

Contratación electrónica y transparencia: Fundamentos necesarios de la contratación abierta*

Agustí Cerrillo i Martínez
Catedrático de Derecho administrativo
Universitat Oberta de Catalunya

I. La contratación electrónica

La contratación electrónica se refiere a la utilización de los medios electrónicos en las diversas fases del procedimiento de contratación pública.¹ Desde un punto de vista general, la contratación electrónica no es sino la manifestación de la administración electrónica en la contratación pública.²

La contratación electrónica puede contribuir significativamente a la mejora de la contratación pública desde distintas perspectivas. La contratación electrónica mejora la transparencia en el proceso de contratación pública al facilitar la difusión y el acceso a la información.³ La contratación electrónica también incide positivamente en la eficacia y la eficiencia al generar un ahorro en la gestión de los procedimientos de contratación.⁴ El uso de los medios electrónicos en la contratación pública permite asimismo monitorear los procedimientos de contratación al suministrar a los licitadores y a los responsables de los órganos de contratación información sobre el estado de la tramitación del procedimiento lo que simplifica la supervisión y el control del procedimiento de contratación. En última instancia, la contratación electrónica tiene un impacto positivo en el fortalecimiento de la integridad de cargos y empleados públicos

* Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto “Transparencia, Integridad e Innovación Democrática” del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad (DER2014-57391-C2-2-R).

¹ En palabras de la Comisión Europea “el término contratación pública electrónica designa la utilización de medios electrónicos en el tratamiento de las operaciones y en la comunicación por parte de las instituciones gubernamentales y demás organismos del sector público a la hora de adquirir bienes y servicios o licitar obras públicas” (Comisión Europea, 2010, 2). A pesar de que esta definición es ampliamente compartida, algunos autores circunscriben el concepto de contratación electrónica exclusivamente a los procedimientos de contratación desarrollados exclusivamente por medios electrónicos (por ejemplo, subasta electrónica, sistemas dinámicos de adquisición o catálogos electrónicos) (Gil Condón, 2018).

² (Gil Condón, 2018); (Martínez Gutiérrez, 2017, 286).

³ (Andersen, 2009); (Bertot, Jaeger, & Grimes, 2010, 265).

⁴ En efecto, como ha puesto de manifiesto la Comisión Europea, el uso de los medios electrónicos en la contratación pública puede suponer un importante ahorro para las Administraciones públicas. En particular, “[s]i se generaliza la contratación en línea, las administraciones pueden ahorrar incluso un 5% del gasto e incluso un 50-80% de los costes de las operaciones tanto para los compradores como para los suministradores” (Comisión Europea, 2010).

y resulta un instrumento eficaz en la lucha contra la corrupción en la contratación pública.⁵

A pesar del impacto positivo del uso de los medios electrónicos en la contratación pública, a día de hoy la extensión de la contratación electrónica es aún muy reducida.⁶ La extensión de los medios electrónicos en la contratación pública no sólo es una cuestión tecnológica, sino que está estrechamente vinculada al cambio cultural y organizativo que exige en las Administraciones públicas.⁷

Para avanzar en el uso de los medios electrónicos en la contratación pública, en los últimos años se han introducido algunas modificaciones en el ordenamiento jurídico, particularmente, de la mano de la Unión Europea.⁸

En la actualidad, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE tiene entre sus finalidades impulsar definitivamente el uso de los medios electrónicos en la contratación pública. En esta dirección, se afirma que los medios electrónicos “deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior”.⁹ Para ello, dispone que “los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación”.¹⁰ A pesar de ello, la Directiva prevé algunas excepciones a este principio general y no obliga a que los poderes adjudicadores traten electrónicamente las ofertas o hagan su evaluación o el tratamiento automatizado. Asimismo, de acuerdo con la Directiva, tampoco es obligatorio utilizar los medios electrónicos con

⁵ (Cerrillo i Martínez, 2016a). Como ha observado Rose-Ackerman “la tecnología moderna puede ayudar a reducir la corrupción en la contratación” (Rose-Ackerman & Truex, 2012, 26).

⁶ La evaluación de la Comisión realizada en 2010 constató que menos del 5% del presupuesto total destinado a la contratación en los Estados miembros pioneros en la aplicación de este sistema se adjudicaba a través de medios electrónicos (Comisión Europea, 2010, 2-3).

⁷ Domínguez-Macaya sintetiza los principales motivos que a su entender justifican el bajo grado de implantación de la contratación electrónica (Domínguez-Macaya Larnaga, 2018, 1179).

⁸ Véase una aproximación a la evolución de la regulación de la contratación electrónica en (Martínez Gutiérrez, 2015).

⁹ Considerando 52 Directiva 2014/24/UE.

¹⁰ Artículo 22 Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, también se reconoce que los poderes adjudicadores no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en determinados casos. Asimismo, los estados miembros pueden aplazar la aplicación de la regulación del uso de los medios electrónicos hasta el 18 de octubre de 2018 excepto cuando el uso de dichos medios sea obligatorio (artículo 90.2).

Véase un análisis detallado de la norma comunitaria en (Martínez Gutiérrez, 2015).

relación a ninguna fase del procedimiento de contratación posterior a la adjudicación del contrato, y tampoco en las comunicaciones internas del poder adjudicador. De todos modos, como apunta la misma Directiva, “los estados miembros y los poderes adjudicadores deben seguir teniendo libertad para ir más lejos si así lo desean”.¹¹

Todos estos aspectos han sido trasladados a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). De hecho, la LCSP ha transpuesto la detallada regulación contenida en la Directiva 2014/24/UE sin prácticamente introducir ninguna novedad. En efecto, a pesar de que el preámbulo alude a “la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica”, la lectura de la LCSP y, en particular, de las disposiciones adicionales en las que se regula el uso de los medios electrónicos en la contratación pública, muestra cómo en la nueva norma se ha mantenido el mismo modelo vigente en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y poco se ha innovado en esta materia lo que, como ha sido ampliamente destacado, puede presentar serias limitaciones.¹²

Este estudio no persigue analizar en detalle la regulación de la contratación pública electrónica en la LCSP. A pesar de ello, resulta de utilidad poner de relieve los principales elementos de la regulación básica de la contratación electrónica.

En primer lugar, la LCSP dispone la obligatoriedad del uso de los medios electrónicos en la contratación pública.¹³ En particular, se establece que, en principio,

¹¹ Más allá de estas cuestiones de carácter general, la Directiva 2014/24/UE establece los requisitos que deben cumplir los medios electrónicos que se utilicen en todas las comunicaciones y todos los intercambios y concreta diferentes usos de los medios electrónicos en las diferentes fases del procedimiento de contratación.

¹² En el poco tiempo desde su aprobación han sido diversas las voces críticas con la regulación de la contratación electrónica en la LCSP.

Así, Domínguez-Macaya señala que “los redactores de la nueva norma han vuelto a cometer el error de concentrar principalmente su regulación general en tres Disposiciones adicionales (!!!!)”. Para el autor, “la regulación de estos tipos de temas -los electrónicos- que todo el mundo sabe es más propio de la brujería que del derecho, y que, por lo tanto, no es de fiar, ha sido muy ajena a los redactores y a los legisladores, y no han tenido verdadero interés en hacer una regulación suficientemente coherente y completa. En la ‘nueva’ regulación de la contratación pública electrónica han hecho una copia y pega de la anterior LCSP” (Domínguez-Macaya Launaga, 2018, 1181).

También se muestra crítico con esta opción del legislador Gimeno Feliu al afirmar que “la regulación mediante Disposiciones adicionales y no un Capítulo o título específico es claramente insuficiente si, de verdad, hay una apuesta decidida por la Administración electrónica” (Gimeno Feliu, 2017a).

