arreglo a las directrices de técnica normativa<sup>8</sup>, este tipo de disposiciones incorpo-

---

*Estudio Sistemático...*, *op. cit.*; y CAMPOS ACUÑA, C. (dir.): *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*, El Consultor-Wolters Kluwer, Madrid, 2018; así como CANALES GIL, Á. y HUERTA BARAJAS, J. A.: *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, Ediciones del BOE, Madrid, 2018, pp. 607 y ss.

5. Comenzando por los trabajos incluidos en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.): *Tratado de contratos...*, *op. cit.*, podemos citar los siguientes: MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: «Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas», pp. 1910 y ss.; FONDEVILA ANTOLÍN, J.: «La subasta electrónica», pp. 2029 y ss.; y GALLEGO CÓRCOLES, I.: «El derecho de la contratación pública: evolución normativa y configuración actual», pp. 135 y ss. Otras interesantes e igualmente críticas aportaciones son: MARTÍN DELGADO, I.: «El uso de medios electrónicos...», *op. cit.*, pp. 1672 y ss.; y CASES PALLARÉS, J.: «La contratación electrónica en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público», *Cunial. Revista de Estudios Locales*, n.º 205 (monográfico sobre la nueva Ley de Contratos del Sector Público), 2017, pp. 34 y ss.

6. Véase la plataforma de compras públicas de Chile, *Chilecompra*, accesible en <http://www.chilecompra.cl/> (última visita: 4/6/2018). El legislador español podía haber tomado nota de la aportación de GARCÍA JIMÉNEZ, A.: «El sistema electrónico de contratación pública chileno: Chilecompra», *Revista de Administración Pública*, n.º 219, 2016, pp. 363 y ss.

7. Se puede acceder a la plataforma de contratación portuguesa (con información sobre la legislación aplicable) en <http://www.base.gov.pt/Base/pt/Homepage> (última visita: 4/6/2018).

8. Resolución de 28/7/2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22/7/2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, *BOE* n.º 180, de 29/7/2005.

ran «las reglas que no puedan situarse en el articulado sin perjudicar su coherencia y unidad interna», y en particular, conforme a la pauta 39 d) de las directrices, en estas disposiciones se contienen «Los preceptos residuales que, por su naturaleza y contenido, no tengan acomodo en ninguna otra parte del texto de la norma». Esa es la consideración que merece la contratación electrónica para nuestro legislador (a pesar de la rimbombante Exposición de Motivos): la de «preceptos residuales». Pero además de este error de categorización, la LCSP cuenta con un estupendo Título Preliminar, cuya rúbrica es «Disposiciones generales», y no parece que tenga difícil acomodo en su seno un capítulo específico sobre el uso de las tecnologías de la información en la contratación pública. En comparación, las Directivas traspuestas incorporan tales determinaciones directamente en el articulado.

En segundo lugar, hay que lamentar la asistemática que presenta la secuencia de las disposiciones adicionales en comentario, pues la decimo-sexta debía aparecer en primer lugar, al ser la de contenidos más genéricos, emplazándose tras ella las otras dos. La ordenación elegida por el legislador introduce mayor oscuridad en la materia, complicando su adecuada interpretación.

En tercer lugar, es asimismo lamentable la sistemática interna de cada una de estas disposiciones, con reglas que se repiten, preceptos redactados con párrafos sin numerar (complicando su identificación y cita en cualquier escrito), y con una falta de rigor lógico que nuevamente dificulta la labor del intérprete.

Por último, es también llamativa la desconexión de estas disposiciones con el texto articulado, operando como si fueran un apósito inconexo y desgajable de la Ley a la que pertenecen. Este desapego se produce bidireccionalmente: ni el articulado remite a estas disposiciones, ni viceversa. Así, cuando se leen las adicionales, parece que no existan los perfiles de contratante; o cuando se estudia el régimen de las comunicaciones y notificaciones en el recurso especial en materia de contratación (art. 54 LCSP) nada hace sospechar al intérprete que la disposición adicional decimoquinta contiene reglas esenciales para determinar el régimen jurídico de tales comunicaciones y notificaciones.

En definitiva, un lamentable despropósito cuyas consecuencias no son meramente literarias, pues se resiente la seguridad jurídica (principio esencial proclamado en el art. 9.3 CE) y se perjudica la labor de los operadores jurídicos, además de generarse riesgos innecesarios en la adecuada salvaguardia de los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones públicas, por las dificultades añadidas de interpretación que suponen estos defectos de técnica normativa.

Al escenario apuntado se debe añadir el autismo normativo de que hace gala la LCSP, que se diría autosuficiente en materia de contratación electrónica, y no contiene ni una sola remisión a lo dispuesto en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC), ni en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público (LRJSP).

Es cierto que juega en todo caso la supletoriedad de las normas administrativas aprobadas por el Estado en ejercicio de sus competencias constitucionales sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico de las Administraciones públicas<sup>9</sup>. En este sentido es llamativo que la disposición final cuarta LCSP únicamente evoque la aplicación supletoria de la LPAC, cuando también es aplicable la LRJSP, en toda la contratación del sector público, y no solo en lo relativo a los medios propios personificados (como da a entender esa disposición final, apartado 3).

La cuestión no es menor, porque la aplicación supletoria de esas normas es imprescindible para integrar ciertos aspectos que no aparecen regulados en la LCSP ni han sido objeto de desarrollo reglamentario, y que se contienen tanto en la LPAC como en la LRJSP. Por ejemplo, parece claro que el régimen de la identificación electrónica establecido en el art. 9 LPAC es perfectamente aplicable en materia de contratación electrónica; y también es llano que la identificación y firma electrónica del sector público por lo que se refiere a los actos del procedimiento de contratación se rigen por los arts. 40 y ss. LRJSP, en la medida en que no exista un régimen especial en materia de contratación electrónica.

Así pues, para conocer el régimen aplicable a la contratación electrónica habrá de acudir en primer lugar a la LCSP, en segundo lugar a sus disposiciones de desarrollo, y en tercer lugar al derecho administrativo básico/común y las disposiciones de desarrollo de este último. Se notará que, a pesar del autismo normativo ya referido (la omisión de remisiones recíprocas entre las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos), en términos generales no se producen antinomias o supuestos de colisión normativa, sino que las leyes 39 y 40/2015 complementan la ordenación de la materia. Solo en casos puntuales, que indicaremos oportunamente (como es

9. Véase especialmente MARTÍN DELGADO, I.: «Contratación pública y procedimiento administrativo común: una reflexión general sobre el uso obligado de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 147, 2017, con abundancia de referencias. Un detenido análisis del alcance de la aplicación de las normas del procedimiento administrativo común en los procedimientos de contratación puede verse en GIL CONDÓN, M. Á.: «La nueva regulación del procedimiento administrativo y su proyección e incidencia en los procedimientos en materia de contratación», en GIMENO FELIU, J. M.ª: *Estudio Sistemático...*, op. cit., pp. 1715 y ss.

el régimen de las notificaciones electrónicas), se contienen en la LCSP especialidades que desplazan a las leyes básicas/comunes y hacen inaplicables sus determinaciones.

Por su parte, las comunidades autónomas y entidades locales no podrán desplazar este derecho básico/común compuesto por las leyes 39/2015, 40/2015 y 9/2017 con disposiciones propias en materia de contratación electrónica: solo podrán complementar el compuesto normativo estatal por razones de autoorganización.

