

INFORME ESPECIAL

LA COMPRA PÚBLICA DE TECNOLOGÍA EN LA NUBE EN ESPAÑA. Deficiencias y sugerencias de mejora



**José María GIMENO FELIU, Gerardo GARCÍA-
ÁLVAREZ GARCÍA y Julio TEJEDOR BIELSA,**
Catedráticos de Derecho administrativo.

ÍNDICE

ÍNDICE	2
I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. PRINCIPIOS REGULATORIOS EN LA ADQUISICIÓN PÚBLICA	7
1. Depuración de los denominados servicios de nube	9
2. Normativa de referencia para la compra de tecnología en la nube	13
3. La relevancia de la concreción de las necesidades de tecnología de nube y las políticas de nube	13
4. El principio de confidencialidad como elemento estructural en la adquisición y gestión de tecnología en la nube. Los límites a la transparencia	22
II. LOS SERVICIOS DE NUBE COMO CONTRATO PÚBLICO: TIPOLOGÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO	32
1. Definición de contrato público en la Unión Europea.	32
2. Delimitación de tipos de contratos públicos en la Unión Europea y en la LCSP	33
3. Los contratos de tecnologías en la nube entre particulares como contratos de servicios	42
4. El criterio del informe 13/2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública sobre la calificación de los contratos de tecnologías en la nube	43
5. Algunas consecuencias de la calificación de los contratos de tecnologías de nube como contratos de servicios	48
III. CONTRATOS PÚBLICOS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA. EL PRECIO DE LOS SERVICIOS DE NUBE. ¿HASTA DÓNDE SE PUEDE TENSIONAR SIN SER UNA OFERTA ANORMAL?	49
1. La calidad como presupuesto habilitante	50
b) El precio en la contratación pública: eficiencia y correcto cumplimiento como límites a las ofertas	54
3. La anormalidad de ofertas: su función de proteger el interés público	55
4. El principio de proporcionalidad como necesario parámetro interpretativo a la hora de (in)admitir una oferta anormal	60
IV. ANÁLISIS DE LAS LICITACIONES Y ADQUISICIONES DE SERVICIOS DE NUBE EN ESPAÑA: PRINCIPALES DISFUNCIONES	65
1. Estado de la cuestión: la compra pública de servicios en la nube en la actualidad.	65
2. La insuficiencia de las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público.	68
3. Las dificultades específicas en los ámbitos con fuerte innovación.	70

4. Tipología de los potenciales clientes públicos de servicios de computación en la nube.....	74
5. El necesario impulso de la normalización técnica.	75
6. La indebida utilización de denominaciones comerciales en la licitación de servicios de nube.....	77
V. IDEAS PROPOSITIVAS PARA LA MEJOR ADQUISICIÓN DE SERVICIOS EN LA NUBE POR LOS PODERES ADJUDICADORES EN ESPAÑA	84
1. Una “redimensión” estratégica en la adquisición de recursos tecnológicos en la nube.....	84
2. La adquisición de servicios de nube: ideas propositivas para una correcta gestión y adquisición de los mismos.....	87
a) Identificar necesidades, concretarlas y programar su contratación.....	87
b) Adecuado calculo del valor estimado del objeto de la prestación.	88
c) Modelos de compra conjunta.....	89
d) La decisión sobre el modelo de racionalización: del Acuerdo Marco al Sistemas dinámicos de adquisición de compras.....	92
e) La opción de los procedimientos negociados con publicidad.....	93
f) Los criterios de adjudicación y su vinculación a la lógica de calidad-precio.....	95
g) Un correcto diseño de la vigilancia del contrato de servicios de nube	98
h) La innovación en los modelos de adquisición de tecnología.....	101
CONCLUSIONES	106

o. RESUMEN EJECUTIVO

Las tecnologías en la nube (o tecnologías cloud) son la palanca clave para conseguir acelerar la digitalización del Sector Público.

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España ha marcado como una de sus principales prioridades la digitalización de las administraciones públicas a nivel municipal, autonómico y estatal. De manera concreta, el Plan de Digitalización de Administraciones Públicas prevé una inversión de 2.600 millones de euros en el periodo 2021-2023, sumada a la inversión en digitalización que ya prevé cada Ministerio en sus presupuestos ordinarios. La gran mayoría de medidas previstas en este Plan implican -directa o indirectamente- el apoyo en tecnologías en la Nube.