Finalmente, se puede traer a colación a Martínez Gutiérrez para quien “el legislador nacional no ha sabido transponer de una manera adecuada en nuestra nueva Ley de Contratos del Sector Público esta realidad social y normativa, tanto española como comunitaria” (Martínez Gutiérrez, 2018, 1230).

¹³ Así se ha reconocido de manera generalizada. Por todos, puede traerse a colación Domínguez-Macaya quien afirma que “hay claroscuros, pero la rotundidad en la obligatoriedad de la utilización de los medios electrónicos en la contratación pública que introduce la

la presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos.¹⁴ Asimismo, la práctica de la notificación y de las comunicaciones relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos se realizarán, con carácter general, por medios exclusivamente electrónicos.¹⁵

En segundo lugar, la LCSP regula las características que deben tener los medios electrónicos utilizables en los procedimientos de contratación y en las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos. Desde un punto de vista general, los medios electrónicos que se utilicen serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación. Asimismo, dichos medios serán de amplio uso y fácil acceso. Además, deberán garantizar de forma razonable, según el estado de la técnica, la integridad de los datos transmitidos y que solo los órganos competentes, en la fecha señalada para ello, puedan tener acceso a los mismos, o que, en caso de quebrantamiento de esta prohibición de acceso, la violación pueda detectarse con claridad. También se deberán adoptar las medidas de seguridad suficientes frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos. Finalmente, los medios electrónicos que se utilicen han de poder acreditar la fecha y hora de la recepción de las ofertas, la fecha y hora envío de las comunicaciones y notificaciones entre el órgano de contratación y el licitador o contratista y la de la recepción o acceso por el interesado, así como la integridad de su contenido y la identidad del remitente de la misma.¹⁶

En tercer lugar, la LCSP impulsa el uso de los medios electrónicos en la contratación pública a través de diversos instrumentos. Por un lado, a través de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, instrumento jurídico vinculante aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que debe incorporar las medidas que permitan generalizar el uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento.¹⁷ Por otro, a través del Comité de Cooperación en materia de contratación pública, creado en el seno de la Junta Consultiva de

LCSP/2017 -sin duda inducido/obligado por las nuevas Directivas de contratos públicos- supera con creces cualquier elemento negativo que podamos encontrar en su regulación” (Domínguez-Macaya Laurnaga, 2018, 1204).

¹⁴ Disposición adicional decimoquinta.3 LCSP.

¹⁵ Disposición adicional decimoquinta.2 LCSP.

¹⁶ Disposiciones adicionales decimoquinta, decimosexta y decimoséptima LCSP. Asimismo, la Disposición adicional decimoséptima LCSP dispone que las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos deben garantizar razonablemente que nadie tenga acceso a los datos y documentos transmitidos antes de que finalicen los plazos y detectar las infracciones o tentativas de las prohibiciones o condiciones de acceso.

¹⁷ Artículo 334.2 LCSP.

Contratación Pública del Estado integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades y Ciudades Autónomas y de las organizaciones representativas de las Entidades locales, que será el encargado de coordinar el impulso de la contratación electrónica en el ámbito del sector público y de promover el cumplimiento de los mandatos y objetivos de las directivas comunitarias en la materia.¹⁸

Como ya se ha avanzado, la contratación electrónica no es sino una manifestación de la administración electrónica en la contratación pública. Por ello, debe integrarse adecuadamente la regulación de la contratación electrónica en los principios y las normas que regulan el uso de los medios electrónicos en las Administraciones públicas.¹⁹ En esta dirección, es importante tener en cuenta la incidencia que lo previsto en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) puede tener en los procedimientos de contratación.²⁰ En efecto, a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional primera LPACAP, tanto esta norma como la LRJSP tienen un impacto en cuestiones relevantes del procedimiento de contratación como, por ejemplo, la identificación y la firma electrónica o la cooperación interadministrativa en materia de contratación electrónica y, en particular, la reutilización de las aplicaciones. A pesar de lo anterior, en aras a una mayor seguridad jurídica, hubiese sido deseable que la LCSP hubiese integrado mejor la regulación de las leyes de 2015 garantizando una mayor coordinación entre ambos textos normativos.²¹

II. La transparencia en la contratación pública

La extensión de la contratación electrónica puede tener un impacto significativo en la mejora de la transparencia de la contratación pública. En efecto, el uso de los medios electrónicos facilita la difusión de la información sobre los contratos públicos y, en general, incrementa la transparencia de la contratación pública. Particularmente, la extensión de la contratación electrónica supone la creación y el archivo de toda la

¹⁸ Artículo 329.1 LCSP.

¹⁹ Como observa Gallego “el éxito de la implantación de un sistema de contratación pública electrónica innovador no puede descansar en la mera incorporación al Derecho interno de unos preceptos que tienen como objeto exclusivo proteger a los licitadores y a la competencia” (Gallego Córcoles, 2017b, 202).

²⁰ Véase un detallado análisis en (Gil Condón, 2018). En la misma dirección, (Gallego Córcoles, 2017a) y (Martínez Gutiérrez, 2017).

²¹ En la misma dirección, respecto al anteproyecto de ley, se manifiesta (Gallego Córcoles, 2017b, 203).

documentación y la información que generan los procedimientos de contratación en formato electrónico lo que no sólo facilita su gestión sino también su acceso y difusión. En efecto, como se ha destacado ampliamente existe una estrecha relación entre la administración electrónica y la transparencia.²²

Sin embargo, para que la extensión del uso de los medios electrónicos en la contratación pública pueda efectivamente contribuir a una mayor transparencia, es necesario que en el diseño de las aplicaciones de contratación electrónica también se tengan en cuenta las obligaciones de transparencia que deben cumplir los órganos de contratación. En esta dirección, es necesario que en el diseño de los sistemas de gestión documental sobre los que se basa la contratación electrónica no sólo tenga en cuenta la gestión del procedimiento de contratación para poder garantizar que toda la información que generan pueda ser puesta a disposición de los licitadores y de la ciudadanía en general garantizando su autenticidad, integridad, trazabilidad y reutilización. Para ello, es necesario que las obligaciones de transparencia se tengan en cuenta desde que la información se genera y no cuando debe ser difundida o es objeto de una solicitud de acceso.²³ Es lo que se conoce como transparencia por diseño.²⁴

En las próximas páginas, se expondrán las manifestaciones del principio de transparencia en la contratación pública y se analizarán las obligaciones de transparencia en materia de contratación pública previstas tanto en la legislación de transparencia como en la legislación de contratos públicos.

II.1 El principio de transparencia en la contratación pública

La transparencia es un principio de la contratación pública que contribuye a la igualdad entre los licitadores, promueve la concurrencia y favorece la integridad en la

²² En esta dirección es claro Cotino al afirmar que “la transparencia será electrónica o no será” y que “el nexo administración electrónica, la transparencia y el acceso a la información pública es amplio e ineludible” (Cotino Hueso, 2013) y (Cotino Hueso, 2017), respectivamente.

²³ A pesar de ello, como pone de manifiesto Moyano “la práctica ha sido dejar a los sistemas de gestión documental al margen de los portales de transparencia e incluso de los de reutilización, creando una brecha entre los departamentos de archivo y gestión documental, como órganos competentes en la recepción y tratamiento de la documentación, y los nuevos servicios de datos abiertos y reutilización de la información pública” (Moyano Collado, 2015, 54).