En otro orden de consideraciones, pero para continuar integrando el sistema de fuentes aplicable en materia de contratación electrónica, es de significar que la LCSP articula varias remisiones normativas: la disposición final sexta habilita con carácter general al Ministerio de Hacienda y Función Pública para aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las normas necesarias para el uso de medios EIT; la disposición adicional decimosexta.1 f), párr. 2.º, dispone que por el Ministerio se establecerán –asimismo mediante Orden– las condiciones de utilización de las firmas electrónicas en los procedimientos de contratación del Sector Público; y el apdo. 2 de esa misma disposición adicional decimosexta establece que mediante Orden del mismo Ministerio se definirán las especificaciones técnicas para la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación del sector público. El principal problema que plantean todas estas remisiones normativas es la dificultad de predicarles carácter básico, debido al humilde rango reglamentario mediante el que se contempla su aprobación: conforme a la jurisprudencia constitucional en la materia (SSTC 77/1985, 203/1993, 225/1993, 385/1999, 213/1994, 102/1995, 174/1996, 197/1996, 207/2012...), cuando se habilita a la potestad reglamentaria para dictar normas básicas es preciso reunir dos requisitos: 1) que la habilitación y el carácter básico de la norma remitida se establezcan clara y expresamente; y 2) que la norma remitente justifique la remisión normativa por el carácter técnico de la medida. Aunque lo primero puede resultar dudoso, lo segundo es claro que no se produce, lo cual suscitará dudas de constitucionalidad en el caso de que el MINHAFP dicte disposiciones de carácter básico utilizando estas habilitaciones normativas.

De otro lado, en el marco del régimen jurídico aplicable a cada relación contractual no se pueden perder de vista las actuaciones dictadas en cada contratación específica. Las disposiciones en examen permiten articular excepciones (p. ej., disposición adicional decimoquinta.3, párr. 2.º, y disposición adicional decimoquinta.4, sobre las que volveremos después), o remiten a las determinaciones del órgano de contratación para concretar los medios informáticos y electrónicos que deberán emplear los licitadores. En este sentido es muy significativa la importancia de los pliegos (en particular, el de prescrip-

ciones administrativas particulares) para concretar el régimen jurídico al que se sujetan las actuaciones por medios electrónicos en cada licitación.

### 3

## Relaciones por medios electrónicos

### 3.1

## Derecho y deber al medio electrónico

La LCSP impone el deber de relacionarse por medios electrónicos a todos los licitadores (sean personas físicas o jurídicas) y en todos los procedimientos de contratación (sea cual sea el tipo o cuantía del contrato), desde el mismo momento de su entrada en vigor. Lo primero que tenemos que decir es que esta trascendental obligación no se proclama de manera suficientemente visible para los operadores jurídicos, escamoteada como está en las profundidades asistemáticas de las tres ínclitas disposiciones adicionales. Así, la disposición adicional decimoquinta.3, párr. 1.º, dispone: «La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional», y la disposición adicional decimoquinta.1, párr. 1.º, establece: «Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica». De esta críptica manera y sumando el efecto de ambos preceptos, resulta que los licitadores tienen el deber de relacionarse (bidireccionalmente) por medios electrónicos a todo lo largo del procedimiento de licitación y adjudicación del contrato.

Un poco más pedagógica es la Exposición de Motivos<sup>10</sup>, que advierte: «Junto a todo lo anteriormente señalado, debe necesariamente aludirse a la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario». En efecto, las Directivas permitían una moratoria en relación con este punto (plazo de 30 meses), de la que no se ha querido servir el legislador español, que hace gala aquí de una encomiable apuesta de vanguardia. Por lo demás, las Directivas imponen la contratación electrónica en los contratos sujetos a una re-

10. Aquí rubricada como «Preámbulo», con una evidente infracción del art. 129.1 LPAC, que reserva esta última denominación para los reglamentos. Aunque la STC de 24 de mayo de 2018 (rec. 3628/2016) haya declarado este precepto contrario al orden constitucional de competencias, se debe reputar vinculante para el Estado.



gulación armonizada, en tanto que el legislador nacional amplía el deber a todos los contratos sin excepción. El problema reside en que siguen sin resolverse gravísimos problemas implicados en la relación obligatoria por medios electrónicos, por lo que esta triunfalista retórica legislativa supone una ilusoria temeridad, que la Administración acomete *pro domo sua*, consintiéndose a sí misma todo tipo de salvaguardias, pero postergando a los ciudadanos a una posición lamentable, como hemos de ver en el último epígrafe de este apartado. Se trata, por otra parte, de una aspiración inalcanzable, puesto que los indicadores de implantación de la administración electrónica<sup>11</sup> revelan que un altísimo porcentaje de Administraciones públicas (especialmente las entidades locales de menor tamaño) carecen todavía de los medios y servicios electrónicos imprescindibles para la implantación de plataformas y herramientas de contratación electrónica integral.

En el último lustro asistimos a una imparable transfiguración del derecho a relacionarse por medios electrónicos en un deber<sup>12</sup>. El hito que a tal efecto supuso el art. 14.2 LPAC, estableciendo el deber de relacionarse por medios electrónicos a todas las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, se ve ahora ampliamente sobrepasado por esta universalidad del deber que consagra la disposición adicional decimoquinta LCSP (de hecho, ya se afirmó que, desde la entrada en vigor de la LPAC, la relación electrónica era obligatoria para las personas jurídicas también en materia de contratación)<sup>13</sup>, y ello, a pesar de los gravísimos problemas que viene suscitando a la ciudadanía la relación obligatoria por medios electrónicos, como profundamente ha expuesto COTINO<sup>14</sup>.

Dejando para más tarde el análisis de la cuestión en lo referente a las comunicaciones electrónicas (que tienen un amplio régimen específico directamente establecido en la LCSP), nos centramos ahora en otras implicaciones

11. Pueden consultarse tanto en la sección de indicadores como en la de informes del Observatorio de Administración Electrónica, accesible en el Portal de Administración Electrónica ([http://administracionelectronica.gob.es/pae\\_Home/pae\\_OBSAE.html](http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_OBSAE.html), última visita 31/5/2018).

12. Como he expuesto en GAMERO CASADO, E.: «Panorámica de la administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica», *REDA*, n.º 175, 2016, pp. 18 y ss.; y en GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 390 y ss.; lugares a los que remito para ampliar las consideraciones que consigno en este trabajo.

13. Véanse CAMPOS ACUÑA, C.: «¿Contratación pública electrónica obligatoria? La visión del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público a la luz de la Ley 39/2015», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 147, 2017-La Ley 9917/2016; y YÁÑEZ SÁNCHEZ, G.: «Contratación pública electrónica obligatoria», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 23, ref. 2904/2017.

14. Véase su minucioso análisis de la cuestión en COTINO HUESO, L.: «El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 14.2 LPAC). Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12 LPAC)», en GAMERO CASADO, E.: *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, tomo 1, pp. 476 y ss.

del deber de relacionarse por medios electrónicos. Se trata, concretamente, de la posibilidad de imponer a los licitadores el uso de herramientas electrónicas específicas que establece la disposición adicional decimoquinta.<sup>6</sup> Este régimen se aplica en concretos tipos contractuales: contratos de obras, de concesión de obras, de servicios, concursos de proyectos y contratos mixtos con elementos de los mismos; y consiste en obligar a los licitadores a que utilicen dispositivos o herramientas electrónicas específicas como modelado digital de la información de la construcción (BIM) o similares. Se trata de una previsión razonable en razón de la modalidad contractual. Para evitar la brecha digital y no erosionar la libre concurrencia, la disposición adicional decimoquinta.<sup>7</sup> prevé que, en tanto tales herramientas estén generalmente disponibles para los operadores económicos, se ofrezcan a los licitadores medios de acceso alternativos apropiados, p. ej.: *a)* el acceso completo y directo por medios electrónicos a dichas herramientas; *b)* la garantía de que se pueda acceder al procedimiento de contratación mediante mecanismos de acceso provisionales; o *c)* un canal alternativo de presentación electrónica de ofertas. En tanto que no se imponga este concreto deber, hemos de entender que se pueden presentar las ofertas en todos los formatos admitidos por el Esquema Nacional de Interoperabilidad y sus normas técnicas de desarrollo.

