

LA CONTRATACION ELECTRÓNICA EN LA LCSP. ANÁLISIS Y UNA RESPUESTA: ¿ES POSIBLE OBLIGAR A LOS LICITADORES A LICITAR POR MEDIOS ELECTRONICOS?

JAIME DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA

SUMARIO: I. ELEMENTOS QUE COMPONEN LA CONTRATACION ELECTRÓNICA: 1. Planteamiento filosófico. 2. Aceptación de certificaciones electrónicas. 3. El Perfil de Contratante. 4. Reducciones de plazos. 5. La subasta electrónica (art. 132). 6. Los Sistemas dinámicos de Contratación (art. 183 y sig.). 7. La notificación electrónica. 8. La garantía provisional. 9. La factura electrónica. 10. La firma electrónica reconocida.— II. LA LICITACIÓN ELECTRÓNICA: 1. ¿Es posible la licitación electrónica? 2. Primer elemento de éxito o fracaso de la licitación electrónica: la incidencia de los virus informáticos. 3. Segundo elemento de éxito o fracaso de la licitación electrónica: el momento en que se considera entregada la oferta. 4. Tercer elemento de éxito o fracaso de la licitación electrónica: los formatos electrónicos admitidos en las ofertas. 5. El impulso definitivo para la contratación y la licitación electrónica: la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. 6. ¿Puede ser obligatoria la licitación electrónica?

RESUMEN: En este artículo, el autor hace un análisis general de las diferentes aspectos que en materia de contratación pública electrónica regula la nueva ley de contratos de sector público, deteniéndose especialmente en el análisis de momento estelar en cualquier contratación administrativa: la licitación. En este sentido, analiza diferentes elementos determinantes a la hora de conseguir un mayor o menor éxito en la implantación de la licitación electrónica y concluye respondiendo positivamente a la pregunta de si es posible obligar a los licitadores a enviar sus ofertas por medios electrónicos.

Palabras clave: contratación electrónica; licitación electrónica; notificación electrónica; firma electrónica reconocida; perfil de contratante; subasta electrónica; sistema dinámico de contratación.

ABSTRACT: In this article, the author analyses different issues about the scope of the Spanish new Contracting Law on regard of eProcurement processes. The author focuses in what can be considered the main stage of the contracting activity, i.e., the electronic tendering process. Among other issues, the author gives his opinion about the key factors leading to success in the electronic procurement of mastermind services. Finally,

the author addresses one last important issue: ¿Can electronic tendering be compulsory? The author's opinion is positive to this particular regard.

Key words: eProcurement; electronic tendering; electronic notification; electronic signature; contracting authority profile; electronic auctions; dynamic purchasing system.

En estas reflexiones que quiero hacer en voz alta —aunque sea utilizando para ello la escritura—, quiero llevar a vuestro ánimo la inquietud y el interrogante —y también, lógicamente mi respuesta al mismo— de conocer si podemos realmente dar un impulso al elemento troncal de la contratación pública electrónica: la licitación electrónica.

Respecto a su troncalidad, coincidiréis conmigo en que no tendría sentido introducir a nuestras administraciones y a nuestros administrados en un cambio tan importante como el que supone el paso de la contratación tradicional a la electrónica, si nouviésemos el objetivo irrenunciable de conseguir que la culminación de la misma se realice por estos medios electrónicos. Es por todos conocido que es la oferta el eje sobre el que gira la contratación administrativa y su razón de ser; sin ofertas no habría contratación administrativa.

De nuestra experiencia —no olvidemos que desde que en Octubre de 2005 obtuvimos la primera licitación plenamente electrónica hemos tramitado expedientes de licitación electrónica por valor de 130 millones de euros— podemos concluir que la situación de convivencia de las ofertas electrónicas con las ofertas tradicionales a papel inclina indefectiblemente la balanza hacia estas últimas, y no es sino con un gran esfuerzo de información, formación, comunicación y soporte a nuestros funcionarios y hacia nuestros licitadores, como conseguimos un dignísimo porcentaje de ofertas electrónicas, que se cifra en un tercio de las mismas.

Si nos relajáramos, si abandonásemos a su suerte a estos dos colectivos, siendo voluntaria como es la licitación electrónica —y a pesar de ser mucho mejor para todos que la manual— estoy convencido que la comodidad y la famosa ley del mínimo esfuerzo, en estos momentos de escasa utilización de los medios electrónicos —no ya en la administración sino en la sociedad misma—, nos encontraríamos en un serio riesgo del muerte lenta de la misma por inanición.

Es por ello que es importante respondernos a la pregunta de si es posible jurídicamente imponer a nuestros licitadores la obligatoriedad de licitar electrónicamente en nuestras contrataciones electrónicas. La respuesta a esta pregunta es el objeto central de estas reflexiones.

Con fecha 19 de Febrero de 2007, durante la tramitación en el Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público tuve la oportunidad de comparecer ante la Comisión de Administraciones Públicas que lo estaba tramitando, y ante sus señorías tuve la ocasión de ofrecerles mi visión respecto al contenido que en materia de contratación pública electrónica contenía el entonces proyecto de ley, proponiéndoles —con mejor o peor suerte— diferentes sugerencias que luego se concretaron en diversas enmiendas. (Si tenéis interés en conocer el contenido completo de mi comparecencia lo podéis hacer en la página Web del congreso, a través del enlace http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_748.PDF#page=37). En Dicha comparecencia me permitía definir esta problemática de la posibilidad real de obligar a licitar electrónicamente como el nudo gordiano de la contratación pública electrónica. Nótese que hablo de posibilidad REAL y no solamente de una posibilidad teórica o aparente.

I. ELEMENTOS QUE COMPONEN LA CONTRATACION ELECTRÓNICA

Previamente a responder a esta pregunta capital para una implantación extensiva de la contratación pública electrónica, no puedo por menos que hacer un análisis, siquiera superficial, del resto de elementos que componen la contratación pública electrónica en una visión global para una mejor y más cabal comprensión de la misma.

1. Planteamiento filosófico

De la importancia de la introducción de técnicas telemáticas, electrónicas e informáticas en la contratación da fe el hecho de que las Directivas Europeas definen —textualmente— en sus considerandos que «las nuevas técnicas electrónicas de compra amplían la competencia y mejoran la eficacia, ahorran tiempo y dinero y por lo tanto suponen la utilización OPTIMA de los fondos públicos». En consecuencia, la LCSP «opta por la PLENA inserción de los medios electrónicos en el ámbito de la contratación pública».

Por su parte, el Plan de acción sobre administración electrónica i2010 —que culmina otra serie de iniciativas anteriores— define a la contratación pública electrónica como un «servicio clave de gran impacto para ciudadanos y empresas» y afirma que será «la primera aplicación objeto de atención». Por ello, los Estados Miembros se han comprometido a poner a todas las administraciones públicas de Europa en condiciones de efectuar por vía electrónica el 100% de su contratación —al menos de la que supere el umbral comunitario— y a garantizar que, aunque sigan conviviendo en los mismos

expedientes de contratación con los medios tradicionales de ofertas a papel, al menos el 50% de las ofertas se efectúen realmente por vía electrónica para el año 2010.

