



15 ANIVERSARIO

Fundación
Democracia
y Gobierno Local



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

CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y TRANSPARENCIA



UCLM



Centro de Estudios Europeos
Luis Ortega Álvarez

Isaac Martín

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Director del Centro de Estudios Europeos
"Luis Ortega Álvarez"
Universidad de Castilla-La Mancha*

Una observación preliminar

- CAMBIO DE PERSPECTIVA: Mirar desde la Administración electrónica y no desde la contratación pública
- La Administración Pública es ya Administración electrónica:

El uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las administraciones públicas, **combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes**, **con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas**

- Sustantivo (Administración) + adjetivo (electrónica). Triple obligación
 - **Moral**: imprescindible (cambio de mentalidad).
 - **Formal**: necesaria (rediseño de organización y procedimiento).
 - **Material**: exigible jurídicamente (derechos y obligaciones).
- Esto afecta a toda la actividad administrativa, INCLUÍDA LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

Consideraciones generales (I)

▣ CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la contratación del sector público, **combinado con cambios organizativos y procedimentales**, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia, libre competencia, no discriminación y eficaz utilización de los fondos públicos y de innovar la organización y el procedimiento para la adquisición de bienes y servicios

▣ TRANSPARENCIA

Principio general de la actuación administrativa y derecho subjetivo del ciudadano a conocer –y comprender– qué hace y cómo actúa la Administración pública **con el fin de rendir cuentas, favorecer la lucha contra la corrupción y permitir la participación ciudadana en el contexto de un Estado democrático**

Consideraciones generales (II)

3

- ❑ **CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y TRANSPARENCIA**: nexos de unión en la LCSP (autismo del Legislador).
 - ❑ **Transparencia frente a los licitadores:**
 - ❑ Publicidad de determinada información y comunicaciones y notificaciones
 - ❑ Acceso a la información contractual
 - ❑ **Transparencia frente a los ciudadanos**
 - ❑ Publicidad activa y derecho de acceso
 - ❑ Conexiones entre LCSP y LTAIBG
 - ❑ **Contratación electrónica como instrumento de transparencia**
 - ❑ Conexiones entre LCSP y LPAC
 - ❑ Uso de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación

Transparencia frente a los licitadores: PUBLICIDAD (I)

4

- ▣ **FINALIDAD:** Igualdad de los licitadores, competencia entre ellos, conocimiento de las reglas del juego y control de la decisión final para la defensa de los propios derechos + necesidad por brevedad de los plazos en las comunicaciones
- ▣ **EL PERFIL DE CONTRATANTE**
 - ▣ Novedad de la Ley: más información y nuevas exigencias. EXPRESIÓN DEL DEBER DE COMUNICARSE CON LA ADMINISTRACIÓN POR MEDIOS ELECT.
 - ▣ Apuesta por el uso de los medios electrónicos para difundir información con el fin de
 - ▣ garantizar la transparencia en los procedimientos
 - ▣ salvaguardar de la libre competencia
 - ▣ Art. 63 LCSP: “elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual”. EXCLUSIVIDAD DEL MISMO COMO MEDIO DE DIFUSIÓN (con excepciones)
 - ▣ En realidad, un conjunto de informaciones sobre determinados aspectos de la actividad contractual del órgano de contratación al que ha de darse difusión a través de Internet.
 - ▣ Concepto autónomo: necesidad de diferenciar entre contenido y continente

Transparencia frente a los licitadores PUBLICIDAD (II)

5

▣ ¿QUÉ?

- ▣ Prácticamente toda la INFORMACIÓN relativa a los contratos (desde la justificación de la necesidad de contratar y del procedimiento elegido para la adjudicación, su objeto o su duración e importe, hasta la adjudicación o la ulterior modificación, pasando por los anuncios de información previa, los licitadores participantes, la composición de las mesas de contratación o las actas de la misma)
- ▣ ¡Ojo! Art. 138 LCSP refuerza la centralidad del perfil de contratante como instrumento canalizador de la publicidad de la información contractual al exigir con carácter genérico que los órganos de contratación ofrezcan acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos a través del mismo, acceso que será libre, directo, completo y gratuito. Pero (aun con carácter excepcional), permite que en determinados casos tasados tal acceso se lleve a cabo por medios no electrónicos (por circunstancias técnicas, razones de confidencialidad o motivos de seguridad en el caso de concesiones de obras). *Efecto directo del precepto del que trae su causa en la DIR*

Transparencia frente a los licitadores: PUBLICIDAD (III)

6

□ ¿DÓNDE?