Lo más llamativo de la imposición del medio electrónico es la asimetría con la que el legislador configura la cuestión, concediendo a la Administración un gran margen para optar entre imponerlo o no, pero entregando en todo caso a los licitadores al criterio establecido por la Administración. Se contemplan, concretamente, tres excepciones:

- a) Por razones de competencia, disposición adicional decimosexta.<sup>1</sup>: para evitar que la imposición del medio electrónico restrinja el acceso de los operadores económicos produciendo efectos discriminatorios.
- b) Por razones de carácter técnico y operacional, disposición adicional decimoquinta.<sup>3</sup>, párr. 2.º: cuando se requerirían herramientas, dispositivos, aplicaciones, formatos de archivos, equipos ofimáticos, etc., no disponibles para los operadores económicos o para el órgano de contratación.
- c) Por razones de seguridad, disposición adicional decimoquinta.<sup>4</sup>: para la protección adecuada de información cuando se hayan producido violaciones de seguridad, o cuando el nivel de protección que requiere la información no se pueda alcanzar utilizando los dispositivos, herramientas y aplicaciones que se encuentren a disposición de los operadores económicos.

Las tres excepciones son razonables; la primera no viene expresamente contemplada por las Directivas (suscitando dudas sobre la pureza de la trasposición)<sup>15</sup>, en tanto que las otras dos sí<sup>16</sup>; y las tres se encuentran sujetas a un mismo requisito: que el órgano de contratación motive en un informe específico las razones por las que considera necesario utilizar medios distintos a los electrónicos. Este informe constituye una pieza clave en los procedimientos de contratación que se inicien tras la entrada en vigor de la Ley hasta que se normalice plenamente la contratación electrónica. Conviene notar que, si el órgano de contratación no articula expresamente estas excepciones mediante su informe motivado, el medio electrónico es obligatorio. En cuyo caso puede suceder que algún licitador no repare en ello (la oscuridad normativa contribuye al error) y presente su oferta por medios presenciales. En tal caso cualquier competidor está legitimado para impugnar la admisión de la oferta, al haberse infringido el deber de relacionarse por medios electrónicos.

Esto sucedería siempre que la Administración disponga de medios electrónicos mediante los que presentar las ofertas, no haya excepcionado expresamente el deber de relacionarse por medios electrónicos, y haya unos licitadores que cumplan el deber y otros que no. Pero la cuestión también nos lleva a plantearnos otras consecuencias de incumplimiento por la Administración si no ha implantado materialmente los medios adecuados para la presentación de ofertas: ¿puede darse el caso de que un licitador haga la presentación mediante el registro electrónico, y luego impugne las demás, realizadas por medios presenciales? Este supuesto no parece realizable por la propia dinámica del procedimiento, articulándose las ofertas mediante su presentación en sobres cerrados e independientes, y estableciéndose en los anuncios y pliegos sus lugares de presentación física: no se alcanza cómo atender estos requerimientos mediante una presentación electrónica, en la que difícilmente se puede satisfacer la encriptación unilateral de un fichero para que sea posteriormente accesible con garantías de confidencialidad e integridad al momento de abrirse las plicas. Entiendo que en este caso lo más que puede hacer un licitador es impugnar el anuncio de licitación en el caso de que no establezca el deber de presentar las ofertas por medios electrónicos, y el órgano de contratación no haya justificado expresamente por qué.

Como cierre de esta problemática volvamos al tema de la asimetría. Las Directivas quieren que los licitadores dispongan *en todo caso* de un medio elec-

15. Especialmente crítico se muestra MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: «Régimen general...», *op. cit.*, pp. 1932 y ss., con las deficiencias de la LCSP en la trasposición de las Directivas por lo que se refiere a la imposición del canal electrónico.

16. Véanse los considerandos 53 y ss. y el art. 22 de la Directiva 2014/24/UE.

trónico para la presentación de ofertas, a fin de que *voluntariamente* puedan hacer uso del canal aun cuando la presentación no sea preceptiva por ese medio<sup>17</sup>. La realidad de las cosas dista mucho de cumplir este mandato, especialmente, como ya se ha dicho, en las entidades locales. En la misma línea, cabe decir que abunda el caso de Administraciones que no han articulado servicios básicos de administración electrónica, como las notificaciones o el acceso al expediente. Hasta ahora, estos graves incumplimientos, que además generan enormes incertidumbres en los operadores económicos, no se veían correspondidos con consecuencias.

La cuestión puede cambiar radicalmente si se generalizan las impugnaciones de los licitadores que entiendan incumplido el régimen de las relaciones electrónicas obligatorias, en particular cuando el órgano de contratación admita la presentación en papel sin una previa memoria justificativa, o incluso cuando la justificación ofrecida carezca de fundamento. Ya existe, en este sentido, un relevante precedente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en lo sucesivo, TACRC), que anula una licitación por el simple hecho de admitir la presentación presencial de ofertas. Se trata de su Resolución 632/2018, de 29 de junio, cuyo razonamiento es de extrema rotundidad: se limita a 1) reproducir los apartados 3 y 4 de la disposición adicional decimoquinta LCSP, en los que se establecen el deber de relacionarse por medios electrónicos y sus excepciones; 2) constatar que en el asunto no concurren tales excepciones ni el órgano de contratación las consigna en su informe; 3) anular el Pliego de Cláusulas Administrativas Contractuales (y con ello, la licitación del contrato), en la medida en que admitía la presentación de ofertas por medios presenciales; 4) recordar que el deber de relacionarse por medios electrónicos en materia contractual no afecta solo a las personas jurídicas (como ocurre en materia de procedimiento administrativo común con arreglo a la Ley 39/2015), sino que alcanza también a las personas físicas.

Esta Resolución no solo es muy contundente, sino que apunta a efectos de alcance telúrico si su doctrina se generaliza. A día de hoy siguen licitándose infinidad de contratos cuyos pliegos admiten la presentación de ofertas por medios presenciales, o incluso establecen el medio presencial como único canal posible de presentación. En unos casos es por falta de medios, pero en otros muchos (que se pueden apreciar con una simple consulta de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público) es por una mera prolongación de la práctica anterior, sin justificación (ni formal –en el expediente–

---

17. Así se desprende del considerando 52 y del art. 22 de la Directiva 2014/24/UE.

ni de fondo) que permita eludir el canal electrónico obligatorio. Pero, desde luego, no se puede negar a esta Resolución su completo ajuste a derecho, pues ciertamente la Ley obliga a implantar y utilizar exclusivamente el canal electrónico. Esta línea de doctrina acabaría con la asimetría en la imposición del deber de relacionarse por medios electrónicos que hemos comentado más atrás, e impondría verdaderamente a la Administración el deber de articular el canal electrónico.

Para concluir, en apartados sucesivos comentaremos los efectos que se deben predicar de algunos de estos incumplimientos, como la omisión de publicidad activa en los perfiles de contratante o la inexistencia de plataformas de notificación electrónica.