²⁴ Como hemos tenido oportunidad de señalar en otra ocasión “el cumplimiento de las obligaciones de transparencia pública exige que la transparencia se incorpore en el propio diseño de los sistemas de gestión documental para, más allá de permitir gestionar la creación o la generación de información y documentos, se facilite también su difusión y permita la reutilización, plasmándose estas dimensiones en las diferentes fases de su ciclo de vida” (Cerrillo i Martínez & Casadesús de Mingo, 2018).

contratación pública.²⁵ La transparencia en la contratación pública facilita que los contratos se adjudiquen a la mejor oferta y que se obtengan los resultados esperados.²⁶ Así lo prevé con carácter general la LCSP al identificar la transparencia como el primer objetivo que la inspira e incluirla entre los principios a los que se ha de ajustar la contratación pública.²⁷ Pero, además, la transparencia también es un principio de actuación de las Administraciones públicas que persigue facilitar que la ciudadanía tenga un conocimiento efectivo de la actividad y el funcionamiento de las Administraciones públicas que le permita participar en las decisiones públicas y controlar la actuación administrativa.²⁸

Desde el punto de vista de la contratación pública, la transparencia persigue garantizar que cualquier licitador tenga la información suficiente y adecuada para poder participar en un procedimiento de contratación. Para ello, es necesario que los licitadores dispongan de información clara y adecuada sobre los procedimientos de licitación. Así lo puso de manifiesto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, asunto *Succhi di Frutta*, al afirmar que la transparencia “implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”.²⁹

La transparencia contribuye a la igualdad de los licitadores. En esta dirección, el Tribunal de Justicia en la conocida sentencia de 7 de diciembre de 2000 dictada en el asunto *Teleaustria* señala que “la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial,

²⁵ El principio de transparencia ha ido adquiriendo con el tiempo un reconocimiento como valor autónomo en la contratación pública (Valcárcel Fernández, 2014, 1908).

²⁶ En esta dirección, Gimeno Feliu señala que “se necesita más y mejor transparencia para una compra más eficiente y una correcta rendición de cuentas” (Gimeno Feliu, 2017b, 60).

²⁷ Artículo 1 LCSP. En la misma dirección, el artículo 76 Directiva 2014/24/UE. Como observa Mellado, la funcionalidad de la transparencia “como auténtico ‘valor’ inspirador de la reforma, es evidente: sólo en el preámbulo se cita hasta siete veces el principio. Y sus exigencias atraviesan realmente todo el cuerpo normativo de la Ley” (Mellado Ruiz, 2017, 18).

²⁸ Artículo 3 LRJSP. Como ilustrativamente afirma Gallardo, “el principio de transparencia es hoy corolario inmediato del Estado democrático y correlato necesario del Estado de Derecho: lo primero por cuanto supone una mejor y mayor participación ciudadana en la toma de decisiones de los poderes públicos y lo segundo en tanto que permite la puesta en práctica de todo control y rendición de cuentas de su actividad” (Gallardo Castillo, 2011, 166).

²⁹ Asunto C-496/99P, apartado 111.

una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”.³⁰

La transparencia también contribuye a la libre concurrencia en la contratación pública. Así lo destaca el Tribunal de Justicia en su sentencia de 12 de septiembre de 2000 al afirmar que “estas normas [de publicidad previstas en la Directiva 93/37] tienen por objeto promover el desarrollo, en el ámbito comunitario, de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos de obras, garantizando a los licitadores potenciales procedentes de los demás Estados miembros la posibilidad de responder a las diferentes ofertas en condiciones comparables a las de los licitadores nacionales”.³¹

La transparencia asimismo favorece la integridad en la contratación pública y contribuye a la lucha contra la corrupción que, en los últimos años, ha tenido una presencia significativa en la contratación pública. Como afirmó el juez Brandeis, *la luz del sol es el mejor desinfectante*.³² En esta dirección se manifiesta la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE al señalar que “la trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude”.³³ El Tribunal de Justicia también ha observado el papel de la transparencia como instrumento al servicio de la integridad en la contratación pública. Al respecto, en la Sentencia Evropaïki Dynamiki se afirma que el principio de transparencia “tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora”.³⁴

II.2 Los mecanismos para la transparencia de la contratación pública

En la actualidad, el ordenamiento jurídico dispone diferentes mecanismos a través de los que se concreta el principio de transparencia en la contratación pública mediante la difusión o el acceso a información sobre los contratos públicos.

³⁰ Asunto C-324/98, apartado 62.

³¹ Sentencia Comisión/Francia de 26 de septiembre 2000, asunto C-225/98, apartado 34. En el mismo sentido, Sentencia Universale-Bau AG de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99, apartado 92. Cita la sentencia Telaustria y Telefonadress, antes citada, apartado 62.

³² (Brandeis, 1914).

³³ Considerando 126.

³⁴ Sentencia Evropaïki Dynamiki de 12 de marzo de 2008, asunto T-345/03, apartado

A. Los mecanismos de transparencia en la legislación de transparencia

La legislación de transparencia prevé dos mecanismos de transparencia que permiten que tanto los licitadores y contratistas como la ciudadanía en general puedan conocer la información sobre los contratos públicos.

La finalidad principal de estos mecanismos de transparencia es facilitar el conocimiento de las decisiones que se toman en el ámbito de la contratación pública y los motivos que las justifican, los recursos que se destinan o cómo se adjudican los contratos. A través de estos mecanismos las Administraciones públicas también rinden cuentas de las políticas de contratación pública.³⁵ Asimismo, facilitan la participación de la ciudadanía en las políticas de contratación pública y permiten su control.

Los diversos mecanismos de transparencia previstos se han visto reforzados por el uso de los medios electrónicos y así lo ha recogido la legislación de transparencia.³⁶

Además de las obligaciones de transparencia que tienen los órganos de contratación, no se puede desconocer que la legislación vigente también prevé que los propios contratistas también deben cumplir con determinadas obligaciones de transparencia. Desde un punto de vista general, cuando perciban durante el período de un año un determinado volumen de ayudas o subvenciones públicas o presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas tienen determinadas obligaciones de transparencia.³⁷ Además, los propios contratos públicos pueden incluir obligaciones de transparencia para los adjudicatarios que se pueden concretar en la necesidad de facilitar información sobre la ejecución del contrato.³⁸

³⁵ (Gimeno Feliu, 2017b, 63).

³⁶ De todos modos no se puede desconocer que por el momento el impacto del uso de los medios electrónicos en la transparencia ha sido limitado tal y como ya puso de manifiesto (Razquin Lizarraga, 2011, 57).

Asimismo, según el Informe de Transparencia de la Comunidades Autónomas (INCAU 2016) únicamente cuatro Comunidades Autónomas cumplen con el 100% de los indicadores de transparencia en materia contractual. Accesible en: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/12/ranking_seis_areas_incau-2016.pdf (última consulta: febrero 2017).

³⁷ Artículos 3.b) y 4 Ley 19/2013. Véase en general, (Cerrillo i Martínez, 2016b).

³⁸ Así lo prevé, con carácter general el artículo 3.5 Ley catalana 19/2014 que dispone que “los contratos del sector público deben incluir las obligaciones de los adjudicatarios de facilitar información establecidas por la presente ley, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de transparencia”. Posteriormente, lo han recogido las guías para la redacción de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos públicos sujetos a regulación armonizada en procedimientos abiertos elaborada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña que han incorporado una cláusula relativa al hecho de que la empresa contratista se obliga a facilitar la información que se concrete (cláusula trigésima primera).

a) *La difusión de información a través del portal de transparencia*

Las Administraciones públicas deben publicar de forma periódica y actualizada información sobre los contratos públicos cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de la actividad contractual.³⁹

Al respecto, la legislación de transparencia prevé que las Administraciones públicas deben difundir información sobre los contratos públicos a través de medios electrónicos como sedes electrónicas o páginas web. En concreto, la legislación de transparencia dispone que las Administraciones públicas deben crear portales de transparencia a través de los que difunden información contractual en Internet.