- El Perfil no es un espacio, sino información de publicidad obligada accesible por medios electrónicos a través de un portal de internet. Art. 39 LRJSP, “punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, organismo público o entidad de Derecho Público que permite el acceso a través de internet a la información publicada y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente”.
- Diferentes prácticas (portal institucional de la CA, espacio web específico, sede...). En todo caso, o en PLACE o en Plataforma autonómica (dispersión)
- Para mí, debería ser la SEDE
 - Garantía de integridad, veracidad y actualización de la información
 - Acreditación fehaciente del momento de inicio de la difusión pública de la información (sellado de tiempo) + necesidad de autenticación de la Administración
 - Aprovechamiento eficiente de los recursos y mejor accesibilidad (ciudadanos)
 - Sin olvidar la tramitación electrónica de los procedimientos de contratación.....

Transparencia frente a los licitadores: PUBLICIDAD (IV)

7

▣ ¿CÓMO?

- ▣ En formatos abiertos y reutilizables: útil para licitadores y para ciudadanos. ¡Y para la propia Administración! (saber lo que tiene)
- ▣ Durante, al menos, 5 años (sin perjuicio del derecho de acceso)
- ▣ En todo caso, interconexión de plataformas

▣ ¿CON QUÉ LÍMITES?

- ▣ Art. 133 LCSP: confidencialidad de parte de la oferta (y sin perjuicio de límites de la LTAIBG) de conformidad con lo establecido por los licitadores.
- ▣ Art. 154.7 LCSP: posibilidad de no publicar determinados datos cuando ello pudiera ser contrario al interés público o perjudicial para intereses comerciales de terceros o la competencia entre empresas, así como en los casos en los que se trate de contratos declarados reservados o cuando lo exija la protección de intereses esenciales.
- ▣ Decisión del órgano de contratación y siempre con carácter excepcional
- ▣ Informe (preceptivo, pero no vinculante) del CTBG (o de su homólogo autonómico en el caso de que exista) ¿Y si no hay órgano autonómico? Necesidad de ampliar el convenio

Transparencia frente a los licitadores: PUBLICIDAD (V)

8

▣ LA PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

- ▣ Art. 347 LCSP: plataforma a disposición de todos los órganos de contratación del sector público para la difusión a través de Internet de sus perfiles de contratante. <http://contrataciondelestado.es>.
- ▣ Es punto de acceso y sede: servicios complementarios
- ▣ Además,
 - ▣ Obligatoria para los órganos de la AGE (además, enlace en sus portales a la Plataforma)
 - ▣ Las CCAA pueden adherirse a ella o crear una propia (punto único de acceso) que integre todos los perfiles de contratante de los órganos autonómicos
 - ▣ ¿Para ellas su Plataforma no será exclusiva?
 - ▣ Los entes locales pueden adherirse a la estatal o, de existir, a la autonómica
 - ▣ En todo caso, integración de todas las existentes con la Plataforma estatal. CORREGIR LA DISPERSIÓN
 - ▣ Información sobre licitaciones y sus resultados
 - ▣ No aplicabilidad de la DA 2ª LPACEI caso de Aragón (Orden HAP/188/2018, de 1 de febrero)

Transparencia frente a los licitadores: PUBLICIDAD (VI)

8 bis

- El caso de Aragón ([Orden HAP/188/2018, de 1 de febrero](#)): conjugar información y servicios de plataforma propia con publicación de anuncios en la PCSP
 - Opción por incorporar los perfiles de contratante de Aragón en la PCSP estatal
 - Pero creando al mismo tiempo la Plataforma de Contratación del Sector Público de la CA de Aragón, con alojamiento obligatorio de los perfiles de contratante autonómicos:
 - Facilitar acceso a la info contractual y a los servicios de licitación electrónica
 - Sede electrónica de la CA de Aragón para introducir los datos de los anuncios vinculados a las licitaciones públicas y PAGE de la CA para acceder a la Plataforma autonómica (aragon.es/contratacion)
 - Herramientas:
 - Gestión de licitaciones (publicidad), alojada en PCSP estatal
 - Acceso al Registro de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado
 - Pliegos tipo, formulario para adhesiones de entes locales, normativa....

Transparencia frente a los licitadores: PUBLICIDAD (VI)

9

□ ¿Y QUÉ PASA SI NO SE CUMPLEN ESTAS EXIGENCIAS DE FORMA Y DE CONTENIDO?

- Ausencia de régimen de infracciones y sanciones. Imposibilidad de aplicar supletoriamente LTAIBG en este ámbito: sólo infracciones de obligaciones LTAIBG.
- Pero sí supervisión y control: Oficina independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (art. 332 LCSP), entre cuyas funciones se encuentra la de verificar la aplicación de las obligaciones en materia de transparencia.
- Además: previsión específica de nulidad (art. 39 LCSP): falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las CCAA. Interpretación restrictiva
 - Nulidad no por incumplimiento de interconectar, sino por omitir info
 - Se cumple con lo exigido si el anuncio de licitación se publica en servicios equivalentes autonómicos

Transparencia frente a los licitadores: PUBLICIDAD (VI)