### 3.2

#### **Canales de comunicación del licitador con la Administración: la presentación de ofertas y documentos<sup>18</sup> y las incidencias técnicas**

En relación con este punto lo primero a notar es que la canalización de los escritos de los operadores económicos no tiene por qué realizarse mediante el sistema de registro electrónico único implantado por el art. 16 LPAC, en cuanto que la disposición adicional decimoséptima se consagra por entero a determinar los requisitos que deben reunir las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de ofertas que se implanten, dando con ello a entender que puede usarse cualquiera que satisfaga tales exigencias. Aunque sería preferible que el legislador explicitara de mejor modo la articulación entre uno y otros, es razonable que existan plataformas específicas para la contratación pública en razón de las particularidades que rodean este ámbito de actuación: algo que resulta evidente en procedimientos como las subastas electrónicas, cuya celebración requiere de unos medios cuyas características hacen inviable el uso del registro general; pero que también se extiende a aspectos generales, como la encriptación de las ofertas para preservar su confidencialidad hasta el momento mismo de la apertura de las plicas. Más allá de describir las garantías y exigencias de estos medios, la Ley no establece el instrumento jurídico mediante el que se pueden imponer, por lo que cabe

18. El análisis por extenso de esta cuestión es excelentemente abordado por MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: «Régimen general...», *op. cit.*, pp. 1909 y ss.; y MARTÍN DELGADO, I.: «El uso...», *op. cit.*, pp. 1657 y ss. Por lo demás, dado que esta materia ofrece escasas novedades, será asimismo provechosa la consulta de MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *La contratación pública electrónica*, *op. cit.*, pp. 127 y ss.; y DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J.: *Claves para una contratación...*, *op. cit.*, pp. 262 y ss.

que el anuncio de licitación y los pliegos determinen los medios electrónicos que se utilizarán en ese concreto procedimiento. Lo más reseñable de esta disposición es la inútil duplicidad en que incurre respecto de la disposición adicional decimosexta.1, reiterando requisitos y exigencias que esta última ya impone con carácter general, y que por tanto también son predicables de la presentación de escritos.

Una importante novedad es la admisión de entregas faseadas de ofertas, regulada en la disposición adicional decimosexta.1 h). Consiste en la posibilidad de envío de la huella electrónica de la oferta, con lo que basta para entenderla presentada, procediéndose a la entrega de la oferta propiamente dicha en el plazo de 24 h (caso contrario se entiende retirada). La huella electrónica<sup>19</sup> es un código único que se asigna a un documento electrónico al aplicarle una utilidad informática denominada función *hash*, en cuya virtud un concreto documento producirá siempre la misma huella digital, por lo que permite detectar cualquier modificación posterior del documento. Por consiguiente, la aportación de la huella electrónica permite verificar que un documento enviado posteriormente estuviera efectivamente generado al momento de enviar su huella, de tal manera que el envío de la huella equivaldría a la aportación del documento en plazo, siempre que el propio documento se aporte posteriormente en el período autorizado para ello. Esta razonable previsión pretende sortear problemas de colapso y caídas del sistema en fechas críticas, inmediatas a la terminación de plazos: cuando el sistema esté saturado, resultará mucho más fácil presentar tan solo la huella electrónica en lugar de la documentación completa, la cual cabe aportar en esas 24 horas extra con mayor serenidad. Por otra parte, si la razón por la que se presenta una huella electrónica es la caída o saturación del sistema, cabe pensar que el interesado presente el documento por otro medio que no sea esa plataforma, toda vez que la autenticidad e integridad del documento

19. Puede verse la definición que aparece en la página de la plataforma de validación de firmas y certificados VALiDe (accesible en <https://valide.redsara.es/valide/faqs.html#24> ; último acceso: 31/5/2018):

*Una huella digital es un conjunto de datos asociados a un mensaje que permiten asegurar que el mensaje no fue modificado. La huella digital o resumen de un mensaje se obtiene aplicando una función, denominada hash, a ese mensaje, lo que da como resultado un conjunto de datos singular de longitud fija.*

*Una función hash tiene entre otras las siguientes propiedades:*

*Dos mensajes iguales producen huellas digitales iguales.*

*Dos mensajes parecidos producen huellas digitales completamente diferentes.*

*Dos huellas digitales idénticas pueden ser el resultado de dos mensajes iguales o de dos mensajes completamente diferentes.*

*Una función hash es irreversible, no se puede deshacer, por tanto su comprobación se realizará aplicando de nuevo la misma función hash al mensaje.*

puede acreditarse mediante el cotejo de su huella electrónica con la huella previamente presentada.

El resto de exigencias establecidas en el precepto ya se aplicaban con la Ley anterior y no requieren comentario a efectos de este trabajo.

En cambio, sí conviene apuntar someramente la doctrina que ha ido forjando el TACRC acerca del acaecimiento de incidencias técnicas durante los plazos de presentación de ofertas, y que se contiene, entre otras, en sus resoluciones 592/2018, sobre una supuesta incidencia en subasta electrónica (visualización de ofertas contrarias); 595/2018 y 560/2018, referentes a una inadmisión en un acuerdo marco (incidencias en plataforma de presentación de proposiciones); y 1188/2017, que confirma la legalidad de la repetición de una subasta electrónica (la prestadora de la plataforma de subasta electrónica reconoció error técnico que llevó al órgano de contratación a repetir el proceso). De estas resoluciones se infiere que la invocación de incidencias técnicas pretendidamente restrictivas de derechos (p. ej., caídas o fallos del sistema) debe ser probada por los licitadores. Según doctrina del TACRC, se trata de una cuestión no estrictamente jurídica sino técnica, y la Administración goza, en este aspecto, tanto de *i*) discrecionalidad para configurar los sistemas de soporte y seleccionar proveedores de servicios para tramitación electrónica, como de *ii*) presunción *iuris tantum* de veracidad en sus informes técnicos y afirmaciones. En virtud de este orden de cosas, el recurrente debe probar la producción del fallo técnico: por una parte, debe solicitar prueba acreditativa del correcto funcionamiento del sistema a la Administración (en su caso, del proveedor del servicio); y por otro lado, si el resultado del informe no le es favorable, lo tiene que rebatir con prueba a contrario, lo cual no deja de ser una *probatio diabolica*, pues al no controlar las plataformas de contratación, le será francamente difícil aportar pruebas tecnológicas que acrediten el fallo del sistema.

### 3.3

#### Canales de la Administración con el licitador: notificaciones y comunicaciones electrónicas

Se trata de un punto muy controvertido por tres factores combinados: 1) la imposición obligatoria del medio electrónico para la práctica de las notificaciones administrativas; 2) el lamentable modo en el que la propia LCSP y la LPAC regulan las notificaciones electrónicas<sup>20</sup>; 3) el caótico modelo de im-

<sup>20</sup>. Para ampliar cuanto al respecto se dice aquí debe consultarse MARTÍN DELGADO, I.: «La difusión...», *op. cit.*, pp. 1990 y ss.

plantación de plataformas de notificación administrativa que están siguiendo las Administraciones públicas, generando situaciones de absoluta indefensión a los interesados.

En relación con el primer punto, la disposición adicional decimoquinta.2 establece con carácter general que las notificaciones y comunicaciones tendrán lugar *exclusivamente* por medios electrónicos, aspecto en el que incide el art. 54 LCSP, al insistir en este deber por lo que se refiere al recurso especial en materia de contratación. La LCSP solo admite dos concretos medios electrónicos de notificación: en la dirección electrónica habilitada única (DEHU) o mediante comparecencia electrónica, cuestiones reguladas en la LPAC<sup>21</sup>. Este *numerus clausus* de medios de notificación solo lo es en cuanto a las modalidades, pero no en su número, puesto que cada Administración pública ha podido crear su DEHU, y además pueden existir tantas plataformas de notificación administrativa por comparecencia electrónica como plazca a los órganos actuantes, que no encuentran límite legal para proceder a su creación. Esta circunstancia, unida a los otros dos puntos críticos en examen (el régimen general de las notificaciones electrónicas y el modelo de implementación seguido en la práctica por las Administraciones públicas), conducen a una situación caótica en la que se genera indefensión a los ciudadanos.

