

CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE LA CONTRATACIÓN DE SOLUCIONES DIGITALES

Retos de la transformación digital en la contratación pública

Francisco Javier Vázquez Matilla
Abogado. Doctor en Derecho

Resumen: La necesidad de transformación digital en contratación pública es imperiosa. Frente a la publicación de licitaciones y presentación de ofertas existen numerosos retos como son la automatización de procesos y reducción de burocracia, la mejora de los sistemas de identidad o la promoción de los ecosistemas govtech a través de pilotajes, sandboxes y otras herramientas que analiza el trabajo.

Palabras clave: Sandbox, govtech, biometría, digitalización, sistemas de identidad, compra pública, innovación, gobierno electrónico.

Abstract: The need for digital transformation in public procurement is imperative. Faced with the publication of tenders and presentation of offers, there are numerous challenges such as the automation of processes and reduction of bureaucracy, the improvement of identity systems or the promotion of govtech ecosystems through pilots, sandboxes and other tools that analyze the worked.

Keywords: Sandbox, govtech, biometrics, digitization, identity systems, public procurement, innovation, electronic government.

I. Introducción

La interacción de los ciudadanos con sus Administraciones a través de medios electrónicos es hoy en día una tendencia imparable que se ha acelerado drásticamente con la Pandemia del COVID-19 y que seguirá haciéndolo en los próximos años.

El ámbito de la contratación pública ha sido uno de los primeros ejemplos de digitalización de las relaciones entre las entidades públicas y los operadores económicos.

Desde 2018 es obligado no sólo la difusión de todas las licitaciones electrónicamente, sino la publicación íntegra de su contenido y «resultados» (art. 63 LCSP), de la presentación de ofertas, requerimientos, y hasta la formalización electrónica de contratos.

Particularmente, la utilización de la Plataforma de Contratos del Sector Público como repositorio único para todas las entidades adjudicadoras supuso una transparencia real de procedimientos cuyo conocimiento quedaba reservada a unos pocos instruidos (a veces avisados por el propio organismo) e inexistente para el resto.

El Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), supuso asimismo, una reducción de tiempo, papel y recursos económicos pasando de obligar a las empresas a cumplimentar el sobre n.º 1 en horas o días (si tenemos en cuenta el coste de tiempo en conseguir compulsas, certificados,...) a cumplimentarlo en tan solo unos minutos. Sin embargo, es necesario imponer buenas prácticas en su uso tanto por los operadores económicos, las entidades adjudicadoras y el legislador.

Y es que la digitalización de la compra pública es ya una realidad. Sin embargo, aún son necesarios avances en cuestiones propias del uso de la digitalización como una herramienta de ayuda al proceso de compra.

La tecnología debe afectar a la configuración del objeto del contrato y de los resultados perseguidos

Por ejemplo, no sobra decir que existen serios problemas respecto de la identificación de los operadores. La oferta, los recursos son presentados por representantes de las empresas que a veces no son tales. Dicho de otra manera, los certificados de identidad existentes en la actualidad permiten que baste su instalación y facilitación de contraseña a un tercero. Por otra parte, el Reglamento (UE) N.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE (EIDAS) resulta obsoleto respecto de muchas problemáticas relacionadas no solo con el fraude o suplantación sino con la dificultad que entraña su uso (brecha digital, acceso a personas con discapacidad o conocimientos informáticos limitados,...), por no hablar de las problemáticas de empresas extranjeras (incluso europeas) que si bien legalmente pueden participar en licitaciones públicas, no pueden llevarlo a cabo ante las dificultades de uso y de reconocimiento de sus certificados nacionales.

Pero lo anterior, no deja de pretender utilizar las nuevas tecnologías como herramienta de acceso a la presentación de ofertas. Es necesario plantear la tecnología como instrumento de ayuda en la toma de decisiones y especialmente, la tecnología debe afectar a la configuración del objeto del contrato y de los resultados perseguidos. Dicho de otro modo, se trata de que los pliegos de condiciones no definan cómo prestar los contratos y se centren en determinar la necesidad y los resultados, rendimientos o indicadores que pretenden.

Por otra parte, es necesario el empleo de tecnologías disruptivas que permitan el control del cumplimiento y la determinación rápida de efectos. El blockchain en relación con los conocidos como contratos inteligentes (Smart contracts) puede ser útiles para este objetivo.

Finalmente, debe reflexionarse sobre cómo favorecer la llegada de nuevos conceptos de prestación de servicios por parte de startups, scale-ups y pymes digitales a los retos de las entidades públicas para

mejorar el servicio que se provee a la ciudadanía. Fundamentalmente, a través de la promoción de la experimentación y pilotaje de soluciones innovadoras antes de formular licitaciones de escala, o facilitar la integración y la colaboración de pequeñas, medianas y grandes empresas con propuestas tecnológicas para promover el escalado de estas soluciones como también fomentar el uso de la compra pública como palanca para generar nuevas oportunidades económicas para los municipios y regiones. Esto es, en suma, lo que persiguen las políticas de compra relacionadas con el Govtech.