9

- Para el resto, teoría general de la invalidez: arts. 39 y 40, remisión a la LPAC
 - **Nulidad:** difícilmente, salvo el mencionado supuesto (interpretación restrictiva)
 - Algunos sostienen nulidad por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido
 - Hay procedimiento y ha cumplido su función principal (cauce de legalidad, participación de los interesados, info para adopción de decisiones) Cuestión distinta es si consideramos que se omite trámite esencial. ¿NO PUBLICIDAD DE LOS PLIEGOS?
 - **Anulabilidad:** incumplir el deber de publicar o de hacerlo con las condiciones exigidas es defecto de forma que puede derivar en anulabilidad en los casos de indefensión o carencia de los requisitos indispensables para alcanzar el fin del acto.
 - Por ejemplo, falta de sellado de tiempo, notificación inválida, o publicación en formatos no reutilizables. ¿Y LA FALTA DE INTERCONEXIÓN? IMPIDE A LA PUBLICIDAD CONSEGUIR SU FIN

Transparencia frente a los licitadores: ACCESO

10

- Una pregunta muy concreta ¿Pueden los licitadores acceder al expediente de contratación?
- Relaciones LCSP y LTAIBG
 - Previsiones específicas: recurso especial (art. 52 LCSP)
 - Acceso al expediente antes de la interposición del recurso especial
 - Sin perjuicio de los límites de la confidencialidad
 - En ausencia de previsiones específicas
 - LTAIBG: DA1ª
 - Procedimientos en curso: se aplica la LPAC si se es interesado (= licitador)
 - Procedimientos cerrados: se aplica la LTAIBG

Transparencia frente a los licitadores:

COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES

11

- DA 15ª. Obligatoriedad del uso de los medios electrónicos para la práctica de comunicaciones y notificaciones. MEDIO EXCLUSIVO
 - Sólo dos medios de notificación: DEH y comparecencia electrónica
 - DEH: carácter único
 - Comparecencia: en sede electrónica
 - ¿y otros medios, tipo correo electrónico?
 - Invalidez de la notificación
 - No necesariamente invalidez del acto objeto de notificación
 - Hay excepciones
 - Hay especificidades: momento del surtimiento de efectos

Transparencia frente a los ciudadanos

FINALIDAD: rendición de cuentas y participación ciudadana

Contexto de la Ley: corrupción global

- Apuesta de la LCSP por la “transparencia total”
 - Más aparente que real
 - Con efectos negativos: se difumina todo
 - ¿qué régimen jurídico de publicidad activa y de acceso en materia de contratos?
- ¿Qué info? Art. 8.1 a) LTAIBG: Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos.
- Posibilidad de ampliación por ley autonómica o por otras normas
- ¿Dónde? En el Portal de Transparencia y preferentemente en formatos abiertos y reutilizables.
- Sin olvidar el derecho de acceso

Contratación electrónica como instrumento de transparencia (I)

La Administración electrónica es la premisa de la transparencia; **la contratación electrónica es la premisa de la transparencia en el ámbito de la contratación**

Uso de los medios electrónicos en el procedimiento de contratación

- Para la LCSP, sólo presentación de ofertas (con no pocas excepciones) y comunicaciones y notificaciones. A la DIR sólo le preocupa la perspectiva del mercado interior
- Ni tratamiento electrónico de las ofertas, ni uso de instrumentos electrónicos para la adjudicación del contrato, ni exigencia de medios electrónicos para la ejecución del mismo
- Sin embargo
 - Aplicabilidad de la LPAC:
 - Ley común
 - En todo caso, carácter subsidiario

Contratación electrónica como instrumento de transparencia (II)

▢ Argumento **adicional**: voces sobre la DF 6ª LCSP

1. *Se autoriza al Ministro de Hacienda y Función Pública para aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las normas de desarrollo de la disposición adicional decimosexta que puedan ser necesarias para hacer plenamente efectivo el uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos en los procedimientos regulados en esta Ley.*

▢ Con una LCSP reglamentista y el conjunto LPAC-LRJSP, no es necesario esperar a desarrollo reglamentario para aplicar la norma (además, incumplimiento DIR).

▢ Sin contratación electrónica se resiente la transparencia

▢ Argumento **final**: gestión de la información.

▢ Información estructurada (no documento, sino dato)

▢ En tiempo real y en abierto

▢ Mejor cumplimiento de los fines: concurrencia y rendición de cuentas

RETOS PENDIENTES

- ❑ Cumplimiento de las nuevas obligaciones
- ❑ Opción por la licitación electrónica
 - ❑ No sumisión a la dictadura de las plataformas comerciales
 - ❑ No sólo transparencia formal (qué contratamos), sino también transparencia sustantiva (cómo contratamos)
 - ❑ No únicamente órganos como la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (velar por cumplimiento obligaciones publicidad); ni estrategias (Estrategia Nacional de Contratación Pública (generalizar uso contratación electrónica y combatir la corrupción). Nos toca a todos
- ❑ Cierro como empecé: de nada nos sirve imponer obligaciones y apostar por los medios electrónicos si ello no trae consigo una mejora: contratación e innovación