Para comprender cabalmente la situación es preciso tener en cuenta varios elementos distintos. El primero de ellos es que, a fin de que la práctica de las notificaciones administrativas reúna las garantías que predica la Ley (integridad, autenticidad y no rechazo o repudio en origen y destino, seguridad, sellos de tiempo, etc.), no cabe utilizar para su práctica el correo electrónico convencional, sino que resulta necesario desarrollar plataformas específicas. Sin embargo, hasta ahora los órganos de contratación venían utilizando habitualmente el correo electrónico convencional como medio de notificación administrativa, en una práctica que venía siendo tolerada por el TACRC en sus resoluciones; cabe destacar, en este sentido, la Resolución TACRC 1004/2017 (en la que es aplicable el TRLCSP, pero invoca el art. 41 LPAC), que admite correo electrónico para envío de invitaciones en un acuerdo marco, siempre que se den las siguientes condiciones: *i*) que las empresas hayan aportado previa y voluntariamente las direcciones de correo; *ii*) que conste su uso como medio de comunicación en ocasiones anteriores (aceptación tácita); y *iii*) que se aporte un informe del administrador del sistema, en el que 1) acredita el

21. Sobre el particular, acúdase a MARTÍN DELGADO, I.: «Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos. Las notificaciones administrativas», en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de procedimiento...*, op. cit., tomo 2, pp. 2150 y ss.; y GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico...*, op. cit., pp. 576 y ss.



envío simultáneo del correo a todos los invitados (inclusive los que presentaron ofertas); 2) acredita la entrega en servidor de destino, sin mensaje de rechazo. En análogo sentido se habían pronunciado otras resoluciones, como la 105/2016, o la 785/2015. Ante la nueva disposición adicional decimoquinta LCSP es muy dudoso que pueda mantenerse esta doctrina, lo cual presenta un grave foco de inseguridad jurídica.

En segundo lugar, la LPAC regula la DEHU con la encomiable pretensión de que sea única para todas las Administraciones, pero no consiguió conferir al precepto la redacción adecuada, por lo que cada Administración está desarrollando sus propias DEHU y sus propios Puntos de Acceso General para acceder a las mismas, sin que los ciudadanos dispongan de un punto único al que siquiera voluntariamente puedan adherirse para recibir todas las notificaciones administrativas que se les envíen<sup>22</sup>. Ello genera en este momento la ansiosa e increíble situación de que los ciudadanos no pueden saber si están siendo notificados en plataformas que se hayan creado por las Administraciones públicas, porque la LPAC olvidó exigir que, para que una plataforma de notificación sea verdaderamente obligatoria, no basta con que entre en vigor el deber de relacionarse por medios electrónicos, sino que además la Administración tiene la sensata obligación de notificarles previamente ese deber por conducto postal, indicándoles el punto de acceso en el que a partir de ese momento serán notificados.

De otro lado, el régimen jurídico de la práctica de las notificaciones electrónicas establecido en el art. 43 LPAC determina que, una vez depositada en el buzón, si el interesado no ha accedido a su contenido en el plazo de diez días se entiende realizado el trámite y pueden proseguir las actuaciones, llegándose incluso a retirar materialmente la notificación del buzón al día siguiente de que esto suceda, por lo que si el ciudadano no tiene la diligencia de acceder cada diez días a todas las DEHU y a todas las plataformas de notificación (cuya existencia incluso desconoce) en las que potencialmente se le pueden depositar notificaciones electrónicas, puede suceder perfectamente (y doy fe como abogado de que esta situación es mucho más frecuente de lo que se piensa) que se notifiquen actos administrativos sin que el destinatario tenga cabalmente manera de saber que se le ha enviado una notificación y dónde

---

22. Esta interpretación que *de facto* viene siendo mantenida por las Administraciones públicas tras la entrada en vigor de la LPAC, ha venido a confirmarse por la STC de 24 de mayo de 2018 (rec. 3628/2016), en la que se promueve una interpretación conforme de la LPAC en cuya virtud el Punto de Acceso General ha de ser único para cada Administración, sin que sea forzoso que *todas* las Administraciones confluyan en un mismo y único punto de acceso, aunque puedan integrarse en el estatal mediante el oportuno instrumento jurídico (voluntario).

está depositada, enterándose del caso ya después de consagrarse la pérdida de derechos, cuando por otras vías se apercibe de ello: porque recibe una notificación de la Agencia Tributaria en la DEHU del Estado (en la que sí suele estar de alta); cuando llama para informarse del estado del procedimiento y se le dice que ha sido excluido del mismo; etc.

Ciertamente, el art. 41.6 LPAC establece que la Administración enviará un aviso de notificación a los interesados, mediante *sms* o correo electrónico convencional, se supone que para evitar que se vean en la necesidad de consultar reiteradamente las plataformas para verificar si eventualmente han recibido alguna notificación; pero el legislador ha olvidado arropar a esta sensata previsión con el deber de que las Administraciones públicas recaben del ciudadano estos datos de contacto antes de enviarles notificaciones por correo electrónico (en este momento, no disponen ni siquiera de un medio –que podría ser la carpeta ciudadana– para aportar voluntariamente ese dato); y, por si fuera poco, el propio art. 41.6 LPAC rechaza que la omisión del envío de este aviso suponga consecuencia alguna, a pesar de que el aviso de notificación constituye una pieza clave en la arquitectura de las notificaciones electrónicas a fin de preservar adecuadamente las garantías de los ciudadanos<sup>23</sup>.

Desde la doctrina académica venimos poniendo de manifiesto esta situación desde 2002<sup>24</sup>, cuando el problema era preocupante desde el punto de vista jurídico, pero al menos no resultaba recurrente (el universo de obligados al medio electrónico era pequeño entonces); ahora la situación es muchísimo más grave, en atención al incremento exponencial de los sujetos obligados a relacionarse por medios electrónicos, que en la LCSP, como ya se ha visto, son todos.

El remedio de esta situación pasa necesariamente por una reforma legislativa, de carácter básico, que obligue a todas las Administraciones públicas a integrar sus diversas DEHU y plataformas de notificación mediante comparecencia electrónica en un punto único de acceso electrónico, donde los ciudadanos puedan acceder fácilmente para consultar todas las notificaciones que reciban; y configurándose esa plataforma integral de notificación con la posibilidad de que el interesado facilite sus datos de contacto para avisos de notificación –art. 41.6 LPAC– (teléfono a efectos de envío de *sms* y dirección

23. Véanse MARTÍN DELGADO, I.: «Ejecutividad y eficacia...», *op. cit.*, pp. 2162 y ss.; y GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico...*, *op. cit.*, pp. 576 y ss.

24. Yo mismo lo puse de manifiesto en GAMERO CASADO, E.: «La notificación por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de diciembre», *REDA*, n.º 116, 2002, pp. 501 y ss.

de correo convencional), que obligatoriamente deben consultar y utilizar todas las Administraciones para remitirle tales avisos.