En particular, las Administraciones públicas deben difundir en relación a todas las fases del ciclo contractual y, como mínimo, la siguiente información:⁴⁰

- Información sobre la licitación de los contratos: importe de licitación, procedimiento utilizado y publicidad.
- Información sobre la adjudicación de los contratos: contratos formalizados (objeto, importe de adjudicación, procedimiento utilizado para su celebración, instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado), número de licitadores participantes en el procedimiento e identidad del adjudicatario, contratos menores adjudicados cuya difusión podrá realizarse trimestralmente y de forma agregada.
- Información sobre la ejecución de los contratos: información relativa a las modificaciones del contrato; decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos.
- Otra información relevante: datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

³⁹ Artículo 5.1 Ley 19/2013. Respecto al ámbito subjetivo de lo previsto en el artículo 5.1 Ley 19/2013, debe tenerse presente que la obligación no incumbe únicamente a las Administraciones públicas sino al conjunto de entidades y organismos, públicos y privados, incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 19/2013 (artículo 2.1). Al respecto, debe traerse a colación la diferente extensión del ámbito subjetivo de la Ley 19/2013 respecto al de la LCSP (Mellado Ruiz, 2017, 167).

⁴⁰ Artículo 7.a) Ley 19/2013. Asimismo, la Ley 19/2013 concreta la obligación de difundir otra información pública que puede tener relevancia desde la perspectiva de los contratos como la información relativa a los responsables de los diferentes órganos y su organización (artículo 6).

Complementariamente a lo previsto con carácter básico en la Ley 19/2013, la mayoría de las leyes autonómicas de transparencia han ampliado el elenco de información contractual que debe difundirse a través del portal de transparencia. Véase por todas, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (artículo 13).

Mellado se refiere al respecto a que “la transparencia de la contratación pública ha de ser ‘integral’, posibilitando el conocimiento transversal de todas las fases del procedimiento” (Mellado Ruiz, 2017, 157).

En cualquier caso, es importante destacar que cada Administración pública puede decidir difundir más información de la prevista con carácter básico por la Ley 19/2013.⁴¹

La legislación de transparencia dispone que la información contractual que difundan las Administraciones públicas debe cumplir determinadas características.

En primer lugar, la información debe ser de calidad para poder cumplir con las finalidades previstas.⁴² En esta dirección, la información debe ser clara, veraz y objetiva. Asimismo, la información debe estar actualizada.⁴³

En segundo lugar, la información debe ser accesible.⁴⁴ Por un lado, la información debe ser de acceso fácil, gratuito y estar fácilmente localizable. Por otro lado, la información debe estar a disposición de las personas con discapacidad por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos.

En tercer lugar, la información debe ser reutilizable.⁴⁵ En esta dirección, las Administraciones públicas deben difundir la información en unos formatos técnicos y en unas condiciones jurídicas que faciliten su reutilización.⁴⁶ A través de la reutilización de la información contractual, la ciudadanía puede contribuir a incrementar la transparencia de la contratación en lo que se conoce como transparencia colaborativa.⁴⁷

b) El acceso a la información

Las personas tienen derecho a acceder a la información sobre los contratos públicos. Desde un punto de vista general la legislación de transparencia reconoce el acceso a la información como un derecho subjetivo de todas las personas.⁴⁸

⁴¹ En efecto, las obligaciones de transparencia a las que se hace referencia en el texto deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad (artículo 5.2 Ley 19/2013). En la misma dirección, por ejemplo, la Ley 19/2014 (artículo 6.2).

⁴² Artículo 5.4 Ley 19/2013.

⁴³ En esta dirección, algunas normas autonómicas disponen que se debe indicar la fecha de la última actualización así como la fecha de la próxima actualización cuando sea posible. Por todos, artículo 6.1.a) Ley catalana 19/2014.

⁴⁴ Artículo 5.5 Ley 19/2013.

⁴⁵ Artículo 5.4 Ley 19/2013.

⁴⁶ Véase al respecto lo previsto en el Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal.

⁴⁷ Ya existen diversas iniciativas en esta dirección como, por ejemplo, la impulsada por Transparencia Internacional España y el Observatorio de Contratos Públicos <http://www.contratospublicostransparentes.es/> o por la Fundación Ciudadana Civio <https://civio.es/quien-cobra-la-obra/> (última consulta: febrero de 2018).

⁴⁸ Artículo 12 Ley 19/2013.

La legislación vigente permite que cualquier persona, tanto licitadores como la ciudadanía en general, puedan acceder a toda la información generada en un procedimiento de licitación o durante la ejecución de un contrato público.

El derecho de acceso se reconoce respecto a la información pública, es decir, cualquier contenido o documento, cualquiera que sea su formato o soporte, que obre en poder de una Administración pública y que haya sido elaborado o adquirido en el ejercicio de sus funciones.⁴⁹ De este modo, las solicitudes de acceso pueden realizarse respecto tanto la información producida por los órganos de contratación como la que hayan facilitado o generado los empresarios, licitadores o contratistas a lo largo del ciclo contractual.⁵⁰

La legislación de transparencia hace una exhaustiva regulación del procedimiento para tramitar las solicitudes de acceso a la información.⁵¹ Asimismo, regula los mecanismos para la garantía del derecho de acceso.⁵²

c) Los límites a la transparencia en la legislación de transparencia

La transparencia puede ser limitada cuando el conocimiento de la información pueda suponer un perjuicio a determinados derechos o intereses.⁵³

La aplicación de los límites no es automática, sino que debe ser justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atender a las circunstancias del caso concreto. Al respecto, como se recuerda en el preámbulo Ley 19/2013, “los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad”. En otras palabras, la concurrencia de un interés o derecho protegido por un límite no supone

Asimismo, desde el punto de vista de la contratación pública, con carácter general, el considerando 126 DCP.

⁴⁹ Artículo 13 Ley 19/2013.

⁵⁰ Por ello, los adjudicatarios de un contrato público estarán obligados a suministrar al órgano de contratación la información necesaria para dar respuesta a una solicitud de acceso a la información (artículo 4 Ley 19/2013). En esta dirección, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno dispone que “los contratos del sector público deben incluir las obligaciones de los adjudicatarios de facilitar información establecidas por la presente ley, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de transparencia”.

⁵¹ Artículos 17-22 Ley 19/2013. Véase un análisis exhaustivo en (Fernández Salmerón, 2014) y (Rams Ramos, 2016).

⁵² Artículo 39 Ley 19/2013. Véase, con carácter general, (Fernández Ramos, 2017).

⁵³ Preámbulo Ley 19/2013 “este derecho [el de acceso a la información pública] solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información -derivado de lo dispuesto en la Constitución Española- o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos”.

obligatoriamente la denegación del acceso a la información pública.⁵⁴ Asimismo, es necesario que la difusión o el acceso a la información suponga un perjuicio concreto, definido y evaluable.⁵⁵

Cuando un límite no afecte a la totalidad de la información, la Administración pública debe conceder el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido indicando al solicitante que parte de la información ha sido omitida.⁵⁶

Los límites del derecho de la transparencia que recoge la Ley 19/2013 son los siguientes:⁵⁷ la seguridad nacional; la defensa; las relaciones exteriores; la seguridad pública; la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; la protección del medio ambiente y los datos de carácter personal.

B. Los mecanismos de transparencia en la legislación de contratación pública

La legislación de contratación pública incluye mecanismos específicos de transparencia. En las próximas páginas, la atención se centrará en aquellos mecanismos a través de los que los órganos de contratación difunden o facilitan el acceso a la información contractual. Sin embargo, más allá de estos mecanismos, no se puede desconocer que la transparencia tiene otras manifestaciones en la contratación pública estrechamente vinculadas a los procedimientos de adjudicación que se utilicen.⁵⁸

La nueva LCSP incluye algunas novedades en la regulación de los distintos mecanismos de transparencia. Algunas de estas novedades se introdujeron durante la tramitación parlamentaria. Desde un punto de vista general, una de las principales novedades que sin duda supone un reconocimiento a la importancia del principio de

⁵⁴ El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de Datos recuerdan que “los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos” (criterio interpretativo CTBG 2/2015, de 24 de junio).