2. Aceptación de certificaciones electrónicas

La LCSP admite la plena validez de los certificados expedidos por medios electrónicos, sin que para ello haya que acudir a la norma general, es decir, a la Ley 30/1992 de Procedimiento administrativo —desarrollada por el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero—, que, por cierto, ya lo permitía plenamente o la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Su aceptación queda plenamente reafirmada para los certificados de los Registros de Licitadores o Contratistas —Tanto desde el punto de vista de su expedición (art. 72.2), como desde el punto de vista de su aceptación por lo órganos de contratación (art. 130.3)—, de las garantías —tanto de la definitiva (art. 84.3), como de la provisional (art. 91)— y de la documentación jurídica y demás (art. 135.4).

3. El Perfil de Contratante

El Perfil de Contratante, regulado entre otros en el art. 42, es un conjunto de informaciones que sobre la acción contractual de las diferentes administraciones se quieren poner a disposición de los licitadores mediante un acceso sencillo y rápido a través de Internet, con el objetivo de asegurar la transparencia de la actividad contractual.

El Perfil es obligatorio para todos los órganos de contratación y puede incluir:

Los anuncios de información previa; anuncios que pueden publicarse exclusivamente en el Perfil de Contratante.

Otro tipo de informaciones sobre las licitaciones en curso y su documentación, las contrataciones programadas, los procedimientos anulados, los contratos adjudicados, la forma de comunicarse con el órgano de contratación, así como cualquier otro dato e información de interés para la actividad contractual.

... pero deberá obligatoriamente incluir:

La información sobre todas las adjudicaciones provisionales de los contratos. Estas se deben de notificar a los licitadores y han de publicarse en el Perfil de Contratante (art. 135.3) en relación con el art. 42.2 último inciso. Sin embargo, es la fecha de publicación en el Perfil, y no la de la notifica-

ción, la que sirve de inicio del computo de los plazos para presentar el recurso especial en materia de contratación (art. 37.6) y para poder elevar la adjudicación a definitiva (art. 135.4).

Los anuncios de licitación. La publicación por este medio de todos los anuncios de licitación es obligatoria, pero, además, según el art. 161.2, en determinados contratos la publicación en el Perfil de Contratante sustituye a la del BOE/BBOCCAA (art. 126.4 segundo inciso).

Las adjudicaciones definitivas. Todas las adjudicaciones definitivas han de publicarse en el Perfil de Contratante y en determinados contratos bastará con su publicación en él (art. 138.2).

Los acuerdos marco celebrados (art. 181.2).

... incluyendo informaciones, también, de los Poderes Adjudicadores que no tengan el carácter de Administración Pública (arts. 174 y 175).

4. Reducciones de plazos

La utilización de medios electrónicos en la contratación administrativa puede tener como efecto positivo evidente la reducción de los plazos de tramitación de los expedientes.

Estas reducciones se pueden dar en contrataciones superiores al umbral comunitario y, sin duda, serán muy apreciadas por lo gestores de los procedimientos y por los órganos de contratación.

Para que podamos reducir el plazo en cinco días, el poder adjudicador ha de ofrecer acceso sin restricción, directo y completo por medios electrónicos, a partir de la misma fecha de publicación del anuncio, a los pliegos de condiciones y a cualquier documentación complementaria, especificando en el texto del anuncio la dirección de Internet en la que dicha documentación pueda consultarse (art. 38. 6 de la Directiva 2004/18/CE). Si tenemos en cuenta que esos anuncios los hemos de publicar obligatoriamente en el perfil de contratante, parece de todo punto de vista absurdo que no lo hagamos cumpliendo estos requisitos y, por lo tanto, pudiéndonos acoger a esta reducción de plazos.

Para que podamos reducirlo en siete días más, el formato y las modalidades de envío deberán ser los del apartado 3 del anexo VIII de la Directiva 2004/18/CE, que están disponibles en <http://simap.eu.int>.

Es de destacar que estas dos reducciones de plazos pueden acumularse —en general—.

5. La subasta electrónica (art. 132)

Según el art. 54.1 de la Directiva 2004/18/CE, su puesta en marcha es optativa para las legislaciones nacionales, pero la LCSP la contempla como posible y su utilización será optativa para los órganos de contratación. En la subasta electrónica todo el proceso es exclusivamente electrónico.

La subasta electrónica no es un procedimiento de contratación, sino que es una fase que se puede dar en algunos de ellos, concretamente en los procedimientos abiertos, en los restringidos, y en algunos negociados. El motivo es lógico: las especificaciones de lo que se pretende contratar han de establecerse previamente de manera precisa. Se puede utilizar también en los acuerdos marco (art. 182.4.d) y en los Sistemas Dinámicos de Contratación (art. 186.3).

No es una forma de adjudicación en el sentido de la anterior ley de contratos, sino que se asemeja al concepto civil de la subasta, ya que es un proceso repetitivo para la presentación de mejoras a las ofertas presentadas. Mejoras que obligatoriamente han de realizarse por medios telemáticos.

Los elementos de la mejora han de ser cuantificables automáticamente, pero no están restringidos al precio, y antes de proceder a solicitar las mejoras de las ofertas mediante la subasta electrónica, el órgano de contratación ha de efectuar una primera evaluación completa de las ofertas de conformidad con los criterios de adjudicación.

Como seguramente el lector ya habrá deducido, no es posible realizar subastas electrónicas si estas no se realizan por medios exclusivamente electrónicos.

6. Los Sistemas dinámicos de Contratación (art. 183 y sig.)

Previstos en el art. 33.1 de la Directiva 2004/18/CE, su puesta en marcha es optativa para las legislaciones nacionales y la nueva LCSP los contempla como posibles y optativos para los órganos de contratación.

En El SDC, que se desarrollará de acuerdo con las normas del procedimiento abierto a lo largo de todas sus fases y cuya duración máxima será de 4 años, existe una (varias) base(s) de datos con las ofertas indicativas de cualquier licitador que quiera optar a las diferentes tipologías de contratos que puedan realizarse mediante este sistema —siempre, claro está, que cumpla con las condiciones requeridas—. La oferta indicativa se puede presentar —y mejorar— en cualquier momento de vigencia del mismo.

Para cada contrato específico que se pretenda adjudicar, deberá existir una licitación ad hoc, en la que hay que invitar a todos los inscritos en el

SDC, y en los contratos por encima del umbral comunitario, además, hay que remitir al DOUE un anuncio simplificado para que cualquier interesado pueda formar parte del SDC.

Tampoco en este caso se pueden utilizar los sistemas dinámicos de contratación si no realizamos toda su tramitación —interna y externa— por medios exclusivamente electrónicos.

7. La notificación electrónica

Si la LCSP no dijera nada en relación a la validez de las notificaciones electrónicas en los procedimientos de contratación administrativa, no por ello dejarían de tener validez (así lo prevé la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos). No obstante, la LCSP ha querido despejar cualquier incertidumbre —interesada, sin duda— y en su Disp. Ad. Decimoctava autoriza expresamente la posibilidad de realizar notificaciones electrónicas.