Entre los beneficios las tecnologías en la Nube se encuentran el consumo bajo demanda y el pago sólo por uso, aspectos estos novedosos que hacen que los actuales sistemas de contratación pública, diseñados sólo para tecnologías tradicionales, no sean idóneos para adquirirlas, lo que limita el acceso del Sector Público a estas tecnologías y a la innovación. Por consiguiente, se muestra urgente habilitar instrumentos de contratación pública que permitan sacar el máximo provecho de estas tecnologías, en beneficio de nuestras administraciones y servicios públicos.

La compra pública actual no está adaptada a las características de las tecnologías en la Nube, lo que está generando situaciones anticompetitivas entre los proveedores tradicionales de software/hardware (que también venden nube) y los nuevos proveedores de Nube.

Ante la falta de un sistema de contratación pública actualizado y adaptado a la evolución de las tecnologías digitales, resulta evidente que las Administraciones Públicas españolas están adquiriendo tecnologías en la Nube a través de mecanismos que no están diseñados para este tipo de tecnología, lo que genera ineficiencias. Los proveedores tradicionales de software hacen uso de esta situación para paquetizar de forma poco transparente sus servicios de Nube en los acuerdos comerciales previos de hardware y software (exigen/condicionan de una forma u otra a los clientes del sector público utilizar/comprar sus respectivas nubes como requisito técnico para poder acceder a sus licencias de software exclusivas), y con pagos elevados por adelantado de todas las licencias y hardware. Este informe analiza expedientes de contratación pública en los que quedan patentes estas prácticas anticompetitivas, propiciadas en parte por las limitaciones de nuestra legislación, pero no solo.

Estas prácticas tienen efectos perjudiciales evidentes, tanto para los operadores discriminados como para el Sector Público. Por un lado, al no haber vehículos específicos de compra pública de tecnologías en la Nube, los nuevos proveedores de Nube no pueden competir en igualdad de condiciones por ofrecer tecnologías innovadoras al sector público. Por otro lado, como resultado de estos problemas de competencia y acceso a la compra pública, las Administraciones no solo pagan en ocasiones un precio más alto por los servicios de nube, sino que no pueden acceder a todas las posibilidades que estas tecnologías ofrecen, lo que impide lograr el objetivo común de equiparar el nivel de digitalización del sector público con el del sector privado.

Propuestas para adaptar el sistema de compra pública a la adquisición de tecnología de tecnologías en la nube

Con el objetivo de mejorar el sistema de contratación pública de tecnologías de nube, se hace necesario llevar a cabo una redimensión estratégica de la adquisición de tecnología de nube en España a través de una mayor colaboración entre el sector público y privado, que busque la rentabilidad a medio y largo plazo y el consiguiente mejor uso de los recursos públicos. A continuación, se proponen una serie de soluciones:

1. **Establecer unos modelos de compra conjunta de tecnologías en la nube:** Ante los beneficios que aporta el consumo y pago por uso de tecnologías en Nube, se aconseja lograr fórmulas de cooperación interadministrativa que permitan una correcta “escala de gestión”.
 - a. Dentro de los diferentes medios previstos por la ley, la contratación de tecnología de nube requiere el uso de Acuerdos Marcos o, preferiblemente, Sistemas Dinámicos de Adquisición que den cabida a todos los actores y que equiparen requisitos en términos de seguridad, cumplimiento normativo, niveles de disponibilidad y prestación de servicios de soporte. Estos sistemas permiten actuar de manera ágil garantizando la seguridad jurídica y la transparencia de los procedimientos.
 - b. Valorar el uso de centrales de compras para facilitar el acceso a la tecnología de cualquier tipo de poder adjudicador.
2. **Elaboración de pliegos-tipo de contratación:** Con el fin de homogeneizar y agilizar los procesos de contratación, es necesario que se elaboren pliegos-tipo de cláusulas técnicas y administrativas adaptadas a la tecnología en la nube. Estas referencias ayudarían a las Administraciones Públicas, sobre todo a las de menor tamaño, a adquirir la tecnología de nube con mayor seguridad jurídica. Esta acción, por lo demás, resultaría coherente con los trabajos de normalización promovidos por los prestadores de servicios, redundaría en una mayor calidad de los servicios y sería coherente con lo previsto en el artículo 54 del RDL 36/2020.
3. **Dotar de competencias digitales en tecnologías en la Nube a los empleados públicos:** De cara a aprovechar al máximo las ventajas de la tecnología de nube, es necesario que las Administraciones Públicas dediquen recursos para que los empleados públicos cuenten con conocimientos avanzados en la adquisición y gestión de tecnologías innovadoras que sustenten la digitalización de los servicios públicos de España.