⁵⁵ Criterio interpretativo CTBG 2/2015, de 24 de junio.

⁵⁶ Artículo 16 Ley 19/2013.

⁵⁷ Arts.14 y 15 Ley 19/2013. Véase un análisis detenido en (AAVV, 2017).

⁵⁸ Gimeno Feliu valora que “con la nueva LCSP/2017 se introduce más transparencia en los procedimientos, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido” (Gimeno Feliu, 2018,113). De este modo, se da respuesta al caballo de Troya que, según el autor citado, contenía la legislación de contratos desde 2007 (Gimeno Feliu, 2017b, 63).

transparencia en la contratación pública lo constituye la inclusión del incumplimiento de las obligaciones de transparencia como causa de nulidad del contrato. En efecto, la LCSP dispone que la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante, en Diario Oficial de la Unión Europea o en el medio que sea preceptivo constituye una causa de nulidad de pleno derecho de un contrato.⁵⁹

La LCSP prevé diversos mecanismos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia. En primer lugar, la interposición de un recurso especial en materia de contratación pública contra los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir los contratos sujetos a regulación armonizada.⁶⁰ En segundo lugar, la intervención de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación a la que se atribuye, entre otras funciones, verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas en materia de transparencia.⁶¹

a) El perfil de contratante

Los órganos de contratación deben difundir a través del perfil de contratante la información y la documentación relativa a su actividad contractual.⁶²

La difusión de la información sobre los contratos a través del perfil de contratante persigue asegurar un conocimiento adecuado de la información de las licitaciones por parte de los posibles licitadores y de las reglas o criterios de adjudicación de los contratos con el fin de limitar las facultades discrecionales de los órganos de contratación y garantizar el control del cumplimiento de las reglas previstas.⁶³

La LCSP ha mejorado la regulación del perfil de contratante otorgándole “un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad”.⁶⁴

La LCSP dispone la difusión en el perfil de contratante de un gran volumen de información entre la que destaca.⁶⁵

- Información relativa al órgano de contratación (puntos de contacto, números de teléfono y de fax, dirección postal y dirección electrónica, informaciones, anuncios y documentos generales, tales como las instrucciones internas de

⁵⁹ Artículo 39 LCSP.

⁶⁰ Artículo 44 LCSP.

⁶¹ Artículo 332.6 LCSP.

⁶² Artículo 63.1 LCSP.

⁶³ (Arrowsmith & Anderson, 2011, 286).

⁶⁴ Preámbulo LCSP.

⁶⁵ Artículo 63 LCSP. Resulta de interés observar cómo la información que se deben difundir perfil de contratante se ha incrementado durante la tramitación parlamentaria de la LCSP.

- contratación y modelos de documentos, así como la información particular relativa a los contratos que celebre).
- Memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido y el documento de aprobación del expediente.
 - Pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso.
 - Objeto detallado del contrato, su duración, el presupuesto base de licitación y el importe de adjudicación, incluido el IVA.
 - Anuncios de información previa, de convocatoria de las licitaciones, de adjudicación y de formalización de los contratos, los anuncios de modificación y su justificación, los anuncios de concursos de proyectos y de resultados de concursos de proyectos.
 - Medios a través de los que, en su caso, se ha publicitado el contrato y los enlaces a esas publicaciones.
 - Número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, así como todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, en su caso, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato.
 - Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, el desistimiento del procedimiento de adjudicación, la declaración de desierto, así como la interposición de recursos y la eventual suspensión de los contratos con motivo de la interposición de recursos.
 - Información relativa a los contratos menores (objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el IVA, y la identidad del adjudicatario).
 - Procedimientos anulados.
 - Composición de las mesas de contratación que asistan a los órganos de contratación y la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de

adjudicación que dependan de un juicio de valor. Asimismo, el cargo de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos.⁶⁶

La lectura de la relación anterior permite observar el gran volumen de información que los órganos de contratación deben difundir a través del perfil de contratante. Asimismo, permite señalar la falta de coordinación entre la información que se debe difundir a través del portal de contratante y la que se deben difundir a través del portal de transparencia. Más allá de la remisión desde el portal de transparencia al portal de contratante, sería deseable la máxima interconexión e interoperabilidad entre ambos instrumentos.⁶⁷

En última instancia no se puede desconocer que la finalidad de uno u otro instrumento es distinta. Asimismo, los efectos jurídicos también son distintos puesto que la difusión de información a través del perfil de contratante puede tener determinados efectos.⁶⁸

b) La publicación de anuncios

La LCSP dispone la obligación de publicar diversos anuncios para garantizar la igualdad en el acceso a las licitaciones públicas y facilitar la transparencia de las distintas fases del procedimiento de licitación. Para ello, es necesario que durante la preparación del procedimiento de contratación exista un alto nivel de publicidad para que todas las empresas interesadas puedan conocer la licitación y preparar adecuadamente su propuesta y, posteriormente, conocer los resultados de la licitación. Inicialmente esta publicidad se lleva a cabo a través de la publicación de anuncios en los boletines y diarios oficiales, pero también a través del acceso a los mismos desde el perfil de contratante.⁶⁹

⁶⁶ Martínez Fernández ha reconocido el interés de publicar el nombre de los integrantes de las mesas para la prevención de los conflictos de intereses (Martínez Fernández, 2016, 398).

⁶⁷ El artículo 5.4 Ley 19/2013 prevé que se establecerán los mecanismos adecuados para garantizar la interoperabilidad de la información publicada en cumplimiento de las obligaciones de transparencia. En particular, el artículo 11 Ley 19/2013, que no tiene carácter básico, dispone que el Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado contendrá información publicada de acuerdo con las prescripciones técnicas que se establezcan reglamentariamente que deberán adecuarse, entre otros, al principio de interoperabilidad por lo que deberá ser conforme al Esquema Nacional de Interoperabilidad (Real Decreto 4/2010, de 8 de enero).

⁶⁸ En particular, la LCSP dispone que “el sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo” (artículo 63.7). En relación a los efectos, resulta significativo lo previsto con carácter general en el artículo 340.5 LCSP. Véase al respecto, (Martínez Fernández, 2015).

⁶⁹ La publicación en los diarios oficiales de los anuncios de licitación presenta numerosas limitaciones (Rivero Ortega, 2004). Al respecto, no se puede desconocer que “España destaca por una baja tasa de publicación de los anuncios de contratos y un nivel relativamente elevado de recurso al procedimiento negociado sin publicación previa en

En particular, la LCSP prevé la publicación del anuncio de información previa con el que los órganos de contratación pueden dar a conocer los contratos que tienen previstos licitar en los doce meses siguientes a su publicación.⁷⁰ También a la publicación de los anuncios de licitación en el perfil de contratante y, en los supuestos previstos en la LCSP, el Boletín Oficial del Estado y el Diario Oficial de la Unión Europea.⁷¹ Asimismo, a la publicación de la adjudicación y del anuncio de formalización del contrato en el perfil de contratante y, en su caso, el Diario Oficial de la Unión Europea y el Boletín Oficial del Estado.⁷²

c) *El acceso a la información contractual*

Los interesados en una licitación pueden acceder a los pliegos y a la documentación complementaria a través del perfil de contratante.⁷³ Asimismo, los licitadores pueden solicitar acceder a la información relativa al contrato adjudicado con lo que podrán conocer en detalle los motivos por los que no se les ha adjudicado el contrato y poder, en su caso, ejercer el derecho a interponer recurso especial en materia de contratación.⁷⁴ Los interesados también pueden solicitar el acceso al expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso.⁷⁵

El acceso a la información previsto en la legislación contractual tiene una estrecha vinculación con la defensa de los intereses de los licitadores que más allá de que les permite tener conocimiento de las condiciones en las que se desarrolla el procedimiento contractual pueden solicitar el expediente para ejercer su derecho de defensa.⁷⁶

La información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria solicitada debe ser enviada a los interesados en el plazo de seis días desde la recepción de la solicitud que debe haberse presentado en los plazos y con la

comparación con otros Estados miembros” (Recomendación de Decisión de la Comisión de 27 de julio de 2016). Posteriormente ha insistido en esta observación el Documento de Trabajo de la Comisión *Informe sobre España 2017* de 22 de febrero de 2017 [SWD(2017) 74 final].