8. La garantía provisional

La LCSP suprime la obligatoriedad de la garantía provisional (art. 91.1), por lo que su exigencia será siempre potestativa. Esta nueva circunstancia es de gran importancia y facilita la implantación de la contratación pública electrónica, dado que, aunque técnicamente es posible, y aunque en la actualidad en el Gobierno Vasco ya hemos conseguido algunas, es muy complicado conseguir de las entidades bancarias la emisión de garantías electrónicas.

9. La factura electrónica

La LCSP autoriza la utilización de facturas electrónicas (D. Ad. 19.2), pero, además, para la Administración del Estado en su sentido más amplio —la norma habla de «Sector Público Estatal»—, declara la OBLIGATORIEDAD de la facturación electrónica para todas sus empresas contratistas, en diferentes plazos (Disposición Final 9ª).

10. La firma electrónica reconocida

¿Cómo se garantiza la seriedad y rigurosidad de las contrataciones realizadas por medios electrónicos? De una manera absoluta, mediante el uso de la Firma Electrónica Reconocida (Disposición Adicional 19.1.f).

A mí me suele gustar destacar que existen diez ventajas de la Firma Electrónica Reconocida en relación con la manuscrita y, en cualquier caso, es obligado recordar que, tanto la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica —en su art. 3.4—, como la Directiva 1999/93/CE, de Firma Electrónica —en su art. 5.1—, prevén que la Firma Electrónica Reconocida tiene, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor que la firma manuscrita y que, por lo tanto, son perfectamente admisibles en juicio con el carácter de prueba documental —que recordemos es la forma más sólida de prueba— (art. 5.1 Directiva y 3.8 Ley).

II. LA LICITACIÓN ELECTRÓNICA

1. ¿Es posible la licitación electrónica?

Licitación electrónicamente significa que todo el proceso de envío, recepción y apertura de las ofertas se pueda realizar por medios informáticos. Es, por lo tanto, la culminación y el fin en sí mismo de cualquier modelo de contratación pública electrónica que podamos implantar.

La Disposición Adicional decimoctava de la LCSP posibilita que las comunicaciones e intercambios de información entre las administraciones y sus licitadores se puedan realizar por medios electrónicos, telemáticos o informáticos. Con mejor o peor intención habrá personas que se pregunten si dentro de esas comunicaciones e intercambios, ¿estarán incluidas las ofertas?

Podríamos afirmar que sí con rotundidad sin miedo a equivocarnos, solamente por el hecho de que no estén excluidas y por lo tanto son perfectamente posibles, pero por si queda alguna duda de la posibilidad de realizar ofertas telemáticas veamos la reiteración con que tanto la Directiva 2004/18/CE como la LCSP lo explicitan.

Así, en el artículo 42 de la Directiva:

- ap. 3 ...que se garantice... la confidencialidad de las ofertas
- ap. 3 ...que los poderes adjudicadores no conocerán el contenido de las ofertas...hasta que expire el plazo
- ap. 5 Para los dispositivos de transmisión y recepción electrónica de las ofertas ...se aplicarán las normas siguientes...
- ap. 5a ...la información relativa a las especificaciones necesarias para la presentación electrónica de las ofertas deberá estar a disposición de todas las partes interesadas

- ap. 5a ...los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas ... deberán ser conformes con los requisitos del anexo X
- ap. 5b ...los Estados Miembros podrán exigir que las ofertas transmitidas por vía electrónica vayan acompañadas de una Firma Electrónica Avanzada
- ap. 5d ...los candidatos se comprometerán a presentar los documentos..., antes de que expire el plazo previsto para la presentación de ofertas

Igualmente en las Disposiciones Adicionales Decimoctava y Decimonovena de la LCSP:

- Disp. ad. 18.3 ...que se garantice ... la confidencialidad de las ofertas
- Disp. ad. 18.3 ...que se garantice ... que el contenido de las ofertas no será conocido hasta después de finalizado el plazo
- Disp. ad. 19.1.b La información y las especificaciones técnicas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán estar a disposición de todas las partes interesadas...
- Disp. ad. 19.1.c Los programas y aplicaciones necesarias para la presentación electrónica de las ofertas ... deberán ser de amplio uso.
- Disp. ad. 19.1.g Los licitadores deberán presentar los documentos ...antes de que expire el plazo previsto para la presentación de ofertas

Como vemos, estas dos normas lo reiteran nada más y nada menos que doce veces. No hay duda, por lo tanto de la posibilidad de su utilización.

En esos artículos que hemos analizado previamente encontraremos los requisitos que han de cumplir los modelos de contratación pública electrónica que quieren poder recibir ofertas electrónicas, pero hay tres condiciones menores del ámbito jurídico-procedimental para poder admitir licitaciones electrónicas: que ello haya sido autorizado por el órgano de contratación, que conste así en los pliegos de bases administrativas y que haya una página Web con la que «interactuar» telemáticamente.

Otra pequeña, pero no menos importante, condición fáctica es que el Modelo de contratación pública electrónica tenga capacidad para admitir —encriptando, recibiendo, etc.— los tamaños de oferta que los licitadores precisen. La implantación de la licitación electrónica no debe, ni puede, ni tiene por que ir en contra de la calidad de la oferta. Esta ha de ser la que la empresa

licitadora desee hacer llegar a la administración y no verse condicionada por limitaciones tecnológicas de la Administración. Esto no obsta para que tanto las Administraciones como los licitadores no tengan que aplicar una serie de buenas prácticas para no pedir ni enviar lo innecesario.

2. Primer elemento de éxito o fracaso de la licitación electrónica: la incidencia de los virus informáticos

Posiblemente, el punto más débil de un Modelo de contratación pública electrónica es la incidencia que los virus informáticos pueden tener en el mismo, especialmente si «atacan» determinadas fases del procedimiento —pensemos el problema que se nos puede generar si invalidan alguna oferta enviada electrónicamente—.

Es una realidad a la que no nos podemos sustraer y que hay que tratar convenientemente para minimizar —quien pudiera pensar en anular— sus posibles efectos. Hablamos de informática y todos sabemos que el riesgo de los virus existe.

Todos los ordenamientos que lo han tratado tienen como principio fundamental el hecho de que los documentos que se envíen telemáticamente han de enviarse libres de virus y que es responsabilidad del licitador que ello sea así (entre otros la Orden de 16 de Agosto de 2004 del Gobierno Vasco, sobre tramitación telemática de determinados procedimientos y actuaciones previstas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas —art. 16.1— y la Orden EHA/1307/2005 del Ministerio de Economía y Hacienda, de 29 de abril, del Ministerio de Economía y Hacienda, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación —art. 4.5-).