II. La identidad digital en la contratación pública

Es necesario simplificar el acceso a los servicios telemáticos relacionados con la compra pública. Entre otras operaciones ello implica simplificar el acceso, asegurar la verdadera identidad sin suplantación por el operador económico y el personal público, así como implantar sistemas que permitan garantizar que cualquier persona con independencia de si presentan o no discapacidad o un nivel de cualificación no experto puedan acceder.

La contratación pública es uno de los obstáculos para un ámbito más trascendente del de considerar la tecnología una herramienta de tramitación o relación. Si se quiere acercar realmente a las PYMES, la compra pública debe promover que los sistemas de identidad sean también sencillos.

El gran número de contraseñas que poseemos (que cada vez es recomendable cambiar con repetida frecuencia), la posibilidad y absoluta habitualidad en el ámbito empresarial de que se faciliten estas contraseñas a terceros (salvo supuestos en que se realizan apoderamientos para concurrir a contratos públicos a empleados, es absolutamente normal que la Administradora de la empresa facilite sus claves de acceso para presentar ofertas con los riesgos que entraña y la pérdida de utilidad y garantía de ausencia de suplantación) demanda cambios inminentes.

La apuesta debe ser posibilitar usar, si quiera como medio alternativo (por el momento, salvo que exista una imposición legal de su uso, como ha ocurrido, por ejemplo, respecto del ámbito del Juego), que los operadores económicos y el personal público puedan hacer uso voluntariamente de sistemas de acreditación de su identidad novedosos – como las carteras digitales de identidad (en adelante, «wallets digitales») –, seguros, sencillos y capaces de resolver las limitaciones de los actuales sistemas de identidad.

En 2014 se aprobó el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento europeo y del consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior. El 3 de junio de 2021 la Comisión Europea puso de relieve la necesidad de superar las debilidades de dicho Reglamento y estimular el uso de las wallets digitales.

La Comisión invitó a los Estados miembros a crear un conjunto común de herramientas de esa fecha «a septiembre de 2022 y a emprender de inmediato los preparativos necesarios». Dejó patente que este conjunto de herramientas debe incluir la arquitectura y las normas técnicas, así como directrices de mejores prácticas.

Por su parte, el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas (2021-2025) –componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia– del Gobierno de España, plantea como Medida n.º 4 el necesario desarrollo de «sistemas y servicios que permitan acreditar digitalmente a ciudadanos, ciudadanas y empresas de forma 100% telemática utilizando tecnologías tales como biometría, imagen,

etc., de forma segura y, por otra, desarrollar nuevos sistemas de identificación y firma sencillos, seguros y usables por los ciudadanos y ciudadanas, en línea con la normativa aplicable en esta materia».

Los sistemas basados en claves, contraseñas o credenciales otorgan únicamente una presunción de que quien los conoce o posee, es su auténtico titular. La realidad, como aventurábamos, es que en el mundo digital se han generalizado los casos de suplantación de identidad.

Las soluciones biométricas, están basadas en rasgos propios de las personas (por ejemplo su propia cara, voz,...) que les permiten identificarse de forma unívoca, son las que aportan garantías de identidad real cuando cumplen con los requisitos establecidos en sus regulaciones específicas. Se pone el foco en la persona como factor principal de acreditación de su propia identidad y no de dispositivos o factores externos.

Es por ello, que la Propuesta de Reglamento Europeo (EIDAS 2.0) de 3 de junio de 2021, COM(2021) 281 final 2021/0136 (COD) ha hecho hincapié en la necesidad de uso de carteras digitales empleando la biometría puesto que *«La utilización de la biometría para la autenticación es uno de los métodos de identificación que proporcionan un nivel alto de confianza, en particular cuando se combinan con otros elementos de autenticación».*

Los wallets digitales por biometría pueden ser un sistema alternativo útil para romper la brecha digital

Por su parte, la Carta de Derechos Digitales, aprobada por el Gobierno de España en julio de 2021 enfatiza entre otros derechos, en la necesidad de garantizar una igualdad real y no discriminación en el acceso a los entornos digitales, así como entre otros, la necesidad de promoción de condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad universal de los entornos digitales *«en particular a las personas con discapacidad, tanto desde el punto de vista del diseño tecnológico como respecto de sus contenidos, asegurando especialmente que la información relativa a las condiciones legales del servicio resulte accesible y comprensible».* Asimismo, impone facilitar el acceso a entornos digitales a todos los colectivos y promover políticas públicas *«basados en las diferencias existentes por franjas de edad, nivel de autonomía, grado de capacitación digital o cualquier otra circunstancia personal o social para garantizar la plena ciudadanía digital y participación en los asuntos públicos de todos los colectivos en mayor riesgo de exclusión social, en particular el de personas mayores, así como la utilización del entorno digital en los procesos de envejecimiento activos».* (Apartados VIII a XII).