⁷⁰ Artículo 134 LCSP. De este modo, se facilita la igualdad de oportunidades y se incrementa la concurrencia al disponer los potenciales licitadores de más tiempo para preparar su oferta (Malaret Garcia, 2016, 41).

⁷¹ Artículo 135 LCSP.

⁷² Artículos 151.1 y 154.1 LCSP, respectivamente.

⁷³ Artículo 138.1 LCSP.

⁷⁴ Artículo 151.2 LCSP.

⁷⁵ Artículo 52.1 LCSP.

⁷⁶ Así, para González-Varas “si existe una arbitrariedad manifiesta que se está invocando por un licitador, acaso debiera entenderse que debe darse la información que se pide, al licitador, una vez que se están invocando claros indicios de arbitrariedad en lo actuado. Y ello porque el derecho a la información habrá de ser adecuado, en cada fase, al ejercicio concreto del derecho de defensa, evitando se produzca indefensión (...) La confidencialidad no puede ser una excusa para burlar el derecho de defensa, debiéndose llegar a un equilibrio entre confidencialidad y transparencia” ((González-Varas Ibáñez, 2016)).

antelación indicada.⁷⁷ Si la información no se pone a disposición del solicitante en el plazo previsto, se deberán prorrogar los plazos para la recepción de las ofertas de manera que todos los interesados afectados puedan tener conocimiento de la información necesaria para preparar sus ofertas.⁷⁸

En el caso de la solicitud de acceso al expediente, debe formularse dentro del plazo de interposición del recurso especial y el acceso se deberá facilitar en el plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud.⁷⁹ La falta de acceso al expediente no exime al interesado de interponer el recurso en el plazo establecido.⁸⁰

La solicitud de acceso a la información no comporta la obligación de facilitar una copia de la información solicitada.⁸¹

d) La motivación de las decisiones

La LCSP dispone otro mecanismo de transparencia en relación a cada decisión que se adopte en un procedimiento de contratación. En particular, se prevé que los órganos de contratación tienen la obligación de motivar las distintas decisiones que tomen a lo largo de la tramitación del procedimiento de contratación, por ejemplo, respecto a la selección de los criterios que se utilizarán para la adjudicación del contrato, la exigencia de garantía provisional o a la adjudicación del contrato.⁸² Con la motivación se facilita a los licitadores información sobre las decisiones que se han tomado en la tramitación del procedimiento de licitación lo que redundará positivamente no solo en la transparencia en la contratación sino también en la igualdad de los licitadores y constituye un instrumento para el control del adecuado desarrollo del procedimiento.⁸³

Sin embargo, esta obligación se excepciona en algunos supuestos en los que el órgano de contratación puede no publicar determinada información relativa a la celebración del contrato. Así, por ejemplo, cuando la publicación de la información pueda obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia legal entre ellas.⁸⁴

⁷⁷ Artículo 138.3 LCSP.

⁷⁸ Artículo 136.2 LCSP.

⁷⁹ Artículo 52.2 LCSP.

⁸⁰ Artículo 52.3 LCSP.

⁸¹ En esta dirección se puede traer a colación, por todas, la Resolución 1070/2016 de 22 de diciembre de 2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales donde se señala que “cabe recordar que la normativa contractual no impone a la entidad contratante, cuando concede vista del expediente a los licitadores, facilitar copias del mismo”.

⁸² Artículos 145, 106.1 y 151.1 LCSP, respectivamente.

⁸³ (Martínez Fernández, 2016, 258).

⁸⁴ Artículo 154.7 LCSP.

Finalmente, se debe tener presente que la motivación debe ser suficiente.⁸⁵

e) *Los registros y plataformas*

Finalmente, el último instrumento de transparencia a través del que se puede tener conocimiento de la información contractual es el acceso a los distintos registros y plataformas previstos en la LCSP.

En primer lugar, el acceso al Registro de contratos del sector público en el que se recogen los datos básicos de los contratos adjudicados por las Administraciones públicas y entidades del sector público siempre y cuando no hayan sido previamente publicados o no se vean afectados por los límites previstos en la legislación.⁸⁶ La información que consta en el Registro de Contratos del Sector Público constituye el soporte para el conocimiento, análisis e investigación de la contratación pública y para la estadística en materia de contratos públicos.

En segundo lugar, el acceso al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público que puede contener información de las empresas (personalidad y capacidad de obrar; facultades de los representantes o apoderados; autorizaciones o habilitaciones profesionales; solvencia económica y financiera; clasificación; prohibiciones de contratar).⁸⁷ El Registro será público previa identificación de la persona que accede.⁸⁸

En tercer lugar, el acceso a la Plataforma de Contratos del Sector Público que aglutina toda la información recogida en los perfiles de contratante del conjunto de Administraciones públicas y entidades del sector público. El acceso a la Plataforma se realiza a través de un portal único.⁸⁹ La Plataforma de Contratos del Sector Público es gestionada por el Ministerio de Hacienda y Función Pública. Las Comunidades Autónomas también pueden establecer servicios de información similares a la

⁸⁵ En esta dirección, la Resolución 947/2014, de 18 de diciembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recuerda que “para que el requisito de motivación se cumpla no basta con el mero hecho de que las razones de la adjudicación resulten accesibles por otros medios distintos al contenido del acuerdo de adjudicación y, en su caso, documentación a la que se remita y que sea acompañada al mismo al notificarse a los licitadores, puesto que la Ley exige que sea precisamente con la notificación del acuerdo de adjudicación como se haga llegar a los licitadores el conocimiento de las razones determinantes de la decisión adoptada, a fin de que dentro del plazo legal que comienza a contar desde dicho momento se pueda interponer recurso suficientemente fundado, sin que pueda exigirse de los licitadores una búsqueda de la información disponible para conocer las razones de la adjudicación, razones que se les tienen que facilitar de modo suficiente con su notificación, según venimos insistiendo”.

⁸⁶ Artículo 346 LCSP.

⁸⁷ Se prevé la creación de un Registro dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda (artículos 337.2 y 340 LCSP) y otros que podrán ser creados por las Comunidades Autónomas (artículos 337.3 y 341 LCSP).

⁸⁸ Artículo 344 LCSP.

⁸⁹ Artículo 347.1 LCSP.

Plataforma de Contratación del Sector Público aunque deben publicar, bien directamente o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información, la convocatoria de todas las licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público.⁹⁰ La información se publicará en estándares abiertos y reutilizables.⁹¹

f) Los límites a la transparencia en la legislación de contratación pública

La LCSP dispone como límite de la transparencia en la contratación pública la protección de la confidencialidad de aquella información cuyo conocimiento público pueda afectar a la competitividad de los propios licitadores o a la concurrencia en la contratación pública.⁹²

La LCSP establece que los empresarios pueden designar como confidencial aquella información incluida en su oferta relativa a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia.⁹³ La LCSP extiende el alcance de la confidencialidad a la información a la que se haya dado carácter reservado en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal.⁹⁴

El principal problema en relación a la declaración de confidencialidad reside en la determinación de su alcance aspecto este de interés por el impacto que puede tener en la transparencia de la contratación.⁹⁵ Como principio general, debe tenerse en cuenta que la declaración de confidencialidad no puede extenderse a toda la oferta debiéndose realizar una valoración caso a caso.⁹⁶ Al respecto, es necesario buscar el

⁹⁰ Artículo 347.3 LCSP.