Dentro del “Plan Nacional de Competencias Digitales”, se prevé de manera específica la formación en competencias digitales de las personas al servicio de las Administraciones Públicas. Se aconseja que esa formación se oriente a la capacitación en tecnologías en la nube.

Dar prioridad a criterios objetivos de adjudicación basados en calidad e innovación frente a criterios de precio. En línea con los objetivos de la normativa europea y española de contratación debe potenciarse en las licitaciones, potenciando el uso estratégico de la contratación pública, el desarrollo de soluciones innovadoras, la calidad y la investigación de forma prevalente sobre criterios puramente economicistas y el factor precio.

4. **Reforzar los controles *ex ante* para evitar que se paqueticen las tecnologías en la nube junto con la renovación de licencias de software exclusivas, y así limitar los supuestos en los que se dejar fuera del mercado a resto de operadores que no venden dichas licencias.**

Reforzar los mecanismos de control de pliegos y ofertas para evitar que los proveedores de licencias de Software exclusivas exijan/condiciones y/o incluyan la utilización de sus respectivas nubes al suministro de dichas licencias. No hay argumento técnico que justifique y exija un proveedor de nube en concreto, ni siquiera en los escenarios en los que se suministra Software de forma exclusiva, ya que dicho Software puede correr en cualquier nube. Esta situación además hace que, posteriormente, si el órgano de contratación tiene la necesidad de sacar una licitación específica de nube (ya sí independiente en el objeto del licenciamiento), tenga que adjudicársela al mismo proveedor de las licencias de Software justificándolo o basándose en razones técnicas o de eficiencia (por el coste de migrar a otra nube distinta).

5. **Establecer un sistema de vigilancia que garantice el correcto desarrollo de las prestaciones técnicas del servicio.**

La vigilancia, pensada con carácter singular para este tipo de prestaciones, es de especial interés, y debe extenderse a los supuestos de adquisición de software para evitar que se produzcan prácticas anticompetitivas.

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. PRINCIPIOS REGULATORIOS EN LA ADQUISICIÓN PÚBLICA

El objeto de este estudio es analizar la naturaleza jurídica, desde la perspectiva de su adquisición pública, de los denominados “servicios de nube” y, sobre esa base, formular una serie de ideas propositivas sobre el mejor procedimiento para su tramitación, con la finalidad de preservar de forma equilibrada los distintos principios regulatorios en juego en una actividad con indudable impacto económico y de gran trascendencia en la transición hacia la digitalización de la gestión pública, que debe facilitar una optimización de los recursos públicos¹. Nos encontramos ante un cambio de modelo en el consumo de recursos tecnológicos, en progresión geométrica, con cada vez mayores exigencias de respuesta y seguridad, lo que pone en cuestión la opción por centros de datos propios, en tanto la coyuntura aconseja “escalar” la decisión en este mercado donde los esfuerzos en innovación son de gran intensidad y requieren de gran capacidad de inversión. En especial en sectores como educación, salud y gobierno, por lo que la “economía” de la nube es una opción de nueva gestión de las decisiones públicas donde el desarrollo de soluciones digitales *ad intra* y *ad extra* es una realidad que además favorece una fácil adaptación a la demanda y una gestión rápida (y más rentable) de los diferentes proyectos.

Basta recordar que la importancia decisiva de la digitalización de las Administraciones públicas ha sido destacada por la Unión Europea al aprobar sus históricos fondos de recuperación conocidos como “Next Generation EU”².

Los servicios de nube están adquiriendo una importante dimensión y se posicionan como estrategia pública de futuro inmediato, lo que aconseja reflexionar sobre como provisionarlos, en un contexto normativo que no fue pensado en su momento para atender esta problemática³. Lo que, de *lege ferenda*, aconsejaría un análisis y una

¹ En el año 2018 los proyectos relacionados con Cloud (SaaS, IaaS o PaaS) supusieron más de 38 M€ en las Administraciones Públicas.

² Comisión Europea, https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es, consultada el 7 de enero de 2021.