Por otra parte, la Unión Europea pretende conseguir que el 100 % de los servicios públicos esenciales funcione bajo este formato que necesita, como se ha dicho, de experiencias pioneras en su construcción. He ahí donde entra la contratación pública que cuenta con perfiles que ha demostrado pueden ser la punta de lanza de la digitalización. Un ejemplo de ello es el uso de la factura electrónica en el ámbito de la compra pública o, más en general, la obligación de las personas jurídicas de relacionarse electrónicamente con la Administración.

Por lo anterior, para paliar la complejidad en la utilización de sistemas de identificación (entre otros, también, los problemas en recordar los sistemas de claves o en utilizar dispositivos tecnológicos y los certificados de firma electrónica) y romper la brecha digital, los wallets digitales por biometría pueden ser un sistema alternativo útil.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dedica el Capítulo II de su Título I a los sistemas de identificación y firma de los interesados en el procedimiento administrativo. En primer lugar, establece la obligación de comprobar la identidad de los interesados en los procedimientos administrativos y a continuación hace referencia, en los artículos 9 y 10, a los sistemas de identificación de los interesados en el procedimiento admitidos por la administración y los sistemas de firma admitidos por las Administraciones Públicas, respectivamente.

A lo largo del artículo 9.2 se establecen los sistemas de identificación que pueden utilizar los interesados ante las Administraciones Públicas y las condiciones de los mismos.

El apartado 9.2.c (modificado por Ley 11/2022, de 28 de junio) permite la identificación ciudadana a través de «c) *Cualquier otro sistema que las Administraciones públicas consideren válido en los términos y condiciones que se establezca, siempre que cuenten con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad y previa comunicación a la Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Esta comunicación vendrá acompañada de una declaración responsable de que se cumple con todos los requisitos establecidos en la normativa vigente. De forma previa a la eficacia jurídica del sistema, habrán de transcurrir dos meses desde dicha comunicación, durante los cuales el órgano estatal competente por motivos de seguridad pública podrá acudir a la vía jurisdiccional, previo informe vinculante de la Secretaría de Estado de Seguridad, que deberá emitir en el plazo de diez días desde su solicitud.*

Las Administraciones Públicas deberán garantizar que la utilización de uno de los sistemas previstos en las letras a) y b) sea posible para todo procedimiento, aun cuando se admita para ese mismo procedimiento alguno de los previstos en la letra c)».

El artículo 10 establece que los interesados podrán firmar a través de cualquier medio que permita acreditar la autenticidad de la expresión de su voluntad y consentimiento, así como la integridad e inalterabilidad del documento, estableciendo en su número 2 los sistemas válidos a efectos de firma y en el número 4 que «*Cuando así lo disponga expresamente la normativa reguladora aplicable, las Administraciones Públicas podrán admitir los sistemas de identificación contemplados en esta ley como sistema de firma cuando permitan acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad y consentimiento de los interesados*».

En definitiva, es necesario un impulso a nuevos sistemas de identificación que resuelvan los problemas habituales y la compra pública es un escenario perfecto que sirva para generar las buenas prácticas necesarias antes de una implantación masiva en el resto de procedimientos. Cuenta así con usuarios «experimentados» en las lides electrónicas y funcionarios cualificados para su comprensión, y con las píldoras necesarias para una nueva implantación: necesidad ante la suplantación y necesidad de facilitar la utilización de la Plataforma de extremo a extremo.

III. Reflexiones sobre el Documento Europeo Único

El Documento Europeo Único (DEUC) supuso una revolución. El ROLECE preexistente al DEUC arrojaba buena muestra de las ventajas y reducción de costes operacionales y administrativos evidentes.

La reducción de costes y ahorro de tiempo no ha sido solo para los operadores económicos que debían

reunir en un tiempo record multitud de documentos, certificados y compulsas varias poniendo a veces más énfasis en preparar el sobre de documentación personal que la oferta.

Por otra parte, en una época en que hay que analizar los costes de tramitación que implica cada actuación, documento,... en el procedimiento de contratación el DEUC supuso un ahorro y la adecuada instrucción de su uso puede conllevar aún mayores eficiencias. Inclusive, un cambio legislativo que reduzca aún más su contenido conseguiría mejorar su efectividad.

Se ha reducido el tiempo de tramitación del procedimiento evitando subsanaciones que demoran y entorpecen el proceso.