⁹¹ Artículo 347.8 LCSP.

⁹² Al respecto, resulta de interés la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea VAREC de 14 de febrero de 2008 en la que se recuerda que “es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores”. Asunto C-450/06, apartado 35. Véase sobre esta cuestión (Razquin Lizarraga, 2018).

⁹³ Artículo 133.1 LCSP.

⁹⁴ Artículo 133.2 LCSP.

⁹⁵ Resolución 62/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se señala que “en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario”.

⁹⁶ Artículo 133.1 LCSP. De este modo, se recoge en el texto de la ley un criterio ampliamente reconocido por la jurisprudencia y en las resoluciones de los tribunales de recursos contractuales. Al respecto es clara la Resolución 62/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales así como el Informe 11/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en el que se afirma que “la declaración de confidencialidad ha de ser necesaria y proporcional a la finalidad o interés que se pretende

equilibrio entre la protección de la confidencialidad y la garantía de la transparencia para evitar que un principio se pueda ver *más perjudicado más allá de lo necesario*,⁹⁷ y, en última instancia, que se desnaturalice el principio de transparencia. En esta dirección, la LCSP dispone como límite de la confidencialidad la legislación de transparencia y las normas de transparencia previstas en la propia LCSP.⁹⁸

Asimismo, se prevé que la declaración de confidencialidad debe motivarse adecuadamente y de manera suficiente.⁹⁹

Más allá de la declaración de confidencialidad que realicen los empresarios, corresponde a los órganos de contratación garantizar que la declaración de confidencialidad se ajusta al principio de transparencia y que afecta realmente a aquello que debe considerarse como confidencial.

III. Reflexiones finales

La contratación electrónica y la transparencia contribuyen a la apertura de la contratación pública que constituye la manifestación de los principios del gobierno abierto en la contratación pública. La contratación abierta persigue fortalecer el diálogo entre las Administraciones públicas y la ciudadanía para incrementar el conocimiento de la actividad contractual pública, la participación en la toma de decisiones públicas en este ámbito y la colaboración de la ciudadanía en la adjudicación, ejecución, seguimiento y control de la contratación pública.¹⁰⁰

En los últimos años, se ha ido reconociendo el impacto positivo de la contratación abierta en la libertad de acceso a las licitaciones y la libre concurrencia,

proteger". Igualmente, entre otras, la resolución de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública 21/2017, de 1 de febrero.

⁹⁷ Así se ha venido reconociendo ampliamente. Como afirma el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón "ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene. En el conflicto entre el derecho de defensa de un licitador descartado, y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el equilibrio adecuado, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo necesario".

⁹⁸ Artículo 133.1 LCSP. Al respecto, la resolución de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública 253/2017, de 26 de julio recuerda que la normativa de contratos públicos debe ser interpretada a la luz de la normativa de transparencia.

⁹⁹ La resolución de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública 253/2017, de 26 de julio señala al respecto que "la declaración de confidencialidad hecha por los licitadores no puede tener sólo una motivación genérica, sino que debe indicar con precisión los documentos concretos afectados y las razones objetivas y específicas que la justifican" (fundamento jurídico 3). Asimismo, Sentencia de 13 de enero de 2017, Deza, asunto T-189/14 recuerda que "correspondía a la demandante indicar en qué revestían dichos datos un carácter confidencial" (apartado 71).

¹⁰⁰ Véase un análisis en detalle en (Cerrillo i Martínez, 2017a).

en la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, en la estabilidad presupuestaria, el control del gasto y la eficiencia en el uso de los fondos públicos y, en última instancia en la integridad en la contratación pública.¹⁰¹ Asimismo, la contratación abierta es un instrumento útil para mejorar el control de las Administraciones públicas y la rendición de cuentas de sus gestores en relación a la adjudicación y ejecución de los contratos públicos. Todo ello debe redundar en un fortalecimiento de la confianza de la ciudadanía, en general, y de las empresas licitadoras, en particular, sobre la actividad contractual que en ocasiones se ha visto afectada por las irregularidades y los casos de corrupción.¹⁰²

La LCSP ha dado un paso adelante en la consolidación del uso de los medios electrónicos y la transparencia en la contratación pública.¹⁰³ Sin embargo, a pesar de los avances, la LCSP no ha ido tan lejos como hubiese sido deseable extendiendo por defecto la apertura a todo el ciclo contractual. En efecto, la LCSP no plasma en su articulado prácticamente ningún mecanismo que permita integrar los intereses, visiones o recursos de la ciudadanía en el ciclo contractual ni que faciliten un auténtico diálogo con ella en esta materia.¹⁰⁴

A pesar de ello, no se puede desconocer que la LCSP ha regulado ampliamente el uso de los medios electrónicos. Sin embargo, a pesar de lo previsto en esta norma, se debe reconocer que la contratación abierta no sólo se basa en el uso de los medios electrónicos en la presentación de las ofertas o en la tramitación de los procedimientos de licitación.¹⁰⁵ La contratación abierta también supone la

¹⁰¹ Así lo resumen los *Principios Globales para las Contrataciones Abiertas* al afirmar que “una amplia divulgación y participación en las contrataciones públicas contribuirá a que las contrataciones sean más competitivas y justas, mejorando el desempeño contractual y asegurando el logro de los resultados de desarrollo previstos”. Accesibles en: <http://www.open-contracting.org/comenzar/principios-globales/?lang=es> (última consulta: marzo de 2018).

¹⁰² En esta dirección, se pronuncia la Declaración final de la Cumbre anticorrupción celebrada en Londres en mayo de 2016 al afirmar que “we will ensure public contracts are awarded and managed openly, accountably and fairly, consistent with applicable law - making public procurement open by default - so that citizens and businesses can have a clear public record of how public money is spent”. Accesible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/522791/FINAL_-_AC_Summit_Communique_-_May_2016.pdf (última consulta: marzo de 2018).

¹⁰³ Resultan significativos los cambios introducidos en esta materia durante la tramitación parlamentaria del proyecto LCSP. Véase al respecto, (Cerrillo i Martínez, 2017b).

¹⁰⁴ (Cerrillo i Martínez, 2017b).

¹⁰⁵ Como se ha señalado en otra ocasión, “la contratación abierta es algo más que la contratación pública electrónica (...). En cualquier caso, no puede ignorarse la estrecha vinculación entre ambos proyectos ya que, de hecho, la contratación electrónica produce datos en formatos electrónicos que pueden favorecer la contratación abierta. Por eso, a pesar de lo que se ha dicho, debe tenerse presente que, en ocasiones, contratación electrónica y contratación abierta pueden fusionarse en un único concepto con el objetivo común de mejorar la eficacia, la transparencia y la participación en la contratación pública” (Cerrillo i Martínez, 2017a, 18).

Asimismo, como pone de relieve Martín Delgado, “no ha existido un planteamiento global de reforma ni se ha entendido la contratación pública electrónica como un proceso

incorporación de las tecnologías 2.0 (como las redes sociales, los blogs o los wikis), de las tecnologías cívicas o del análisis de datos masivos para facilitar la transparencia pública y el diálogo de las administraciones públicas con la ciudadanía o canalizar la colaboración ciudadana en el seguimiento de la actividad contractual o la lucha contra la corrupción en la contratación pública.¹⁰⁶

La LCSP también ha reforzado la regulación de los mecanismos de transparencia.¹⁰⁷ Desde la perspectiva de la contratación abierta, resulta de interés observar como a lo largo de la tramitación parlamentaria se amplió la información a difundir en los perfiles de contratante y se incorporó que la información se difundirá en ellos en formatos abiertos y reutilizables.¹⁰⁸ La difusión de datos abiertos tiene un impacto positivo en la libre competencia y en la igualdad en la contratación al permitir que los licitadores puedan tener un mejor conocimiento de las licitaciones y de los procedimientos de licitación lo que, con el tiempo, redundará en licitaciones más competitivas.¹⁰⁹ Pero, sobre todo, permite su reutilización por la ciudadanía que puede contribuir a incrementar la transparencia de los contratos públicos pero también al fortalecimiento de la integridad pública, la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción.