Veamos qué alternativas complementarias han tomado diferentes Modelos de contratación pública electrónica:

- a. Política del avestruz. Ha habido Modelos que no han dedicado un solo precepto legal a esta problemática. Las probabilidades de éxito de esta política son cero. Aunque pretendamos ignorarla, ésta es una incidencia que sin ningún género de dudas se nos va a presentar en algún momento, más pronto que tarde, y la generalización de exclusiones de ofertas por este motivo llevarían al traste a la contratación pública electrónica —sobre todo en estos momentos, en los que es optativa y no obligatoria—.
- b. Política de la duda. El Decreto nº 2002/692 de 30 de Abril de 2002, adoptado en aplicación de los números 1 y 2 del artículo 56 del

código de contratos públicos y relativo a la desmaterialización de procedimientos de otorgamiento de contratos públicos franceses, antigua legislación en la materia, decía en su artículo 10 que ante una oferta con virus el comprador público «podrá» decidir sin más su archivo o que se intente leer. Esta estrategia deja en manos de cada mesa de contratación —no necesariamente solvente en esta materia— qué hacer con la oferta, pudiéndose desechar ofertas que a lo mejor podían haberse leído.

La nueva Orden de 28 de Agosto de 2006, relativa a la desmaterialización de los procedimientos de contratación pública, promulgada en aplicación de los artículos 28 y 56 del nuevo Code des Marchés Publics (Código de Contratos Públicos) francés —Decreto nº 2006/975, del 1 de Agosto de 2006— en su artículo 10 mejora algo la redacción anterior, pero desde mi punto de vista no es lo suficientemente clara porque sigue posibilitando la reparación de las ofertas con virus, pero no obliga a intentarlo.

Hay que tener en cuenta que el hecho de que un archivo tenga un virus no tiene necesariamente porque ser culpa del licitador —en muchos casos incluso ignorará que su ordenador está infectado—.

- c. Política del paracaídas. La Orden francesa de 28 de Agosto de 2006, autoriza, también en su artículo 10, a los licitadores a enviar una copia de seguridad de la oferta en un soporte electrónico físico (cd-rom, dvd, memoria usb,...) o a papel. Esta copia de seguridad se presentará en sobre cerrado y podrá ser abierta, por ejemplo, si la oferta electrónica queda inservible por efecto de un virus (art. 11 de la Orden) y se destruirá si no se utiliza.
- d. Política conservacionista. La Orden de 16 de Agosto de 2004 del Gobierno Vasco —art. 16.2— y la Orden EHA/1307/2005 del Ministerio de Economía y Hacienda —art. 4.5—, antes citadas, obligan a que, si el documento infectado con virus se puede leer, se lea y se admita la oferta. No podemos obviar que hay virus muy benignos—la mayoría— que no tienen por qué destruir la información del documento.
- e. Política de minimización del riesgo. La Orden de 16 de Agosto de 2004 del Gobierno Vasco, prevé dos medidas con este fin: propone enviar los documentos en determinados formatos electrónicos —que cita— menos atacados o atacables por los virus (art. 16.3.a), y la existencia dentro de la aplicación de licitación electrónica de «un apartado de licitación de prueba, en el que el licitador podrá testar la fiabilidad del sistema y la posible presencia de virus en los documentos que vaya a enviar (art.16.3.b)».

- f. Política de no perjuicio innecesario a terceros. Con el objetivo de que si, por cualquier contingencia, hay que suspender/anular la mesa de apertura de las ofertas, y con el fin de que no se revelen innecesariamente las posturas de los licitadores que han licitado por el método tradicional a papel, en la Orden de 16 de Agosto de 2004 del Gobierno Vasco —art. 16.3.c— y la Orden EHA/1307/2005 del Ministerio de Economía y Hacienda —art. 6—, se prevé que se abran primero las ofertas recibidas telemáticamente. En ese mismo sentido, la Orden del Gobierno Vasco prevé, además, que no se haga público el resultado de las ofertas telemáticas hasta que no se hayan abierto todas ellas.
- g. Política ideal. El problema reside en que una oferta que se envíe encriptada NO puede ser chequeada en busca de virus en el servidor de la Administración que la recibe. Como, por otra parte, no queremos que la Administración «intervenga» en el ordenador del licitador, sino que pretendemos que éste envíe ya cifrada su oferta desde el momento en que la empieza a enviar vía Internet, la mejor solución —aunque técnicamente complicada— es que cuando el licitador se «baja» —informáticamente hablando— del servidor de la Administración los componentes necesarios para encriptar la oferta, también se baje un antivirus que obligatoriamente le chequee en su ordenador la oferta antes de encriptarla. Si optamos porque sea el servidor de la administración el que chequee la oferta antes de ser encriptada, puede haber alguna persona malintencionada que «filtre» la oferta y ello supondría —además de un delito— el principio del fin de nuestro proyecto de contratación pública electrónica.

En la comparecencia ante el Congreso de los Diputados que he comentado al principio de este artículo decía yo textualmente sobre este particular de los virus:

«Hemos de partir del hecho de que la presencia de virus informáticos en un documento no necesariamente ha de ser conocida o querida por el emisor del citado documento. Quiere esto decir que hemos de ser benévolos en las propuestas de solución. No creo que el rango jurídico apropiado para tratar el problema de los virus informáticos sea precisamente una norma con rango de ley. No obstante, sí que creo que en los considerandos del Proyecto de Ley se ha de introducir alguna referencia al compromiso inequívoco de minimizar el problema en la regulación reglamentaria posterior. La política ideal no existe, hay soluciones parciales que nosotros hemos implantado, pero es un problema real sobre el que hay que reflexionar en profundidad.»

Esta reflexión se plasmó en una enmienda a la exposición de motivos del Proyecto de LCSP, proponiendo añadir un segundo párrafo al considerando IV punto 3 que dijera:

«Al objeto de minimizar las incidencias que los virus informáticos puedan suponer en las diferentes transacciones telemáticas que la ley prevé, y especialmente en las ofertas electrónicas, habrá que desarrollarse reglamentariamente estrategias y medidas que las reduzcan».

La enmienda no se aceptó en su literalidad, pero su espíritu sí, y con ello se ha añadido una 2ª parte al apartado 1.d de la Disposición adicional decimonovena, en la que se prevé que los sistemas de comunicaciones «deberán asimismo ofrecer suficiente seguridad, de acuerdo con el estado de la técnica, frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos, pudiendo establecerse reglamentariamente otras medidas que, respetando los principios de confidencialidad e integridad de las ofertas e igualdad entre los licitadores, se dirijan a minimizar su incidencia en los procedimientos».

3. Segundo elemento de éxito o fracaso de la licitación electrónica: el momento en que se considera entregada la oferta

En el sistema tradicional de presentar ofertas, cuando el licitador está en la ventanilla, le «toca» su turno de ser atendido y «empieza» a entregar el sobre con la oferta, en un milisegundo «acaba» de entregarlo. Sin embargo en un envío de un documento de varios Megabytes esto no va a ser así. ¿Qué pasa sí entre ese «empezar» y ese «acabar» vence el plazo de entrega? Lo más importante es que el sistema de contratación pública electrónica prevea qué pasa en este caso, y no lo deje al «buen —o mal— entender» de la mesa de contratación.