Para concluir este apartado conviene consignar la importante especialidad que establece la disposición adicional decimoquinta.1, párr. 2: si el acto se ha publicado en perfil de contratante, en notificación por comparecencia (no DEH), la notificación produce efectos desde el mismo día de envío de la notificación o aviso de puesta a disposición, lo cual representa una regla distinta a la establecida con carácter general en el art. 43 LPAC, con arreglo al cual la notificación surte efectos desde el momento en que se acceda a su contenido (o transcurran diez días desde su depósito). Por el contrario, a decir de la propia disposición adicional decimoquinta.1, párr. 2, si el acto no se ha publicado en el perfil del contratante, la notificación produce efectos desde su recepción por el interesado: ante la duda que suscita esta concreta previsión, que no aclara si la recepción a la que alude es en el buzón del destinatario o por el contrario hace referencia al momento en que este accede a su contenido desde un equipo terminal, a mi juicio debe prevalecer esta última interpretación, por ser el régimen que se aplica con carácter general a las notificaciones electrónicas en la LPAC.

No obstante todo lo anterior, la disposición adicional decimoquinta.1, párr. 3, establece, además, que el requisito de publicidad en el perfil de contratante no resultará aplicable a las notificaciones practicadas con motivo del procedimiento de recurso especial por los órganos competentes para su resolución computando los plazos desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica.

Por último, la disposición adicional decimoquinta.2, párr. 2, admite la comunicación oral de la Administración con los licitadores siempre que no se trate de elementos esenciales del procedimiento, que el propio precepto acota en los pliegos, solicitudes de participación y ofertas. Esto vendría a revalidar la práctica generalizadamente implantada de llamar por teléfono a los licitadores para requerirles la subsanación de ciertos elementos de la oferta. El propio precepto exige que el contenido de la comunicación oral quede suficientemente documentado, lo cual viene siendo interpretado en el sentido de que un funcionario público (no cualquier empleado) puede consignar en el expediente la realización del trámite. A pesar de lo polémico que podría resultar este proceder, que confiere a la Administración un indudable poder fedatario unilateral (con sus correlativas consecuencias a efectos probatorios), lo cierto es que en la práctica no viene provocando problemas.

## 4

## Publicidad activa

El juicio peyorativo que merece la contratación electrónica no se extiende al punto que abordamos ahora, en el que se han producido significativos y oportunos avances. Pervive no obstante la crítica en cuanto a la desconexión que manifiesta este régimen con la legislación administrativa básica-común, pues se echa en falta una concordancia de las previsiones de la LCSP sobre perfil de contratante y plataforma de contratación con lo que dispone la LRJSP en relación con la sede electrónica, y con las previsiones de la LPAC acerca del Punto de Acceso General<sup>25</sup>. A mi juicio, que comparte MARTÍN DELGADO<sup>26</sup>, el perfil de contratante debería alojarse en la sede, y ser accesible desde el PAG de la Administración actuante. En este caso concreto, el reproche de autismo que merece la LCSP se refiere también a las previsiones de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno<sup>27</sup>.

La potenciación del perfil del contratante es, a mi juicio, una de las mayores virtudes de la LCSP. Se produce un incremento exponencial de la información que debe difundirse por ese medio, mejorando no solo la transparencia pública, sino también la tutela judicial efectiva de todos los operadores económicos, que disponen de un relevantísimo canal de suministro de los datos que necesitan para controlar el adecuado funcionamiento del mercado de los contratos públicos, resultándoles mucho más fácil desarrollar labores de vigilancia y articular correlativos recursos, cuando comprueben que no se han licitado prestaciones que las Directivas y la Ley quieren que se abran al mercado, como por ejemplo sucede con los modificados, la superación de los umbrales de los contratos menores o los encargos a medios propios personificados. Para visualizar el potente instrumento de transparencia y control que en lo sucesivo representa el perfil del contratante conviene inventariar (sintéticamente) los contenidos que deberán publicarse en el mismo, a saber:

- a) Los órganos de contratación y, en particular, la composición de las mesas (art. 63.5).

25. Así, los requisitos y características que el art. 63.7 LCSP predica del perfil del contratante son análogos a los que establece el art. 38 LRJSP para la sede. No obstante, esta situación ya se daba con la anterior LCSP y no merece más comentarios a los efectos de este trabajo, centrado en exponer novedades y no en desarrollar el conjunto de cuestiones implicadas en la contratación electrónica.

26. Véase MARTÍN DELGADO, I.: «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de procedimiento...*, op. cit., pp. 1976 y ss.

27. Una norma que aparece citada tres veces a lo largo de la LCSP, pero nunca en relación con el tema en examen.

- b) Los distintos actos y fases de tramitación (art. 63.3): memoria justificativa, objeto, duración, presupuestos, pliegos, anuncios y licitaciones, licitadores participantes, adjudicaciones, desiertos...
- c) Recursos que se interpongan contra las adjudicaciones, la suspensión, la anulación... (art. 63.5).
- d) Encargos a medios propios (art. 63.6).
- e) Consultas preliminares del mercado (art. 115).
- f) Modificados (art. 203.3).

La Ley establece un régimen especial para los contratos menores (art. 63.4), que pretende evitar el menudeo de gestión al que obligaría la publicación continua de información relativa a estos contratos. La primera previsión en este sentido es que la publicación podrá realizarse trimestralmente; de esta suerte, lo más frecuente será que se organicen remesas periódicas de publicación de estos datos en el perfil a cada trimestre vencido del año natural. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. Esto último es de la máxima importancia, pues al listarse los contratos por adjudicatario aparecerán consecutivamente todos los que haya suscrito, facilitándose el cálculo de los umbrales máximos de contratación anual que la LCSP impone. La forma en que se está generalizando el cumplimiento del régimen de los contratos menores es mediante la creación de una sección específica del perfil del contratante dedicada a la publicación de estos contratos (análogamente a lo que está sucediendo con los encargos a medios propios). Por otra parte, se exceptúan de publicación los contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores; a mi juicio, esta previsión desnaturaliza todo el garantismo subyacente en el resto de la regulación, y articula una vía relativamente fácil para esquivar las limitaciones y controles que juegan sobre los contratos menores. Se comprende que no deba publicarse en el perfil una facturita de papelería por un paquete de folios; pero elevar el umbral de la excepción hasta los 5000 euros me parece llevarla demasiado lejos.

Es también novedoso que el art. 63.1, párr. 2.º, exija que el acceso al perfil del contratante sea libre, sin coste y sin identificación previa. Permite que se requiera identificación para servicios especiales o cualificados, como, por ejemplo, suscripciones, envío de alertas, comunicaciones electrónicas y envío de ofertas, entre otras. Toda la información contenida en los perfiles de

contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información.

En cuanto a las consecuencias derivadas de la publicación de actuaciones en el perfil del contratante, además del acortamiento de los plazos que se establece en diferentes preceptos diseminados por todo el cuerpo normativo, son particularmente reseñables las dos siguientes. En primer lugar, el cómputo del plazo de interposición del recurso especial se inicia generalmente el día siguiente a la publicación del acto correspondiente en el perfil del contratante (art. 50); pero, a mi juicio, esta consecuencia de la publicación sobre la eficacia frente a terceros es predicable de *todos* los actos o actuaciones que deben publicarse en el perfil, y no solo a efectos del recurso especial. De esta manera, el plazo de impugnación de los contratos menores (por ejemplo, por sobrepasarse el umbral máximo anual de contratación), o de los encargos a medios propios, comienza al momento de su publicación en el perfil, pues es el único medio que tienen los operadores económicos de verificar su adecuación a derecho y ejercer correlativamente las acciones a su alcance. Lo cual equivale a decir (siempre, en mi opinión) que, en tanto que tales actuaciones no se publiquen, resultarán impugnables *sine die*. Lo contrario consentiría consagrar una impunidad inadmisibles a la luz de las garantías que esta Ley quiere erigir ante eventuales abusos que restrinjan la competencia.