³ El avance de los servicios en la nube en Europa se considera imparable, con un crecimiento medio anual del 27% hasta finales de esta década, como revela un estudio (Libro Blanco) del mes de abril de 2021 de la consultora KPMG e incluido en el comunicado de la Estrategia nacional para el Cloud, como se ve en el gráfico inferior. Se debería pasar de los 63.000 millones de euros que se estima que fue el mercado europeo del Cloud en 2021 a casi diez veces más, 560.000 millones de euros en 2030. <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/fr/pdf/pdt/fr-mv-1548-lcegeuk.pdf>. En este Libro blanco se establecen cinco escenarios potenciales de desarrollo, cada uno con sus propios beneficios y diferentes plazos, que podrían conducir a un nuevo paradigma del 'cloud' en la Unión Europea (UE). El primero establece la nube como bien común, impulsada principalmente por la interoperabilidad voluntaria de los servicios 'cloud', los ecosistemas comunes a nivel sectorial y el aumento del 'multicloud', lo que permitiría el crecimiento de un ecosistema europeo. El segundo escenario muestra el auge de los proveedores europeos, impulsado principalmente por la aparición de nuevos segmentos de mercado ('edge computing', IA para aplicaciones industriales y desarrollo de servicio de datos soberanos) y por el gasto público. El tercero se centra en una fuerte oleada regulatoria, con la aparición de una autoridad reguladora que limite a los proveedores 'cloud' –especialmente a los hiperescalares–, mediante criterios como una mayor transparencia de precios, la interoperabilidad forzada o el acceso abierto a la innovación. El cuarto escenario establece la "europeización" de los proveedores 'cloud'. El quinto, una separación de las actividades en la nube, bien a nivel funcional (separación

solución específica, junto con la adopción de una estrategia europea que generase seguridad jurídica para todas las partes y que, además, garantizase una correcta calidad de la prestación y la seguridad de la información⁴. En especial, resulta conveniente para proteger a las entidades públicas y a las adjudicatarias **contra todo tipo de regulación extracomunitaria, aun cuando dicha normativa incluya también obvias garantías de protección de datos, y preservar la soberanía ciudadana sobre los datos**. En cualquier caso, aunque normas como la Cloud Act de los Estados Unidos permita a las autoridades obtener datos almacenados por empresas estadounidenses independientemente de su ubicación, dicho proceso está rodeado de garantías, no resulta en absoluto habitual y, por lo demás, precisamente para proteger los intereses de los afectados suele ser transparente y propicia la reciprocidad y, por ello, la equivalencia de requisitos y condiciones con los requerimientos que puedan formular otras autoridades⁵.

Esto pasa, anticipamos, por la **creación de un certificado “Nube de confianza” que debe ser la piedra angular de una estrategia para contar con datos seguros y protegidos de miradas “extraterritoriales”**. Este certificado de datos de confianza se otorgaría a los prestatarios de servicios de datos que **cumplan con una larga lista de criterios validados por una autoridad nacional (o europea)**. Estos receptores del sello de nube de confianza **“deben garantizar la protección máxima de los datos a las empresas y a las administraciones que lo elijan”**, además de un nivel de seguridad **“entre los más elevados del mundo”** para luchar contra los ciberataques, cada vez más numerosos⁶.

Por último, **este mercado de servicio de tecnologías en la nube, puede, según el tipo de objeto de la prestación que se demande, resultar estratégico en la lógica de lo que se denominan infraestructuras críticas** (Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas), **lo que aconseja atender a los aspectos de ciberseguridad como elemento principal**. Al respecto deberán tenerse muy en cuenta las **consideraciones contenidas en la Comunicación Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de**

entre las actividades en la nube y otros negocios, con una clara división en términos de personal, oficinas, IP) o a nivel estructural.

⁴ Francia ha aprobado una Estrategia propia de servicios cloud que propugna que los datos, al menos los de los servicios públicos, deben estar siempre a salvo de cualquier injerencia extraterritorial, gracias a la utilización de un certificado que se llamará “Cloud de confiance”. El objetivo de esta Estrategia es claro: “Siempre proteger mejor los datos de las empresas, de las Administraciones y de los ciudadanos franceses y afirmar, al mismo tiempo, nuestra soberanía”. Esta Estrategia nacional para la nube se basa en tres pilares: la creación de la etiqueta “Cloud de confiance”, que permitirá gozar de los mejores servicios mundiales basados en la nube y proteger, al mismo tiempo, los datos de los franceses; situar “le Cloud au centre” a base de modernizar la acción pública gracias a las tecnologías de la nube; y, tercero, la “politique industrielle”, poniendo France Relance al servicio de la soberanía francesa para acompañar la construcción de los nuevos servicios en la nube, como se afirma en el comunicado de presentación de la Estrategia.

⁵ Se cumplirían estas precauciones de seguridad en los supuestos de que la empresa ofrezca a sus usuarios la posibilidad de encriptar la información/datos, lo que obligaría al Gobierno Americano a contactar con el propietario de la info/datos para desencriptarlo (que se podría negar). Esta simple opción podría limitar el riesgo a la insignificancia.