Ello ocurre especialmente cuando simplemente se exige que los licitadores cumplimenten el DEUC en su versión reducida indicando si cumplen o no con todo lo establecido por la licitación.

La posibilidad de que los operadores económicos reutilicen su DEUC para todas las licitaciones —a través de la descarga en formato.xml y no solamente como pdf— ha sido de gran utilidad.

Sin embargo, aún hay muchas entidades públicas que simplemente publican en el condicionado un listado de especificaciones estereotipadas a cumplimentar en el DEUC pero no crean el DEUC en formato.xml (directamente no crean el DEUC sino que cortan y pegan las mismas Instrucciones pero no facilitan el modelo de DEUC). Si se facilitase, se permitiría a las empresas fusionar su DEUC previamente creado con el.xml creado por el poder adjudicador. En definitiva, lo que debe facilitarse es el modelo de DEUC (art. 141.1 LCSP «1. Los órganos de contratación incluirán en el pliego, junto con la exigencia de declaración responsable, el modelo al que deberá ajustarse la misma. (...)»).

Ello, no obstante, con la prevención de que quizás el siguiente paso debiera ser una simple declaración de identidad electrónica sin DEUC a la vista de que se está generalizando admitir su subsanación.

La compra pública cuenta con usuarios «experimentados» en las lides electrónicas y funcionarios cualificados para su comprensión

Y es que asistimos a una interpretación muy extensa del momento en que deben reunirse los requisitos más básicos para los que el DEUC sirve (por ejemplo, la acreditación de la solvencia) lo cual hace innecesario y sobrante que consten esos datos en el momento inicial relegándose al trámite de requerimiento a la mejor oferta previsto en el artículo 150.2 LCSP.

Un ejemplo de ello puede verse en la Resolución 213/2021, TACP Comunidad de Madrid. Se trataba de una licitación para la contratación de la redacción del proyecto básico, proyecto de ejecución y dirección facultativa de las obras de reforma y conservación de un edificio público donde se exigía que el responsable de la Coordinación de seguridad y salud en la fase de ejecución contara con la titulación académica habilitante de arquitecto/a, arquitecto/a técnico, ingeniero/a o ingeniero/a técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades y estuviera inscrito en el registro de técnicos competentes para desarrollar funciones de Coordinadores de Seguridad y Salud en las obras de construcción con una antigüedad mínima de tres años.

La adjudicataria en su DEUC acreditaba esta exigencia de solvencia con medios externos (art. 75 LCSP) con

una persona que no reunía estos requisitos. El recurso cuestiona que en el trámite final del artículo 150 LCSP se ha presentado un nuevo perfil (un nuevo profesional) que no figuraba inicialmente y con el que el adjudicatario aporta ahora, tras el plazo de finalización de ofertas y obviamente tras el DEUC este nuevo perfil. Lo mismo ocurrió con una modificación de la póliza de responsabilidad civil exigida a fecha fin de ofertas.

Al respecto, el Tribunal admite las «subsanações»:

«Este Tribunal ha admitido pacíficamente, en consonancia con otros Tribunales, que al trámite del artículo 150.2 de la LCSP es de aplicación la subsanación a que refiere el artículo 141.2 de la LCSP. La legislación contractual siempre ha contemplado la subsanación sobre la documentación administrativa de la proposición. Una vez que la misma se sustituye por el Documento Europeo Único de Contratación el procedimiento quedaría ausente de esta posibilidad si no se traslada al trámite de presentación de documentación por el adjudicatario del artículo 150.2 de la LCSP.

Precisamente por su momento sería contrario a los principios que rigen la contratación administrativa, y en concreto a la búsqueda de la proposición más ventajosa, que por un mero defecto o error formal en la documentación presentada se rechace la proposición primeramente clasificada, no vulnerándose el principio de igualdad de trato en cuanto es un trámite que se aplica a todos los licitadores que se encuentren en la misma posición.» (...)

Se entiende que es correcta la admisión de la subsanación de la documentación mediante la presentación de otro profesional que sí reunía el requisito de tener tres años de antigüedad al momento de finalizar el plazo de presentación de proposiciones, dando así cumplimiento al artículo 140.4 de la LCSP: «4. Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato».

Entender que no cabía esta subsanación en la documentación aportada sería tanto como confundir la posesión de la solvencia con el error material en la documentación presentada la primera vez, que se sancionaría con la exclusión del procedimiento de licitación y la penalidad del párrafo segundo del artículo 150.2 de la LCSP. Centraría la solvencia en el acierto en la documentación presentada inicialmente, con independencia de que tuviera o no la solvencia».

Otro ejemplo lo encontramos en la Resolución del TACRC n.º 806/2019, de 11 de julio, donde se señala hasta cinco motivos por los que sí debe otorgarse posibilidad de subsanación.