Veamos las tres políticas que se pueden implementar:

- a. Política estricta o «que hubiera empezado antes». Sólo se entenderá recibida la oferta si es recibida totalmente dentro del plazo de presentación de ofertas. No favorece la licitación electrónica y no es razonable ni estrictamente necesaria.
- b. Política posibilista —antes de la LCSP—. La Orden de 16 de Agosto de 2004 del Gobierno Vasco que hemos visto antes —en su art. 11.2— señala que «se entenderá cumplido el plazo si se inicia la transmisión dentro del mismo y finaliza con éxito —aunque sea con posterioridad a la finalización del plazo de presentación».
- c. Política del doble momento. El Decreto francés 2002/692 de 30 de Abril de 2002 distinguía en su artículo 4 entre la recepción de lo

que denomina la «Firma Electrónica Segura» —muy rápida de transmitir—, y el envío de la oferta en si misma —cuyo envío puede ser más lento—. La primera debe de enviarse dentro del plazo general de presentación de ofertas; para el plazo de envío de la segunda, cada «responsable del contrato» fijará en el anuncio de licitación el tiempo suplementario de presentación respecto a la primera, lo que, en ningún caso, superará las 24 horas.

Basándome en esa experiencia francesa, que considero de gran interés, tanto en la comparecencia como a través de una enmienda propuse introducir en la LCSP un nuevo segundo apartado en el artículo 127 que dijera:

«En la presentación de ofertas que se realice de manera telemática, y para evitar todo retraso consecuencia de los azares de la transmisión electrónica que podrían tener lugar, las ofertas se podrán enviar en la forma de un doble envío. En primer lugar, los licitadores transmitirán su intención de presentar una licitación electrónica en un documento validado por su firma electrónica reconocida. La recepción de esta firma señalará una fecha y hora cierta de recepción de la oferta. En segundo lugar, se transmitirá, también autenticada por su firma electrónica reconocida, la oferta misma en un plazo máximo de 24 horas»

No con la misma dicción, ni modificando el mismo artículo, pero sí se ha recogido esta estrategia en la LCSP, cuanto se ha añadido una 2ª parte en el apartado 1.h de la Disposición adicional decimonovena, que recoge que:

«En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la firma electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas; de no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada»

Esta doble transmisión que posibilita le LCSP en las licitaciones electrónicas no amplía el plazo que el licitador tiene para preparar su oferta. Esto queda radicalmente garantizado porque el licitador ha de enviar antes del final del plazo de presentación de ofertas la función hash de su oferta (también denominada huella digital o compendio de mensaje o resultado control o función resumen). Lo único que le permite la LCSP es disponer de más plazo para su envío por medios electrónicos, previendo alguna dificultad que se pueda dar en la transmisión de su oferta, derivada de las condiciones de la red, del tamaño de la oferta, etc., ampliando el plazo del envío.

4. Tercer elemento de éxito o fracaso de la licitación electrónica: los formatos electrónicos admitidos en las ofertas

Otra cuestión que hay que regular son los formatos electrónicos en los que se admiten las ofertas. En efecto, los formatos de los documentos —estamos hablando, por ejemplo de .doc para los documentos de Word o .gif para determinados ficheros gráficos— en principio pueden ser infinitos. Yo podría inventarme un programa que cree determinados ficheros que solamente se puedan leer con ese mismo programa.

Pero, sin irnos tan lejos, no es posible pensar que una Administración —ni ninguna otra organización—, por muy tecnificada que esté, pueda leer toda la gran cantidad de diferentes formatos que existen en el mercado informático.

Para evitar volver «a poner en un brete» a la mesa de contratación, no podemos volver a aplicar la política del avestruz, y hay que especificar los formatos electrónicos que se van a admitir en las licitaciones, de dos maneras posibles:

- a. Relacionando los formatos que se admiten con carácter general para cualquier licitación, como hace el art. 15.1 y 2 de la Orden de 16 de Agosto de 2004 del Gobierno Vasco.
- b. Regulando que cada órgano de contratación deba de concretar en cada pliego de contratación los formatos que se admiten en dicha licitación, como hace la Orden EHA/1307/2005 del Ministerio de Economía y Hacienda en su art. 3.4. En cualquier caso, en ese mismo artículo, se acota que los formatos deben de ser conformes a los estándares abiertos que contiene el anexo a la propia Orden.

Lo que no es en absoluto de recibo es lo previsto en el Vademécum jurídico francés de la contratación pública electrónica, que concluye que se tendrán que rechazar todos los documentos que no vengan en los formatos permitidos, aunque se pueda acceder al contenido de los mismos. Entiendo plenamente razonable que no haya que admitir formatos sin limitación, pero de eso a rechazar de plano formatos que el licitador se ha podido olvidar de incluir en la lista de admisibles el órgano de contratación y para los que incluso tengo el ejecutable que los lee, hay un trecho que no se debe recorrer.

Aunque el anteproyecto de LCSP no lo contenía, puede ser que a raíz de una intervención que tuve en algún foro de la editorial de La Ley en la que estaba el redactor del Anteproyecto —sin que me quiera colgar medallas inmerecidas, y si fuera así pido disculpas—, el Proyecto —y la propia Ley— incor-

poró un nuevo apartado i a la Disposición adicional decimonovena —yo era más partidario de modificar directamente el artículo 129 añadiéndole un nuevo apartado 6—, que dice lo siguiente:

«Los formatos de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación deberán ajustarse a especificaciones públicamente disponibles y de uso no sujeto a restricciones, que garanticen la libre y plena accesibilidad a los mismos por el órgano de contratación, los órganos de fiscalización y control, los órganos jurisdiccionales y los interesados, durante el plazo por el que deba conservarse el expediente. En los procedimientos de adjudicación de contratos, los formatos admisibles deberán indicarse en el anuncio o en los pliegos»

5. El impulso definitivo para la contratación y la licitación electrónica: la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos

Mi impresión personal es que la Ley de Contratos del Sector Público no ha ido todo lo lejos en materia de contratación y licitación electrónica como debiera de haber ido. Es cierto que he regulado cosas importantes, como podéis comprobar analizando estas reflexiones que tenéis en vuestras manos, pero, desde mi punto de vista, se ha quedado demasiado en la superficie de los problemas, sin atacarlos a fondo, sin aportar soluciones aplicables

Sin embargo, y afortunadamente, esta otra ley que vamos a analizar ahora, que también forma parte del corpus jurídico que hemos de aplicar cuando las administraciones públicas contratamos, sí que ha dictado medidas que nos van a permitir —obligar, me atrevería a decir— una implantación potente de la contratación pública electrónica. Por su interés con el objetivo que quiero conseguir —demostrar la irreversibilidad y la necesidad de la contratación pública electrónica— voy a desgranar algunos de los aspectos de la Ley 11/2007.

Esta Ley empieza por reconocer que «las tecnologías de la información y las comunicaciones están afectando también muy profundamente a la forma e incluso al contenido de las relaciones de los seres humanos entre sí y de las sociedades en que se integran». En esa perspectiva, una Administración a la altura de los tiempos en que actúa tiene que acompañar y promover en beneficio de los ciudadanos el uso de las comunicaciones electrónicas. Estos han de ser los primeros y principales beneficiarios del salto. Para el legislador, «la administración queda obligada a transformarse en una administración electrónica», eficaz, añadiría yo.