⁶ En esta línea de homologación y acreditación de confianza se sitúa el Anteproyecto de Ley de medidas para la implantación y desarrollo en Aragón de tecnologías en la nube (Tecnologías Cloud), cuyo estado de tramitación y contenido puede consultarse en el Portal de Transparencia de la Comunidad Autónoma.

terceros países en el mercado de contratación pública de la UE (2019/C 271/02), de 13 de agosto de 2019, de la Comisión Europea.

El éxito de la contratación pública de servicios tecnológicos en la nube requiere que los compradores públicos actúen como clientes con visión estratégica y planifiquen lo que van a necesitar comprar y cómo comprarlo. En ese sentido, uno de los primeros pasos a realizar es identificar qué necesidades y qué ventajas aporta una nueva solución de servicios en la nube frente a soluciones tradicionales (y obsoletas). Para ello deberán tenerse en cuenta las propias competencias políticas de actuación, las estrategias de especialización inteligente y los objetivos marcados por las autoridades de gestión.

Pero todo ello pasa, con carácter previo, por delimitar qué son los servicios en la nube.

1. Depuración de los denominados servicios de nube

Para ello, en primer lugar, conviene depurar conceptualmente qué son las tecnologías en la nube (cloud computing) o, desde otra perspectiva, a qué hacemos referencia cuando hablamos de los “servicios en la nube”. Según la definición comúnmente aceptada del National Institute of Standards and Technology (NIST), el *cloud computing* puede definirse como “a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction. This cloud model is composed of five essential characteristics, three service models, and four deployment models”⁷.

Por otra parte, con “servicios en la nube” se hace referencia a todas las tecnologías de la nube y a los servicios relacionados a los que el usuario final necesita acceder. Incluye los servicios de consultoría, profesionales o administrados necesarios para apoyar y ejecutar la migración a la nube y mantener las cargas de trabajo en la nube, además de la propia infraestructura de nube, así como servicios de marketplace en la nube, como los productos de software como servicio (SaaS).

La tecnología basada en la nube no se limita a sustituir los métodos informáticos tradicionales por unos equiparables, pero más modernos, sino que introduce una manera completamente novedosa de consumir la tecnología. Las licitaciones de servicios en la nube bien diseñadas pueden ayudar a las entidades del sector público a actuar ágilmente para beneficiarse de la nube⁸. Pero, para ello, como en tantos otros ámbitos, resulta

⁷ NIST Special Publication 800-145, septiembre 2011, concepto aceptado también por la Cloud Security Alliance (CSA).

⁸ GLOSARIO: IaaS: Infraestructura como servicio. Cuando el proveedor de *cloud* proporciona a sus clientes recursos de procesamiento y almacenamiento a través de la red, sin ningún otro valor añadido.

SaaS: Software como servicio. Cuando el proveedor de *cloud* proporciona al cliente aplicaciones que implementan los procesos de su empresa.

PaaS: Plataforma como servicio. Cuando el proveedor de *cloud* proporciona al cliente las herramientas necesarias para desarrollar sus aplicaciones sobre la *nube*.

Portabilidad: que los datos de un contratista que están en los servidores del proveedor de *cloud* puedan trasladarse a otro proveedor (o a sistemas locales) a elección del contratista y sin pérdida de

indispensable que dichas entidades del sector público analicen sus propias necesidades, la situación de partida y los objetivos que con la compra de tecnología *en la nube* quieren alcanzar. Desde esta perspectiva, el recurso a tecnologías como la que nos ocupa constituye a un tiempo un canal y un catalizador del proceso de transformación digital de las organizaciones a las que afecta, entre las cuales las organizaciones públicas no son una excepción. Además, la escalabilidad y potencia de la nube constituyen un soporte óptimo para otras tecnologías disruptivas que pueden acelerar aún más el proceso de transformación digital.