La segunda consecuencia expresa que establece la Ley es –art. 39.2 c)– la nulidad de los contratos cuyo anuncio de licitación no se haya publicado en perfil. Una previsión acertadísima y ejemplar, que abunda en el mensaje de implacabilidad sobre los incumplimientos, anteriormente aludida.

Es de significar la mejora que la LCSP representa también en este punto. Cuando se implantó el perfil del contratante en el año 2007 se pretendía mejorar la publicidad de las licitaciones, facilitando el acceso universal a todos los operadores económicos, cosa que se dificultaba cuando la publicación tenía lugar en diarios oficiales, y la única manera de estar cabalmente informado era contratando servicios especializados de alerta prestados por empresas especializadas en el ramo. Sin embargo, la imprevisión de un punto que centralizara todas las publicaciones provocó un perturbador efecto multiplicador de las fuentes de información, pues ya no solo cada Administración territorial tendría su perfil, sino que también los crearon las entidades públicas y privadas de su conglomerado organizativo que estaban vinculadas por esa exigencia. La Plataforma de Contratación del Estado solo mitigó el problema en las licitaciones del sector público estatal, pero

finalmente los operadores económicos siguieron atados a la contratación de servicios de alerta, que ahora rastreaban los perfiles de toda la enorme galaxia organizativa del sector público.

Para subvenir a esta necesidad, el nuevo régimen de las plataformas de contratación dispuesto por el art. 347 LCSP contempla las siguientes determinaciones:

1. Existirán dos modalidades de plataforma: la del Estado, y las que quieran crear las comunidades autónomas.
2. La plataforma del Estado integrará los perfiles del contratante de todo el sector público estatal.
3. Las comunidades autónomas podrán crear sus propias plataformas o alojarse en la del Estado. En el primer caso, existirá una interconexión que permita conocer a partir de la plataforma del Estado las licitaciones y procedimientos que se articulen a través de la plataforma autonómica.
4. Los perfiles de contratante de las entidades locales deberán optar necesariamente, y en el conjunto de su organización, por integrarse en la plataforma del Estado o la de la comunidad autónoma en que radiquen (caso de que exista).

El resultado de estas previsiones ya puede comprobarse en la Plataforma de Contratación del Estado<sup>28</sup>: algunas comunidades autónomas han alojado en ella sus perfiles del contratante<sup>29</sup>, en tanto que otras han creado sus propias plataformas y se han conectado a la estatal<sup>30</sup>. Por lo que se refiere a las entidades locales, el modelo masivamente seguido es el de integrarse en la plataforma del Estado.

El problema reside en que no se prevén consecuencias frente a la infracción de este deber de alojamiento o interconexión de los perfiles de contratante de todo ente del sector público con las correlativas plataformas de contratación, a diferencia (como hemos visto) de la sanción de nulidad del contrato que se contempla cuando el anuncio de licitación no se publique en el perfil. Esta circunstancia, añadida al retraso que se acumula en la integración o alojamiento de perfiles en las plataformas, hace presagiar que sigan siendo necesarios los servicios de alerta de entidades

28. Accesible en <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma> (última visita: 31/5/2018).

29. Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Baleares, Extremadura, Cantabria, Aragón, Castilla y León, Canarias y Melilla.

30. Cataluña, País Vasco, Asturias, La Rioja, Comunidad de Madrid, Galicia, Región de Murcia, Andalucía, Navarra y Ceuta.

especializadas para estar puntualmente informados de las licitaciones que tengan lugar<sup>31</sup>.

## 5

### Identificación, firma y apoderamiento electrónicos

Las firmas admisibles en los procedimientos de contratación, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta.1 f), son las que determine mediante Orden el Ministerio de Hacienda y Función Pública. Esto constituye una novedad importante: antes se exigía firma electrónica reconocida (avanzada en el caso de la Ley 25/2013, de factura electrónica); el régimen español de la firma electrónica en la contratación pública venía siendo más restrictivo que el establecido en el marco europeo, con un exceso de garantismo que casaba mal con las Directivas y que ahora parece superarse. Este desarrollo reglamentario, al que cabe reprochar la insuficiente habilitación que ya pusimos de manifiesto<sup>32</sup>, aún no se ha producido, y en tanto tenga lugar debe entenderse aplicable la legislación común: arts. 9 y ss. LPAC y arts. 42 y ss. LRJSP<sup>33</sup>.

Se notará que tales preceptos no solo aluden a la firma, sino también a la identificación electrónica. No podía ser de otra manera, pues se alinean con el marco normativo de la Unión Europea, y concretamente con el Reglamento 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE (ReIDAS)<sup>34</sup>. De tal manera que cabe predicar la plena exigencia de los sistemas de identificación y firma que establece el ReIDAS (y coherentemente con él, la LPAC y la LRJSP) en los procedimientos de contratación electrónica, sin que resulte aceptable su restricción por Orden ministerial.

31. El problema que se viene experimentando en los tiempos tempranos de vigencia de la LCSP es que el volumen de solicitudes de integración no permite gestionar el proceso con la celeridad suficiente: está sujeto a la interoperabilidad de los sistemas, que lleva su tiempo articular.

32. Idea en la que también abunda FONDEVILA ANTOLÍN, J.: «La subasta electrónica», *op. cit.*, pp. 2010 y ss.

33. Acerca de la aplicación de estos preceptos en la contratación electrónica véase GIL CONDÓN, M. Á.: «La nueva regulación...», *op. cit.*, pp. 1730 y ss.

34. Sobre las nociones técnicas de identificación y firma véase, por todos, ALAMILLO DOMINGO, I.: «Identificación y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos», en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 675 y ss.



En cuanto a los apoderamientos electrónicos, debe mencionarse la integración e interoperabilidad del Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado (art. 6 LPAC) con el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que impone el art. 337.4 LCSP. El mismo precepto exige que los órganos de contratación consulten este último registro para verificar la inscripción de poderes, consultando el resto de registros si el poder no estuviera inscrito en este, que prevalece en caso de discrepancia frente a cualquier otro registro de apoderamientos; ahora bien, si el Registro General está interconectado y es interoperable con el de Licitadores, no debería existir discrepancia entre ellos.

## 6

### Los procedimientos electrónicos de contratación; en particular, los sistemas dinámicos de adquisición

La LCSP incluye una serie de especialidades en los procedimientos generales de contratación que se producen cuando se emplean medios electrónicos; sin embargo, su alcance es menor y a los efectos de este trabajo resulta preferible centrarse en procedimientos específicos de contratación electrónica<sup>35</sup>. Y por lo que se refiere a la subasta electrónica, ahora regulada en el art. 143 LCSP, no se manifiestan novedades significativas<sup>36</sup>.

Por el contrario, en cuanto a los sistemas dinámicos de adquisición (SDA) se introducen por la LCSP importantes novedades que mejoran el régimen anterior, como ha señalado cuidadosamente DOMÍNGUEZ-MACAYA<sup>37</sup>, a quien seguimos en este punto. La Directiva potencia claramente este instrumento de racionalización, más ventajoso que el acuerdo marco; y resuelve sus principales problemas. Un primer grupo de novedades tiene lugar en los arts. 223 a 226 LCSP, dedicados específicamente a los SDA, donde se enfatiza el carácter íntegramente electrónico del procedimiento (arts. 223.2 y 224.4), y

35. Una panorámica de esas especialidades *electrónicas* de los procedimientos generales puede verse en CASES PALLARÉS, J.: «La contratación electrónica...», *op. cit.*, pp. 49 y ss.