En cualquier caso, la LCSP sienta unas bases para la apertura de la contratación pública y deja en manos de los órganos de contratación la oportunidad de innovar en la contratación pública y, de este modo, avanzar en la senda de la apertura de la contratación pública con el fin de acercar más aún los contratos públicos a las necesidades de la ciudadanía y de las propias Administraciones públicas.

IV. Referencias bibliográficas

- AAVV (2017). *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Andersen, T. B. (2009). E-Government as an anti-corruption strategy. *Information Economics and Policy*, 21(3), 201-210.
- Arrowsmith, S., & Anderson, R. D. (2011). *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bertot, J. C., Jaeger, P. T., & Grimes, J. M. (2010). Using ICTs to create a culture of transparency: E-government and social media as openness and anti-corruption

amplio que consiste no sólo en la incorporación de los medios electrónicos a los procesos de contratación, sino también en la realización de cambios organizativos y estructurales” (Martín Delgado, 2018, 1713).

¹⁰⁶ (Cerrillo i Martínez, 2017a, 18).

¹⁰⁷ A pesar de ello, la LCSP no ha avanzado tanto como hubiese sido deseable. Véanse diversas propuestas para mejorar el proyecto de LCSP en (Gimeno Feliu, 2017b, 63); (Martínez Fernández, 2015) y (Martínez Fernández, 2017).

¹⁰⁸ Artículos 63.1 LCSP y 347.3 LCSP. Véase al respecto (Cerrillo i Martínez, 2017b)

¹⁰⁹ (Cerrillo i Martínez, 2017b).

- tools for societies. *Government Information Quarterly*, 27(3), 264-271.
doi:<http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2010.03.001>
- Brandeis, L. (1914). *Other People's Money—and How Bankers Use It (cap. V)*.
- Cerrillo i Martínez, A. (2016a). Las compras abiertas y la prevención de la corrupción. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 15.
- Cerrillo i Martínez, A. (2016b). Transparencia pública de las entidades privadas y confidencialidad de los datos empresariales. En D. Canals Ametller (Ed.), *Datos. Protección, transparencia y buena regulación*. Girona: Documenta Universitaria.
- Cerrillo i Martínez, A. (2017a). *Contratación Abierta*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- Cerrillo i Martínez, A. (2017b). La contratación abierta en la futura ley de contratos del sector público. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 150, 6-20.
- Cerrillo i Martínez, A., & Casadesús de Mingo, A. (2018). La transparencia por diseño: el impacto de la gestión documental en la transparencia pública.
- Comisión Europea. (2010). *Libro verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE -COM(2010) 571 final*. Accesible en
- Cotino Hueso, L. (2013). Del 'deber de publicidad' de Brandeis al 'Open Government' de Obama. Regulación y control de la información pública a través de las nuevas tecnologías. En G. Escobar Roca (Ed.), *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*. Madrid: Dykinson.
- Cotino Hueso, L. (2017). La regulación del uso de medios electrónicos en la difusión activa de información pública y el ejercicio del derecho de acceso. En I. Martín Delgado (Ed.), *La reforma de la administración electrónica : una oportunidad para la innovación desde el Derecho*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Domínguez-Macaya Larnaga, J. (2018). ¿Contratación administrativa 4.0 o contratación administrativa 0.0? En J. M. Gimeno Feliu (Ed.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1615-1656). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.
- Fernández Ramos, S. (2017). La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública. *Revista General de Derecho Administrativo*, 45.
- Fernández Salmerón, M. (2014). Procedimiento administrativo e información del sector público. En J. Valero Torrijos & M. Fernández Salmerón (Eds.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del Derecho de acceso a la reutilización de la información* (pp. 281-321). Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- Gallardo Castillo, M. J. (2011). Transparencia, Poder Público y Derecho Administrativo. En A. Sánchez Blanco, M. A. Domínguez-Berrueta de Juan, & J. L. Rivero Ysern (Eds.), *El nuevo derecho administrativo : libro homenaje al prof. Dr. Enrique Rivero Ysern* (pp. 165-177). Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica.
- Gallego Córcoles, I. (2017a). Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública. En I. Martín Delgado (Ed.), *La reforma de la administración electrónica : una oportunidad para la innovación desde el Derecho*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Gallego Córcoles, I. (2017b). Contratación pública e innovación tecnológica. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 184, 193-219.
- Gil Condón, M. Á. (2018). La nueva regulación del procedimiento administrativo y su proyección e incidencia en los procedimientos en materia de contratación. En J. M. Gimeno Feliu (Ed.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.
- Gimeno Feliu, J. M. (2017a). La "debilidad" del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en su actual tramitación parlamentaria desde la perspectiva del control efectivo y de la prevención de la corrupción y de las exigencias

- Gimeno Feliu, J. M. (2017b). Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*. Nueva Época, 7, 47-69. doi:10.24965/real.v0i7.10419
- Gimeno Feliu, J. M. (2018). La nueva regulación de la contratación pública desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente. En J. M. Gimeno Feliu (Ed.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1615-1656). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.
- González-Varas Ibáñez, S. (2016). El particular entendimiento de la publicidad y de la transparencia en fase de licitación. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 142, 22-28.
- Malaret Garcia, E. (2016). El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 15, 21-60.
- Martín Delgado, I. (2018). El uso de los medios electrónicos en la contratación pública. En J. M. Gimeno Feliu (Ed.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1615-1656). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.
- Martínez Fernández, J. M. (2015). «Transparencia» vs «transparencia» en la contratación pública: medidas para la transparencia material en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción. *Diario La Ley*, 8607.
- Martínez Fernández, J. M. (2016). *Contratación pública y transparencia: medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. Las Rozas: Wolters Kluwer; El Consultor de los Ayuntamientos.
- Martínez Fernández, J. M. (2017). Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la contratación pública. *Revista jurídica de Castilla y León*(41), 1-46.
- Martínez Gutiérrez, R. (2015). *La contratación pública electrónica. Análisis y propuestas de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*. València: Tirant lo Blanch.
- Martínez Gutiérrez, R. (2017). El uso de medios electrónicos en la contratación pública. la relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición. En I. Martín Delgado (Ed.), *La reforma de la administración electrónica : una oportunidad para la innovación desde el Derecho*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Martínez Gutiérrez, R. (2018). Los procedimientos de contratación pública electrónica. Subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición. En J. M. Gimeno Feliu (Ed.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1205-1234). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.
- Mellado Ruiz, L. (2017). *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rams Ramos, L. (2016). El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública. *Revista General de Derecho Administrativo*, 41.
- Razquin Lizarraga, M. M. (2011). La Ley de Contratos del Sector Público: Balance crítico, aplicación y novedades, en especial para los entes locales. *Revista de Administración Pública*, 186(septiembre-diciembre), 53-89.
- Razquin Lizarraga, M. M. (2018). El principio de confidencialidad en la contratación pública. En J. M. Gimeno Feliu (Ed.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1615-1656). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.

- Rivero Ortega, R. (2004). ¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España? *Revista Española de Derecho Administrativo*, 121, 25-47.
- Rose-Ackerman, S., & Truex, R. (2012). *Corruption and Policy Reform*. Paper presented at the Copenhagen Consensus Project, Copenhagen.
- Valcárcel Fernández, P. (2014). Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública. En J. E. Soriano García (Ed.), *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor* (Vol. 2, pp. 1901-1932). Madrid: Iustel.