Como indica la Agencia de Protección de Datos en su Guía de 2018 (Guía para clientes que contraten servicios de *cloud computing*), una solución tecnológica en la nube permite al usuario optimizar la asignación y el coste de los recursos asociados a sus necesidades de tratamiento de la información. El usuario no tiene necesidad de realizar inversiones en infraestructura, sino que utiliza la que pone a su disposición el prestador del servicio, garantizando que no se generan situaciones de falta o exceso de recursos, así como evitando el sobre coste asociado a dichas situaciones. En un entorno de nube, la gestión de la información está de forma virtual en manos del cliente que contrata los servicios de la *nube*, que la trata a través de Internet accediendo a soluciones de bases de datos, correo electrónico o cualquier otro tipo de aplicaciones, de acuerdo con sus necesidades. En función del modelo utilizado, los datos pueden no estar realmente en manos del contratista, toda vez que la propiedad, el mantenimiento y gestión del soporte físico de la información, los procesos y las comunicaciones pueden encontrarse en manos de terceros. El proveedor del servicio puede encontrarse en prácticamente cualquier lugar del mundo y su objetivo último será proporcionar los servicios citados optimizando sus propios recursos a través de, por ejemplo, prácticas de deslocalización, compartición de recursos y movilidad o realizando subcontrataciones adicionales. No obstante, es también posible que, aun preservando lo esencial de la operativa de las tecnologías en la nube, el servicio se ubique en regiones o zonas de servicio conformadas por centros de datos que, aun cuando operan en el marco de una red más amplia –y aún global–, actúan como nodo específico para concretos servicios o clientes.

Con esta modalidad de solución tecnológica, se permite el uso de recursos de hardware, software, almacenamiento, servicios y comunicaciones que se encuentran distribuidos geográficamente y a los que se accede a través de redes públicas, de forma dinámica, cuando se necesita, mientras se necesita y abonando una tarifa –cuando no sea gratuita– sobre lo que se consume; es decir, proporcionando a los clientes un servicio de tecnologías de información bajo demanda. En todo caso, hay que advertir que esta actividad también entraña riesgos jurídicos importantes (como lo son la falta de transparencia sobre las condiciones en las que se presta el servicio y falta de control del responsable sobre el uso y gestión de los datos personales por parte de los agentes implicados en el servicio), que aconsejan unas exigencias de solvencia empresarial muy elevadas.

En cualquier caso, el despliegue de las redes que soportan tecnologías en la nube requiere cuantiosas inversiones en infraestructura, tendiendo redes de comunicaciones de alta capacidad, realizando inversiones para garantizar el suministro y la eficiencia energética de los centros de datos e impulsando políticas de innovación y actualización permanente de la tecnología y el hardware que garantice la competitividad de las

datos ni de servicio. No se debe confundir con el derecho a la portabilidad de los datos que pueden ejercer los interesados con arreglo al art. 20 del RGPD.

Localización: el punto geográfico concreto en el que se encuentran los datos o se realiza el proceso en un servicio de *cloud computing*.

soluciones ofertadas. Por tanto, tras el servicio prestado suele haber un componente muy relevante de infraestructura que, obviamente, está llamado a tener importancia desde la perspectiva de la solvencia técnica de los diferentes operadores. Además, el diseño de la infraestructura no resulta neutro ambientalmente, pues precisamente una de las ventajas de la nube, especialmente de la nube pública, es que la concentración de la infraestructura permite optimizar el consumo energético y vincularlo a fuentes renovables de generación.

En este contexto, para determinar las mejores formas de adquirir tecnología en la nube hay que precisar que existen distintas modalidades de soluciones en la nube. Siguiendo a la Agencia de Protección de Datos, no todos los servicios y proveedores de nube son iguales, ni lo son las posibles relaciones que se establecen entre clientes y proveedores.

De este modo, en función de sus características, la apertura a usuarios concurrentes, indeterminados o concretos, las medidas de seguridad implementadas u otros factores, muy diversos, las *nubes* se pueden clasificar de muchas formas atendiendo a varios criterios:

a) Nube pública

Hablamos de un servicio de Nube Pública cuando el proveedor de servicios de nube proporciona sus recursos de forma abierta a entidades heterogéneas, sin más relación entre sí que haber cerrado un contrato con el mismo proveedor de servicio. Existen diversas y numerosas soluciones en Nube Pública y prestan sus servicios desde a particulares hasta a grandes corporaciones, ya que cualquiera puede contratar con ellos.