El TACRC, en doctrina que es reiterada y conocida, se ha pronunciado sobre la posibilidad de subsanar los defectos que se aprecien en la documentación que ha de presentar quien sea propuesto como adjudicatario en aplicación del artículo 150.2 de la LCSP.

En la resolución mencionada señala al respecto: *«En el presente caso, debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la procedencia y alcance del trámite de subsanación que la documentación que dio lugar a la inicial exclusión se refería a la solvencia técnica, y no a aspectos de la oferta que hubieran incidido en la aplicación de los criterios de adjudicación, aspectos estos mucho más sensibles, y en los cuales la subsanación debe tratarse con mayores cautelas. Llegados a este punto, no cabe duda de que el trámite de subsanación era perfectamente admisible y debido, pues se constituye como un derecho del licitador siempre que las omisiones o defectos se refieran a documentación susceptible de ser subsanada».*

En definitiva, si el cumplimiento efectivo se permite trasladar al trámite del artículo 150 LCSP una vez realizada la selección de la mejor oferta, sobra el DEUC y bastaría con identificar al oferente (bastaría con indicar que se cumplen todos los requisitos, ¿aunque no se cumplan?).

IV. Automatización de trámites

La contratación pública es, notoriamente, un conjunto burocratizado de actuaciones que pueden llegar a demorarse un año (sin contar con el tiempo de preparación).

El bajo nivel de ejecución de fondos del MRR se achaca en parte a ello.

El Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia generó una serie de medidas ineficientes, a mi modo de ver, para agilizar la compra pública.

A día de hoy, la Junta Consultiva de Contratación Pública no ha publicado un modelo de pliego de condiciones. Tan solo unas Instrucciones a las que luego hay que sumar la «normativa» específica que incluye cada convocatoria, ...

La reducción de trámites ha afectado claramente a la calidad de las ofertas para promover tratar como urgentes, la tramitación de expedientes con la reducción a la mitad del plazo de presentación de ofertas, o la reducción del plazo de interposición del recurso especial.

Sin embargo, si se analiza cada hito en el procedimiento de actuación, el problema se encuentra fundamentalmente en la fase previa a la adjudicación: la preparación de la licitación, en las subsanaciones, en las valoraciones de ofertas, en los requerimientos de ofertas anormales y también en los recursos que pueden hacer en caso de obstrucción por los licitadores que se deje sin sentido la licitación.

Las penalidades deben estar claras y su imposición podría ser pacíficamente generada a través de blockchain

Es imperioso llevar a cabo consultas preliminares de mercado, mapas de demanda temprana, promoción de la participación (con integridad y sin fraude) de la iniciativa privada, o el diseño de una estrategia de licitaciones coherente.

Pero, sobre todo, es necesario automatizar con tecnología todos los trámites posibles.

Desde la generación de pliegos de condiciones basados en modelos previos automatizados, la generación de actas, requerimientos, modelos de acuerdos autocompletados para evitar pérdidas de tiempo, modelos de contrato, ...

Automatización que tiene que llegar a la ejecución para asegurar el cumplimiento de plazos de inicio, hitos intermedios, fin, verificación de indicadores.

El blockchain puede ayudar a todo ello especialmente en fase de ejecución. Es obvio que también podría implantarse para la fase de presentación de ofertas, aunque a mi entender no hay una necesidad imperiosa

a diferencia de los trámites de ejecución. Las necesidad en preparación y adjudicación están resueltas aunque dependan de una entidad centralizada y no descentralizada (apoderamientos, registros entrada, presentación ofertas, requerimientos y respuestas, ...).

Las penalidades deben estar claras y su imposición podría ser pacíficamente generada a través de blockchain. Deben existir reformas administrativas, o bien pactos a favor de estas modalidades de control e imposición de penalidades en entidades del sector público no poder adjudicador y poderes adjudicadores no Administración Pública, que, aunque cada vez quieran ser aproximadas al régimen general (no tanto por ellas mismas sino por quienes las controlan o auditan), se rigen por derecho privado en ejecución.

Si se generan trámites automáticos en ejecución del contrato, se pondrá en evidencia la contratación no por medios sino por resultados. Aunque lo uno y lo otro debe ser controlado (especialmente cuando es un requisito de solvencia o ha sido una condición relevante para la adjudicación). Hoy ya es posible hacerlo con blockchain.

Cada actuación «anotada» de forma consecutiva y consensuada va a poder generar automáticamente las verificaciones de la necesidad de llevar a cabo pagos, penalizaciones, validación de indicadores (KPIs) ...No es más que en definitiva generar cláusulas contractuales autoejecutables programadas en tecnología blockchain. Como tales serán de ejecución inmediata, sin discusión ni dilaciones ni controversias.