Al hilo de esta apreciación, no podemos olvidar que en una contratación administrativa hay diferentes momentos en los que la posición de la

Administración y de las empresas que licitan es diferente. Bien es cierto que los adjudicatarios del contrato se conviertan en proveedores de la Administración —y por lo tanto ésta es su cliente— y que han de satisfacer sus necesidades, pero en las primeras fases de la contratación —hasta la adjudicación— la situación es justo la contraria, ya que los licitadores, como ciudadanos y sujetos impositivos que son, son a su vez clientes de la propia Administración, la cual ha de estar a su servicio. Por lo tanto, también los licitadores han de ser los primeros y principales beneficiarios de la implantación de la contratación pública electrónica: hacia ellos ha de estar orientada.

Esta Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, destaca como ha habido avances en la materia, y cita diversos ejemplos, aunque se reconoce que el desarrollo de la administración electrónica es todavía insuficiente.

Y es insuficiente en buena medida porque las previsiones de esos artículos 38, 45 y 59 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común son facultativas para las diferentes Administraciones Públicas. Por ello la Ley 11/2007 «pretende dar el paso del podrán —las Administraciones— al deberán». El servicio al ciudadano exige «consagrar su derecho a comunicarse con la Administración por medios electrónicos».

En consecuencia, el propio artículo 1 de la Ley 11/2007, al definir el objeto de la misma, expresa que «la presente Ley reconoce el DERECHO de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos». Y consecuentemente se genera la obligación para las Administraciones Públicas de posibilitar el ejercicio de ese derecho.

La Ley 11/2007 amplía el precepto que seguramente ha sido el más incumplido por las diferentes Administraciones. Me estoy refiriendo a la previsión del artículo 35.f de la Ley 30/1992, cuando configuraba como un derecho del ciudadano «el no presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante». Pues bien, la Ley que ahora estamos analizando amplía este facultad de los ciudadanos, al configurar como un derecho de los mismos «el no aportar datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas» (art. 6.2.b Ley 11/2007). Esperemos que no vuelva a convertirse en papel mojado.

Para garantizar ese derecho de los ciudadanos, las Administraciones Públicas recabarán esa información por medios electrónicos a las Administraciones poseedoras de los mismos, siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados.

Esta Ley también acaba con otra práctica absurda a la que nos veíamos obligados a someternos las Administraciones Públicas cuando, al publicar nuestros Boletines Oficiales en Internet nos veíamos en la obligación de aclarar que esa publicación no era más que una copia y que lo que «de verdad» valía era su publicación a papel. El artículo 11 Ley 11/2007 acaba con esta mala práctica al prever que «la publicación de los diarios o boletines oficiales en las sedes electrónicas de la Administración, Órgano o Entidad competente tendrá, en las condiciones y garantías que cada Administración Pública determine, los mismos efectos que los atribuidos a su edición impresa». Yo animo a todas las Administraciones Públicas a «pasar al ataque» y a prescindir de esta última; ¡el que lo necesite que imprima el Boletín Oficial telemático! Para el envío automático —y por lo tanto sin errores— de anuncios a los diversos boletines oficiales en las diferentes fases de los procedimientos de contratación, esta previsión legal es muy importante.

Con esta misma orientación, la Ley también da carta de naturaleza jurídica al expediente administrativo electrónico, no como una copia o reflejo del expediente a papel, sino con entidad en sí mismo. Así, en su artículo 32 define al expediente electrónico como «el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo, cualquiera que sea el tipo de información que contengan».

Dentro de ese expediente electrónico, la Ley autoriza, obviamente, a almacenar por medios electrónicos todos los documentos utilizados en sus actuaciones administrativas. (art. 31). La Ley autoriza a que esos documentos se archiven en su formato original o en otro tipo de formato, siempre que en este caso se garantice la identidad y la integridad del documento. Esto autorización tiene gran importancia, especialmente en expedientes de contratación pública electrónica, pero no sólo en ellos, en un doble sentido:

- a. En primer lugar, porque si pensamos en ofertas que han sido encriptadas contra determinadas claves públicas de certificados de firma electrónica reconocida, si guardamos las ofertas en ese mismo formato, cada vez que quisiéramos desencriptarlas necesitaríamos disponer de las claves privadas de los certificados de firma electrónica reconocida contra los que se encriptaron, lo que teniendo en cuenta que los certificados caducan deviene imposible a largo plazo.
- b. En segundo lugar, porque los formatos van evolucionando a lo largo del tiempo, pudiendo incluso desaparecer las aplicaciones que los podían interpretar y leer.

Vinculado al archivado digital, como parte inherente al expediente electrónico, la Ley 11/2007 regula también las copias electrónicas. En especial, nos interesa conocer que su artículo 30 admite como parte del expediente

electrónico a los documentos originariamente en formato papel, mediante su digitalización o escaneo. Así, podrán formar parte del expediente digital:

- a. Las copias realizadas por las Administraciones Públicas, utilizando medios electrónicos, de documentos emitidos originalmente por las Administraciones Públicas en soporte papel. En este caso tendrán la consideración de copias auténticas siempre que se cumplan los requerimientos y actuaciones previstas en el artículo 46 de la Ley 30/1992.
- b. Las copias —imágenes electrónicas— de los documentos privados aportados por los ciudadanos. Las Administraciones Públicas las podrán obtener con su misma validez y eficacia, a través de procesos de digitalización que garanticen su autenticidad, integridad y la conservación del documento imagen. Esta obtención podrá hacerse también de forma automatizada.

En este caso y en el anterior, podrá procederse a la destrucción de los originales en papel en los términos y con las condiciones que por cada Administración Pública se establezcan.

La Ley de Contratos del Sector Público también ha dicho algo sobre las copias electrónicas, y concretamente en su Disposición adicional decimonovena —que es la que regula el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley—, apartado 1.h 3ª parte, regula que «las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse al expediente, autenticadas con la firma electrónica reconocida del órgano administrativo habilitado para su recepción surtirán iguales efectos y tendrán igual valor que las copias compulsadas de esos documentos».

¿Y se pone fecha al nacimiento efectivo de ese derecho que se reconoce a los ciudadanos a poder relacionarse con la administración por medios electrónicos o solamente es un desideratum?

Sí, sorprendentemente sí se pone fecha. La Disposición final tercera prevé que en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos dependientes, ese derecho se podrá ejercer en relación CON LA TOTALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS y actuaciones de su competencia a partir del 31 de Diciembre de 2009 —fecha coincidente como podemos comprobar con la de la iniciativa europea i2010—.

Quiere esto decir que a partir de esa fecha podría llegar a ser reclamado ese derecho en sede judicial si, por ejemplo, no se le da a los licitadores la posibilidad de licitar electrónicamente en los contratos administrativos de los órganos de contratación de la administración del estado.

Para el resto de las Administraciones, tanto del ámbito de las Comunidades Autónomas como de la Administración Local, se señala esa misma fecha

del 31 de diciembre de 2009, pero condicionada en este caso a que se lo permitan sus respectivas disponibilidades presupuestarias. Expresamente prevé la Ley que en el caso de las Administraciones Locales, tanto las Comunidades Autónomas como las Diputaciones, Cabildos y otro tipo de organismos supra-municipales podrán ofrecerles esos servicios.