Una modalidad de la nube pública es la Nube Privada Virtual, basada en una nube pública, pero con garantías adicionales de seguridad que permiten aislar a sus usuarios de los del resto de la nube pública y a estos entre sí mediante la implementación, por ejemplo, de canales de red privada virtual (VPN).

b) Nube privada

En el otro extremo podemos hablar de Nube Privada, que encontramos cuando una entidad realiza la gestión y administración de sus servicios en la *nube* para las partes que la forman, sin que en la misma puedan participar entidades externas y manteniendo el control sobre ella. Una Nube Privada no necesariamente se implementa por la misma entidad que la utiliza, sino que puede contratarse a un tercero, que actuará bajo su supervisión y en función de sus necesidades. Las entidades que optan por las Nubes Privadas son aquellas que son complejas y necesitan centralizar los recursos informáticos y, a la vez, ofrecer flexibilidad en la disponibilidad de estos, por ejemplo, administraciones públicas y grandes corporaciones, aunque hay ejemplos de Nubes Privadas implementadas en entidades de enseñanza. En cualquier caso, resulta muy relevante la habitual vinculación entre la infraestructura, el servicio y el control efectivo de todo ello, que suelen confluir en la entidad titular de la Nube Privada, de forma directa o mediata.

c) Nubes comunitarias

Las Nubes Comunitarias son compartidas en una comunidad cerrada por varios usuarios, por razones diversas que pueden estar basadas en intereses comunes de seguridad, cumplimiento normativo u otras.

d) Nubes híbridas

Las Nubes Híbridas pueden combinar características de nube pública, privada o comunitaria, prestando servicios propios de unas u otras de forma simultánea.

Asimismo, la nube comprende y puede proporcionar prestaciones muy diversas, lo que acentúa la necesidad de que el comprador examine sus necesidades antes de lanzar el proceso de compra. Existen varias modalidades estandarizadas de servicios basados en nube graduadas en función de la intensidad de la migración del comprador al entorno de nube desde una operativa no basada en la nube. Se esquematizan conforme a la siguiente gráfica, en la que el color verde implica que la gestión del servicio corresponde al proveedor:

On site	IaaS	Paas	SaaS
Aplicaciones	Aplicaciones	Aplicaciones	Aplicaciones
Datos	Datos	Datos	Datos
Runtime	Runtime	Runtime	Runtime
Middleware	Middleware	Middleware	Middleware
O/S	O/S	O/S	O/S
Virtualización	Virtualización	Virtualización	Virtualización
Servidores	Servidores	Servidores	Servidores
Almacenamiento	Almacenamiento	Almacenamiento	Almacenamiento
Networking	Networking	Networking	Networking

De este modo, en función de las prestaciones que el proveedor proporciona al cliente –cuestión en extremo relevante para la calificación del contrato- las tres modalidades de servicio basado sobre tecnologías en la nube serían las siguientes:

a) Software como servicio (SaaS)

Podemos hablar de una Nube de Software (modelo de servicio *Software as a Service* o SaaS), cuando el usuario encuentra en la *nube* las herramientas finales con las que puede implementar directamente los procesos de su empresa: una aplicación de contabilidad, de correo electrónico, un *workflow* o procedimiento multitarea de tratamiento de datos, un programa para la gestión documental de su empresa, etc. En este caso, todo ocurre en la Nube y es el proveedor el que proporciona infraestructura y servicios al cliente, que tiene escaso control sobre el entorno más allá de su rol de usuario.

b) Plataforma como servicio (PaaS)

En la modalidad PaaS (Plataforma como Servicio) se proporcionan utilidades para construir aplicaciones, como bases de datos o entornos de programación sobre las que el usuario puede desarrollar sus propias soluciones. En esta modalidad de servicio el cliente controla aplicaciones y datos, sobre la base de infraestructura, capacidad de proceso de datos y sistema operativo proporcionados y gestionados íntegramente por el proveedor.

c) Infraestructura como servicio (IaaS)

Si el valor añadido es nulo, se puede hablar de una Nube de infraestructura (IaaS). En ese caso el proveedor proporciona capacidades de almacenamiento y proceso en bruto, de potencia configurable y escalable, sobre las que el usuario ha de construir las aplicaciones que necesita su empresa prácticamente desde cero. Tal vez se pueda decir que éste es el modelo más primitivo de *nube*, iniciado con los sitios de Internet que

proporcionaban capacidad de almacenamiento masivo a través de la red y los servidores de alojamiento web.

2. Normativa de referencia para la compra de tecnología en la nube

Cuando un poder adjudicador desea adquirir tecnología en la nube debe tener en cuenta como marco normativo mínimo los siguientes textos legales:

1. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en especial la Disposición adicional vigesimoquinta.
2. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
3. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que recoge con adaptaciones las normas antes contenidas en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, y algunas de las previstas en el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, que desarrollaba parcialmente esa ley.
4. El Esquema Nacional de Seguridad (ENS) y el Esquema Nacional de Interoperabilidad (ENI) (Reales Decretos 3/2010 y 4/2010, de 8 de enero).
5. El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en cuanto a la cesión o transmisión de derechos LPI.