Finalmente, la automatización de trámites debe emplearse también como herramienta de promoción de la Integridad. Particularmente, por ejemplo, para verificar o controlar posibles Banderas rojas. Ello como medida de prevención y detección de los conflictos de intereses, el fraude o irregularidades administrativas. Matrices de riesgos que alerten de riesgos y de la medida y contramedida a adoptar en caso de detección.

V. Govtech y contratación pública

La LCSP prevé llevar a cabo la contratación de forma diferente. Tradicionalmente, se definen absolutamente todos los medios humanos y materiales a poner a disposición el contrato para ejecutar, por ejemplo, un servicio. Sin embargo, rara vez se determinan los indicadores con los que se verificará el objetivo o resultados de los que surge la necesidad de contratar. Estamos más ante contratos por medios – que parten de las limitaciones de contratación de personal estatutario – que ante verdaderos contratos por resultados medibles. Esto además de restar utilidad al modelo, impide dar respuesta de manera distinta a lo que se está llevando a cabo ahora.

Ligado a lo anterior está el Govtech, que podemos definir como la forma en que las instituciones públicas utilizan inteligencia de datos, tecnologías digitales y metodologías innovadoras para generar herramientas, servicios que resuelven problemáticas públicas.

Las empresas del ecosistema Govtech no pueden apostar por ayudar a través de la tecnología a la mejora de los servicios públicos si existen barreras de entrada. La primera de ellas es justamente la indebida definición del objeto que se cierra tanto que no es posible proponer alternativas. Por otra parte, apoyar el ecosistema Govtech es además, con mucha frecuencia, apoyar a las pymes que tienen ideas para transformar lo público de forma diferente.

Como sabemos, los importes en que se permite la compra directa no son elevados. 15.000 euros en

servicios y suministros. Cabría pensar que cuando se adquiere solo para probar o prototipar no debe acudirse a la normativa de contratos. No obstante, a excepción de las exclusiones del artículo 8 LCSP, a mi entender, otros planteamientos resultan jurídicamente arriesgados.

En este sentido, la reciente reforma de la Ley de Ciencia (por la ley 17/2022, de 5 de septiembre) modifica el artículo 36 que señala que permite la adjudicación directa de ciertas prestaciones.

«1. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3, se rigen por el Derecho privado aplicable con carácter general, con sujeción al principio de libertad de pactos, y podrán ser adjudicados de forma directa, los siguientes contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación, suscritos por los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado, las universidades públicas, las fundaciones del sector público estatal y otras entidades dedicadas a la investigación, desarrollo e innovación y dependientes de la Administración General del Estado:

a) Contratos de opción para explorar la viabilidad empresarial y de sociedad suscritos con ocasión de la constitución o participación en sociedades

b) Contratos de financiación y de colaboración para la valorización y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación;

c) Contratos de prestación de servicios de investigación, desarrollo y asistencia técnica con entidades públicas y privadas, para la realización de trabajos de carácter científico y técnico o para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación».

Además, determina que los anteriores contratos se regirán por el Derecho Privado.

Cabe plantear también en algunas ocasiones convenios (especialmente a través de la aplicación del artículo 34 de la Ley de Ciencia).

Pero también es posible permitir probar nuevos productos y servicios en un marco diferente.

Un marco previo, y que puede o no conllevar adquisiciones en el marco de la compra de innovación.

Y es que con carácter previo a llevar a cabo licitaciones públicas donde se apueste por el Govtech un mecanismo oportuno, que genera una evidente llamada al mercado y puede desembocar, inclusive, en la generación de empleo, riqueza entorno son los Bancos de ensayos o pruebas, también conocidos como Sandboxes.

Es la manera de generar living Labs públicos en que las empresas, investigadores puedan probar y validar sus productos, tecnologías ...en entornos reales seguros. Incluso, pasando por encima las normativas que lo limiten.

La reducción de plazos de tramitación no lo puede ser a costa de las entidades licitadoras

Por una parte, para que una entidad pública presente interés sobre una forma novedosa de prestar

servicios públicos necesita validar la solución; conocer si satisface necesidades no resueltas o solucionar mejor lo que ahora se presta de otro modo, o, simplemente, conocer algo desconocido.

Por otra parte las empresas a veces no están listas para comercializar un producto, lo primero que necesitan antes a ver si va a ser útil, es saber si el mercado los va a necesitar y los va a comprar. No tiene sentido que una empresa ponga su foco y sus inversiones si no va a haber rentabilidad...y sobre todo si no va a servir para resolver el problema.

En el mundo de la empresa se utiliza el concepto de Product Market Fit. Que viene a ser el proceso de ajustar el producto en el mercado y poder evaluar la rentabilidad de la empresa sabiendo si el producto cumple justo con las necesidades de las personas.