Respecto a la voluntariedad/obligatoriedad de poder/tener que utilizar los medios electrónicos para comunicarse e interactuar los licitadores con las administraciones públicas, me referiré a ello en el último apartado de estas reflexiones, cuando analice si es posible obligar a nuestros licitadores a licitar electrónicamente. Adelanto, no obstante, que el impulso que nos da la Ley 11/2007 en este sentido es capital para poderlo exigir.

6. ¿Puede ser obligatoria la licitación electrónica?

¿Y qué podemos decir respecto a la obligatoriedad de presentar las ofertas por vía telemática?

Dejo fuera de este análisis a los sistemas dinámicos de adquisición y a las subastas electrónicas, porque en este caso es palmariamente evidente que no sólo es posible requerir que se hagan exclusivamente por medios electrónicos, sino que es por obligación de las normas que rigen a ambos que obligatoriamente ha de ser así. La opción de utilizar medios electrónicos en ambos es inherente a ellos.

Pero, ¿y en el resto de procedimientos o formas de contratar?

En primer lugar, examinaremos la Directiva 2004/18/CE. Esta norma comunitaria posibilita la elección por parte de los órganos de contratación de la forma en que los licitadores han de comunicarse e intercambiar información, entre lo que sin ningún género de dudas —así lo he demostrado con anterioridad— se encuentra la remisión de ofertas. Efectivamente, el artículo 42 —normas aplicables a las comunicaciones— prevé en su apartado 1 que «todas las comunicaciones y TODOS los intercambios de información a los que se refiere el presente Título podrán hacerse, A ELECCIÓN DE LOS PODERES ADJUDICADORES, por carta, por telefax o por vía electrónica con arreglo a los apartados 4y 5 ...»

¿Que condiciones han de tener esos medios electrónicos para poder ser validamente elegidos por los órganos de contratación?

- a. Deberán estar disponibles de forma general y, por tanto, no deberán restringir el acceso de los operadores económicos al procedimiento de adjudicación (apartado 2 del art. 42 Directiva 2004/18/CE)

- b. Se realizarán de modo que se garantice la protección de la integridad de los datos...
- c. ... y la confidencialidad de las ofertas y de las solicitudes de participación...
- d. ... y que los poderes adjudicadores no conocerán el contenido de las ofertas y de las solicitudes de participación hasta que expire el plazo previsto para su presentación. (apartado 3)
- e. Los instrumentos que deberán utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, deberán ser no discriminatorios,...
- f. ... estar a disposición del público ...
- g. ... y ser compatibles con las tecnologías de la información y la comunicación de uso general. (apartado 4)
- h. La información relativa a las especificaciones necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación, incluido el cifrado, deberá estar a disposición de todas las partes interesadas. (apartado 5.a 1ª parte)
- i. Los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas y de las solicitudes de participación deberán ser conformes con los requisitos del anexo X de la Directiva 2004/18/CE —relativos a los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas, de las solicitudes de participación o de los planos y proyectos en los concursos— (apartado 5.a 2ª parte). Veamos los requisitos: Los dispositivos deberán garantizar, como mínimo y por los medios técnicos y procedimientos adecuados:
 - Que las firmas electrónicas relativas a las ofertas, a las solicitudes de participación y a los envíos de planos y proyectos se ajusten a las disposiciones nacionales en aplicación de la Directiva 1999/93/CE —sí es que la legislación nacional que lo aplique ha decidido exigir el requisito de utilizar en la licitación electrónica la garantía de la firma electrónica reconocida, cosa que la legislación española ha hecho, desde mi punto de vista con pleno acierto—;
 - Que pueda determinarse con precisión la hora y la fecha exactas de la recepción de las ofertas, de las solicitudes de participación y de los planos y proyectos;
 - Que pueda garantizarse razonablemente que nadie tenga acceso a los datos transmitidos a tenor de los presentes requisitos antes de que finalicen los plazos especificados;

- Que en caso de violación de esa prohibición de acceso, pueda garantizarse razonablemente que la violación pueda detectarse con claridad;
- Que únicamente las personas autorizadas puedan fijar o modificar las fechas de apertura de los datos recibidos;
- Que en las diferentes fases del procedimiento de licitación de contratos o del concurso, sólo la acción simultánea de las personas autorizadas pueda permitir el acceso a la totalidad o a parte de los datos presentados —ésta y la siguiente condición son de especial relevancia para la definición del modelo de licitación electrónica que implantemos—;
- Que la acción simultánea de las personas autorizadas sólo pueda dar acceso después de la fecha especificada a los datos transmitidos;
- Y por último, que los datos recibidos y abiertos en aplicación de los presentes requisitos sólo sean accesibles a las personas autorizadas a tener conocimiento de los mismos.

¿Y la nueva Ley de Contratos del Sector Público? ¿Qué dice al respecto?

Como no podía ser de otra manera, recoge en su Disposición adicional decimoctava —Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley—, apartado 1, lo previsto en la Directiva y establece que «las comunicaciones e intercambios de información que deban efectuarse en los procedimientos regulados en esta Ley podrán hacerse, DE ACUERDO CON LO QUE ESTABLEZCAN LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN o los órganos a los que corresponda su resolución, por correo, por telefax, o POR MEDIOS ELECTRÓNICOS, INFORMÁTICOS O TELE-MÁTICOS», posibilitando, por tanto, la imposición de la obligatoriedad de envío electrónico de ofertas.

Respecto a las características de los medios electrónicos para recibir ofertas y solicitudes de participación respeta y/o repite —fundamentalmente en su Disposición adicional decimonovena— las condiciones que impone la Directiva. No voy a reproducir, por lo tanto, aquí las condiciones antes expuestas.

El verdadero nudo gordiano de la cuestión viene derivado del hecho de que haya que comprobar fehacientemente con anterioridad a aceptar la oferta una serie de cuestiones relativas a la personalidad, solvencia económica-financiera-técnica-profesional, clasificación y representación. Este hecho, junto a la imposibilidad real en la actualidad de comprobar telemáticamente todos estos requisitos, hacen que sea hoy en día imprescindible contar con un instrumento

auxiliar que haya realizado ya estas comprobaciones, aunque sea a la manera habitual (no telemática).

Me estoy refiriendo a los Registros de Licitadores (denominados también de Contratistas o de Empresarios).

Este mismo diagnóstico del problema relativo a la absoluta dependencia de la licitación electrónica con los Registros de Licitadores o Contratistas lo comparte la nueva LCSP. Pero desde mi punto de vista yerra totalmente en la solución propuesta.

En efecto, el hecho de que, tal y como se contempla en el nuevo apartado j —recordemos que este apartado no estaba en el Anteproyecto— de la Disposición adicional 19ª, el órgano de contratación pueda obligar en los procedimientos de contratación pública electrónica a los licitadores a estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores o Contratistas de la administración respectiva a la que quieran licitar, parece que ofrece una solución. Pero desde mi punto de vista, lo que hace es confundir problema con solución. Y convierte a ésta misma, a su vez, en el propio problema.