36. Sobre este tema, véanse FONDEVILA ANTOLÍN, J.: «La subasta electrónica», *op. cit.*, pp. 2051 y ss.; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: «Los procedimientos de contratación pública electrónica. Subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición», en GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup>: *Estudio Sistemático...*, *op. cit.*, pp. 1205 y ss.; así como, del mismo autor, *La contratación pública electrónica*, *op. cit.*, pp. 224 y ss.

37. Véase DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J.: «Los sistemas dinámicos de adjudicación: unos cambios de calado», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.): *Tratado de contratos del sector público*, *op. cit.*, pp. 2078 y ss. También, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *La contratación pública electrónica*, *op. cit.*, pp. 201 y ss.; y, del mismo autor, «Los procedimientos...», *op. cit.*, pp. 1218 y ss.

se suprime la limitación a 4 años, aplicándose la general del art. 29 (5 años para suministros y servicios de prestación sucesiva); en cualquier caso, los pliegos especificarán la duración. Por otra parte, se sustituye el procedimiento abierto por el restringido, pero sin limitación de candidatos admisibles (art. 224.1 y 2), haciendo, pues, innecesarias las ofertas indicativas, pero reemplazándolas por una mera admisión previa de los participantes en el sistema, para la que bastará normalmente con presentar una declaración responsable o el DEUC, simplificando apreciablemente el procedimiento. Es también novedosa la posibilidad de dividir el sistema en categorías de productos, obras o servicios (medida con la que se pretende favorecer la participación de las pymes), debiendo especificarse los criterios de selección aplicables en cada categoría (art. 224.3); se declaran admisibles el volumen máximo de contratos y las demarcaciones geográficas de ejecución, entre otros (art. 223.3). También se producen algunos cambios en cuanto a los plazos: mínimo de 30 días para presentar solicitudes de participación (art. 225.2), y mínimo de 10 días para presentación de ofertas (art. 226.3); este plazo mínimo representa una novedad que retarda la contratación, pues con anterioridad bastaba conceder un plazo suficiente, que podía ser más corto en diversas categorías de contratos (como suministros recurrentes), en tanto que ahora necesariamente será preceptivo aguardar al menos diez días para la presentación de las ofertas. De otro lado, se regulan expresamente las ofertas irregulares o inaceptables (art. 226.4): las que no se ajusten a los pliegos o presentadas fuera de plazo, las que muestren indicios de corrupción o colusión, y las consideradas anormalmente bajas o cuyo precio supere el presupuesto base de licitación.

Pero también se aprecia toda otra serie de novedades acerca de los SDA, diseminadas a lo largo de la Ley. Así, el art. 100.3 establece en este caso la innecesariedad del presupuesto base de la licitación, aunque sí ha de calcularse el valor estimado del conjunto de contratos del sistema (art. 101.13). Por lo que se refiere a las garantías, se establece la posibilidad de fijar la provisional a tanto alzado, sin que pueda superar el 3 % del valor estimado del contrato (art. 106.2); en tanto que la definitiva puede determinarse estimativamente o para cada contrato (art. 107.5). En cuanto a la perfección del contrato, en los SDA se produce por la adjudicación, no mediante formalización (art. 36), que aquí no es necesaria (art. 153). Además, se incluye expresamente a los SDA en el ámbito del recurso especial en materia de contratación, sin umbrales mínimos, (art. 44.1 b)), pero el recurso contra adjudicación no tiene efecto suspensivo (art. 53). Por último, la publicación de las adjudicaciones en el perfil de contratante podrá tener lugar trimestralmente, en los 30 días siguientes a la terminación de cada trimestre (art. 154.4).

Como colofón a este punto, es preciso señalar la gran utilidad que pueden presentar los SDA en el escenario intensamente restrictivo de los contratos menores que plantea la nueva Ley. Ante la dificultad de articular ese tipo de contratos directos, las Administraciones públicas deben idear soluciones alternativas que permitan afrontar con agilidad sus necesidades de contratación. Los SDA son una solución idónea cuando se trata de bienes o servicios de carácter recurrente. Hace unos años cabía lamentar el coste que representaba la implantación de estas plataformas, lo cual supuso un freno a su generalización; pero en la actualidad existen muchos productos que permiten articular sin excesivos costes este procedimiento electrónico de contratación.

## 7

### Catálogos electrónicos

Para concluir, conviene hacer mención a los catálogos electrónicos, que están expresamente previstos en el considerando 68 y en el art. 36 de la Directiva 2014/24, entre otras técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada como las subastas y los SDA que acabamos de analizar, precepto que no ha sido traspuesto al derecho interno, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que no pueden utilizarse en España, en tanto que el sentir mayoritario, con el que me alinee, es predicar el efecto directo del art. 36 de la Directiva<sup>38</sup>.

Los catálogos electrónicos son indudablemente un instrumento muy útil para potenciar la eficiencia de los procedimientos de contratación, tanto por lo que concierne a los licitadores como por lo que respecta a la gestión de la información a efectos de adjudicación del contrato. Sin que podamos dedicarle aquí la amplitud que merece el estudio de esta cuestión (para lo que remitimos a las excelentes aportaciones de GALLEGO<sup>39</sup> y MARTÍNEZ<sup>40</sup>), en cual-

38. En esta posición, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: «Régimen general...», *op. cit.*, pp. 1939 y ss.; y los tribunales administrativos de recursos contractuales, quienes aprobaron conjuntamente un documento en el que recogieron los artículos de las Directivas que consideraban directamente aplicables en España al haberse sobrepasado su plazo de trasposición, entre los que se encontraba el 36, relativo a los catálogos electrónicos; de ello también se hace eco CARBONERO GALLARDO, J. M.: «Cuadro sobre el efecto directo de las Directivas Europeas de Contratación Pública y Concesiones 2014, según el documento elaborado y publicado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública», *El Consultor de los Ayuntamientos*, La Ley 4239/2016.

39. Véase GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Electronic Catalogues under Directive 2014/24: Simplifying Procedures and Increasing Efficiency», *Public Procurement Law Review*, n.º 3/2018, pp. 109 y ss.

40. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: «Régimen general...», *op. loc. ult. cit.*

quier caso, dado que esta técnica consiste en la posibilidad de que se obligue a presentar las ofertas mediante un concreto formato electrónico, parece que cabe englobarla entre los poderes reconocidos al órgano de contratación –en particular, disposición adicional decimosexta.1 j)–, por lo que no debe existir objeción a su implantación.

El catálogo electrónico es, en efecto, la previa especificación de un concreto formato estandarizado para organización y presentación de la información por licitadores (p. ej., una hoja de cálculo). En cuanto a su finalidad, persigue un incremento de la competencia, pero también la racionalización de la contratación: reduce la oferta del operador a los productos predeterminados por el órgano de contratación, ahorra tiempo y recursos en el tratamiento de las ofertas por dicho órgano, y permite la reutilización del catálogo para nuevas ofertas. Se puede imponer por el órgano de contratación en todos los procedimientos en que exija canal electrónico, aunque es idóneo para operar en acuerdos marco y SDA. Aunque, como ya se ha dicho, el instrumento también beneficia al licitador, en la medida en que le permite estructurar la información y presentarla de la mejor manera para su procesamiento por el poder adjudicador, la Directiva reconoce al licitador la posibilidad de aportar documentación complementaria, en cuanto que ello le permita exponer de mejor manera las especificaciones de su oferta.