Una empresa del ámbito Govtech necesita validar con clientes reales en entornos si el producto o servicio es útil. Para eso se puede comenzar a prestar un servicio en fase beta, con prototipos, sin grandes inversiones...

A su vez muchas veces, como decíamos, las entidades públicas no compran aquello que no se ha usado en otras entidades públicas...y de ahí la importancia de hacer un pilotaje.

Para mayor complejidad a veces probar un producto desafía las reglas y leyes vigentes que es necesario excepcionar para hacer las pruebas.

Los Bancos de ensayos o pruebas (sandboxes) generan un espacio (o infraestructura) controlado donde llevar a cabo pruebas (testbed) de modo seguro en marcos temporales de flexibilidad regulatoria

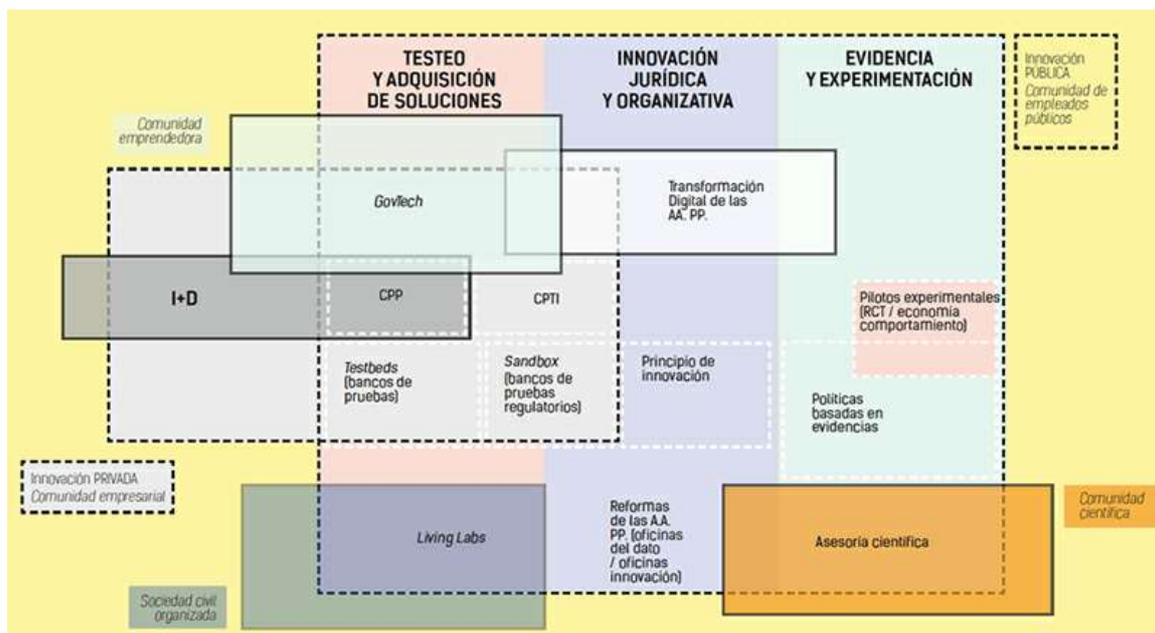
Existen dos tipos de sandboxes los regulatorios y los no regulatorios. Unos más complejos —los regulatorios — porque excepcionan normas y requieren de habilitaciones legales o de otro orden para aplicarlos, y otros que son muy fáciles de implantar —los no regulatorios—

A menudo, el riesgo para las empresas no requiere de la existencia de apoyos sobre la oferta sino sobre la demanda. Las subvenciones o ventajas fiscales serán útiles cuando el producto o servicio ya esté en el mercado. El riesgo principal se encuentra en el acceso a un mercado incipiente, en el que el sector público puede hacer de cliente de lanzamiento, y la contratación pública puede dar pie a la Compra Pública de Innovación.

Es un espacio en que hay que combinar flexibilidad normativa y jurídica con estabilidad y control de riesgos para así probar, por ejemplo, soluciones digitales de forma flexible.

El estudio realizado por la Fundación COTEC «Regular el Futuro, el Sistema Sandbox, una aproximación para España» define en que consiste un sistema sandbox al señalar que:

«Este sistema permite conocer en mayor profundidad los beneficios y riesgos de un nuevo producto o modelo de negocio, dando la posibilidad de afinar y ajustar las innovaciones en un entorno de mercado. De esta forma, se minimiza la inseguridad jurídica y se ayuda a mejorar el acceso a la inversión al ofrecer un marco seguro y predecible a los proyectos de innovación. Al mismo tiempo, facilita la colaboración entre administraciones, empresas y ciudadanos, contribuyendo a modernizar el contexto regulatorio de las actividades productivas y, por encima de todo, asegurando la protección de los derechos de los ciudadanos»



Fuente. Diego Moñux Córcoles. «La innovación pública». Telos, n.º 120

El papel de la Administración en este sentido se amplía, dando posibilidad a entidades públicas que, no teniendo un papel clásico en promover la innovación basada en I+D, pueden **jugar un rol determinante en la puesta en marcha de instrumentos de prueba**, testeo e apoyados en la flexibilidad regulatoria.