Porque esta opción por la que la LCSP se decanta creo que difícilmente respeta la no discriminación en la utilización de los medios de comunicación electrónicos del art. 42.4 de la Directiva 2004/18/CE, puesto que una empresa que previamente al anuncio de licitación no esté registrada es virtualmente imposible —por cuestión de plazos— que en el periodo de presentación de ofertas sea inscrita en el Registro Oficial y por lo tanto puedan licitar —pensemos, por ejemplo, en una empresa aragonesa que quiera licitar en la Diputación Foral de Gipuzkoa—.

¿Y que decir de las Uniones Temporales de Empresas del art. 48 LCSP? ¿Como inscribimos en un Registro Oficial de Licitadores o Contratistas a unas personas jurídicas que todavía no han nacido, pues por su propia naturaleza sólo se crearán si son adjudicatarias del contrato? ¿O acaso no les vamos a permitir licitar a las UTEs en los expedientes en los que se exija la licitación electrónica?

La salida al problema, por lo tanto, debía de haber sido tal que conciliara la posibilidad de EXIGIR la realización de licitaciones electrónicas a TODOS los licitadores con la NO DISCRIMINACIÓN antes citada.

Si analizamos detenidamente la situación, veremos que para poder exigir la contratación pública electrónica han de cumplirse inevitablemente dos condiciones principales, según la LCSP:

- a. 1ª condición: que el sistema que controla la licitación electrónica identifique los certificados de firma electrónica reconocida de todas las diferentes entidades de certificación que existen —incluyendo, por

supuesto, el DNI electrónico—. Esta es una condición relativamente fácil de resolver.

- b. 2ª condición: que los documentos de los licitadores que hay que examinar que sean correctos antes de abrir sus ofertas se puedan comprobar de manera telemática (o, en su defecto, que ya hayan sido comprobadas con anterioridad mediante su inscripción en un Registro Oficial de Licitadores o Contratistas).

Pero esta segunda condición no es tan fácil de resolver, y esto es así porque la comprobación fehaciente de la firma de documentos rubricados por terceros (p.e. la del notario en los poderes societarios o la del órgano recaudador de la Tesorería de la Seguridad Social en los certificados de la misma) sólo se puede hacer si el documento está firmado electrónicamente por dicho tercero y lo podemos comprobar telemáticamente, cosa que teóricamente es posible, pero que el estado de utilización de la firma electrónica en la actualidad realmente no lo permite, por lo que si se exige comprobar determinada documentación antes de aceptar la validez de las ofertas, irremisiblemente no nos queda más remedio que restringir la posibilidad de licitar electrónicamente a los empresarios ya inscritos en los Registros Oficiales de Licitadores o Contratistas.

Como ya he manifestado antes, esto no es una solución al problema que tenemos planteado, sino que es un nuevo problema. Había que haber aprovechado el hecho de que la LCSP distinga entre la figura de la adjudicación provisional y la figura de la adjudicación definitiva, y que de acuerdo con el art. 130 haya parte de la documentación de todos los licitadores que se examina fehacientemente antes de abrir las ofertas (—apartados a y b— personalidad, representación, clasificación y/o solvencia), pero, sin embargo, para otra parte de la documentación se admita una declaración responsable del licitador (—apartado c— no estar incurso en prohibición de contratar y cumplimiento obligaciones tributarias y de S. Social) y sólo se examina fehacientemente la de el/los propuesto/s adjudicatario/s provisional/es.

¿Por qué no se ha admitido que en esa declaración responsable se puedan introducir TODOS los elementos de los apartados a, b y c del art. 130, y no solamente los del último apartado, todos los cuales ya serán objeto de comprobación fehaciente para los adjudicatarios provisionales y por lo tanto en un momento posterior a la apertura de las ofertas?

Hay que tener en cuenta que, admitiendo incluir en la declaración responsable los aspectos de obligaciones tributarias y de S. Social, ya estamos asumiendo el «riesgo» de que las empresas licitadoras nos «engañen» y liciten «fraudulentamente» sin cumplir todos los requisitos necesarios y con el único fin de «hacernos perder el tiempo». Además, yo creo que es más fácil

que pretendan «engañarnos» en esos aspectos que no, p.e., en el objeto social de la empresa.

Esta propuesta —creo que sencilla, pero sin embargo muy eficiente en la resolución del problema— tuve la oportunidad de realizarla en la comparecencia ante la Comisión de Administraciones Públicas que he comentado antes, calificando la problemática como el nudo gordiano de la licitación electrónica, pero, desgraciadamente, la LCSP no la ha acogido como solución jurídica positiva y por lo tanto esta norma no solucionó este problema tan determinante.

Afortunadamente hay otra norma, la Ley 11/2007 que hemos analizado antes, que sí nos va a posibilitar romper el nudo gordiano.

Vayamos por partes; Aunque la citada Ley 11/2007 configura en general como un derecho de los ciudadanos el hecho de interactuar telemáticamente con las administraciones públicas, no es menos cierto que prevé excepciones en la voluntariedad de esta opción. En efecto, el apartado 6 del artículo 27 de la Ley 11/2007 habilita a las Administraciones Públicas a obligar a determinadas «personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos», a comunicarse electrónicamente con ellas. Es meridianamente claro que los licitadores de las contrataciones públicas cumplen con todos estos requisitos y, por lo tanto, es posible obligarles a tener que licitar electrónicamente, complementando así lo que hemos visto que también hace tanto la Directiva de contratos públicos, como la LCSP.

Volvamos ahora a analizar la solución que he analizado antes y respecto de la cual hemos visto que la LCSP no ha dado cumplida respuesta.

Partamos del apartado 2 del artículo 35 de la Ley 11/2007 que dice exactamente:

«Los interesados podrán aportar al expediente copias digitalizadas de los documentos, cuya fidelidad con el original garantizarán mediante la utilización de firma electrónica avanzada. La Administración Pública podrá solicitar del correspondiente archivo el cotejo del contenido de las copias aportadas. Ante la imposibilidad de este cotejo y con carácter excepcional, podrá requerir al particular la exhibición del documento o de la información original».

Esta previsión legal nos permite sin duda interpretar como válida la posibilidad de que los licitadores que no estén inscritos en los Registros de Licitadores o Contratistas puedan aportar copias escaneadas de los requisitos de los apartados a y b —personalidad, representación, clasificación y/o solvencia— del artículo 130 «cuya fidelidad garantizarán —tienen derecho a garan-

tizar, le ley les asiste en este sentido— ellos mismos mediante la utilización de su firma electrónica. Con posterioridad, la Administración ya utilizará la potestad que le da ese artículo de «solicitar el cotejo» si está en algún archivo digitalizado, o «requerirle su exhibición original» a los propuestos adjudicatarios —y sólo a ellos—, si no lo está. Así conseguiremos lo que con la LCSP no ha sido posible.

Esta creo que es la solución; al menos es la que nosotros vamos a implantar en el Gobierno Vasco.