Por otra parte, no hay mecanismos de compra especiales para la compra de productos o servicios de Govtech.

Una posible herramienta que podría usarse en numerosas ocasiones en el plano de soluciones para Govtech sería su tratamiento como Base de Datos. No en vano, a menudo las empresas formulan su propuesta resultante a través del licenciamiento de una Base de datos de la propia entidad que contiene los parámetros, por ejemplo, para tomar decisiones como consecuencia del conocimiento de esos datos.

Serán contratos privados de suministro o servicios (en función de si son desarrollos a medida, donde serán servicios).

Estaremos ante contratos de suministro aunque se ponga a disposición en la nube (como pretendió expresamente el legislador – ver Enmienda 451 LCSP quizás con vocación de que fueran financiados con subvenciones europeas).

La adjudicación cuando se trate de Bases de Datos justamente puede ir por la vía de la Disposición Adicional 9ª LCSP y realizarse como los contratos menores, directamente, siempre que el contrato no esté sometido a regulación armonizada.

Toda vez que no hay referencia a la duración máxima en la Disposición Adicional 9ª LCSP del contrato menor (artículo 29.8 LCSP) consideramos que la duración puede llegar a ser la máxima prevista en el artículo 29 LCSP. En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, el informe de la JCCA de Canarias 3/2019 de 25 de septiembre sobre la duración de los contratos de acceso a base de datos y la suscripción a publicaciones. Se basa especialmente en la naturaleza privada y en la ausencia de aplicabilidad de las cuestiones de

efectos propios de los contratos públicos.

En cambio, el Informe de 10 de diciembre de 2018 (Expediente 90/18) de la JCCA sí los sujeta al plazo de un año.

No obstante, con la interpretación literal y además compartiendo el argumento de la JCCA de Canarias consideramos que el plazo puede ser superior al año. Ello sin perjuicio de que habrá que estar a la prohibición de fraccionamiento ilegal.

VI. Conclusiones

Las nuevas tecnologías deben de dejarse ver como la forma de llevar al plano electrónico los expedientes en papel. Sus funcionalidades son muy relevantes y deben ser aprovechadas por el sector público.

La ruptura de la brecha digital entre los ciudadanos y especialmente, entre las empresas debe ser uno de los motivos de su empleo.

En este sentido, debe facilitarse el acceso y utilización de la PCSP permitiendo por ejemplo el acceso a través de wallets digitales o carteras de identidad digital.

Asimismo, debiera promoverse que el DEUC se emplee en su versión más sencilla. Carece de sentido exigir una presentación completa cuando ello da lugar a revelaciones de la oferta con frecuencia – por la confusión del formulario respecto a determinados aspectos – o la posibilidad de subsanación hasta el trámite del artículo 150 LCSP.

Por otra parte, la automatización de todos los trámites que sean posibles debe ser el *leitmotiv que* guíe a todas las entidades contratantes. Es imperioso acelerar la adjudicación de contratos.

La reducción de plazos de tramitación no lo puede ser a costa de las entidades licitadoras (menor plazo para presentar ofertas, responder a requerimientos,...).

La burocracia del proceso de contratación y el coste de su duración hace peligrar la absorción de fondos del MRR y la declaración de desierto de contratos (por renuncia de las entidades licitadoras ante la inflación de precios y el desajuste entre el momento de la oferta y la adjudicación) y son necesarias medidas que generen una mejora real del proceso.

La tecnología no debe ser un obstáculo sino una herramienta. Del mayor o menor alcance y funcionalidad que se le quiera dotar va a depender el éxito de una gestión eficiente.

Por ejemplo, debe promocionarse todo lo relacionado con el govtech. La utilización de la inteligencia de datos en la toma de decisiones, y sobre todo, debe generarse una colaboración público privada que se plasme en el dialogo entre empresas (especialmente start ups y scale ups) que puedan proponer nuevas formas de solventar las necesidades y problemas de las entidades públicas.

El primer paso de ese diálogo pasa por generalizar consultas preliminares o definir el objeto de los contratos de forma que no se cierren a una opción o solución única.

Todo ello hará generar un avance real no solo en la mejor solución de las problemáticas públicas sino una apuesta real por la promoción de las pequeñas y medianas empresas y una apuesta por la gestión pública

inteligente y eficiente.