3. La relevancia de la concreción de las necesidades de tecnología en la nube y las políticas de nube

Todo procedimiento de contratación requiere un análisis previo de la necesidad en sí de contratar y de las concretas necesidades que han de cubrirse con el proceso de compra pública. Circunstancias como los diversos modelos de nube en función de la titularidad y control de los servidores, la diversidad de los niveles de servicio que pueden proporcionar los proveedores de nube pública, o las implicaciones del alojamiento de datos en servidores ajenos en función de los niveles de protección aplicables a los mismos, entre otros factores, imponen que cualquier entidad del sector público que afronte el proceso de migración a la nube analice antes sus necesidades, la naturaleza de los datos que gestiona, si precisa acudir a tecnología de nube o bastan otro tipo de tecnologías o productos y, en el caso de que se opte por tecnología de nube, qué tipo de nube resulta la más adecuada.

Este análisis de necesidades, que ha de integrarse plenamente con los de las implicaciones desde la perspectiva de la confidencialidad o de la protección de datos, es complejo sin duda⁹. Probablemente, dicho sea sin desmerecer la capacitación del personal

⁹ Resulta de gran interés, a este respecto, el documento del Supervisor Europeo de Protección de Datos, *Guidelines on the use of cloud computing services by the European institutions and bodies*, de 16 de marzo de 2018. La autoridad europea propone unas Directrices centradas en la evaluación de la idoneidad de la opción de computación en nube; cómo deben tenerse en cuenta los requisitos de protección de datos en la identificación y elección de la opción de computación en la nube en el proceso de contratación; y la propuesta de las salvaguardias organizativas y

de los centros directivos que gestionan los servicios telemáticos y tecnológicos en el sector público, los poderes adjudicadores con competencias sustantivas, que son los usuarios finales de las tecnologías de nube, carecen de la formación tecnológica suficiente para entender los beneficios y los riesgos que ofrece esta tecnología en general y, por supuesto, las diferentes modalidades de servicio o de nube ya expuestas¹⁰.

Pero si el análisis y justificación de necesidades resulta imprescindible con carácter general, lo es más si cabe en un ámbito como el que nos ocupa, tremendamente dinámico y que afecta a aspectos esenciales del funcionamiento del sector público. En palabras de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, las entidades del sector público, como primer paso para afrontar la labor de planificar su actividad contractual, deberán identificar en cada unidad operativa qué necesidades deben cubrirse, por qué se necesitan, en qué cuantía se necesitan, para cuándo se necesitan, qué coste aproximado suponen y qué potenciales alternativas existen, así como su viabilidad y coste, una labor no menor, como fácilmente puede entenderse¹¹.

Esta tarea, necesariamente reflexiva, se enmarca en plenitud en la preceptiva planificación de la actividad contractual, legalmente establecida y ya anteriormente propugnada por organismos consultivos y de control presupuestario interno y externo, para prevenir y evitar incidencias en la licitación y ejecución de contratos públicos¹².

técnicas pertinentes, con énfasis en los términos contractuales. Además, en un interesante anexo identifica y evalúa los riesgos generales que son específicos de la nube.

¹⁰ Sobre la importancia de la fase precontractual, que incorpora entre otras cuestiones el análisis de riesgo, se centra G. S. RODRÍGUEZ, "Computación en la nube: algunas consideraciones técnico-jurídicas", *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 17, n.º. 23 (2019), pp. 160-166, analizando los resultados de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), 56º periodo de sesiones, *Aspectos contractuales de la computación en la nube*, Documento A/CN.9/WG.IV/WP.148, Nueva York, 16 a 20 de abril de 2018.

¹¹ Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, 16 de diciembre de 2020, pp. 14-15.

¹² Así, por ejemplo, en línea con muchos otros informes del Tribunal de Cuentas y los órganos autonómicos equivalentes, en el Informe 1320/2017, de 21 de diciembre de 2107, del Tribunal de Cuentas, de fiscalización de la contratación de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas sin órgano de control externo propio, ejercicios 2016 y 2017, se recomienda "mejorar las fases de planificación previas a la contratación a fin de evitar: urgencias innecesarias en la tramitación de los procedimientos o periodos sin cobertura de prestaciones, deficiencias en la descripción técnica de las necesidades a cubrir o de las prestaciones a realizar, o presupuestaciones incorrectas; persiguiendo con ello seleccionar al contratista más idóneo para satisfacer las necesidades públicas" (recomendación II). En el mundo ideal del control externo ex post constituye sin duda una recomendación y práctica muy estimable que, sin embargo, en el mundo real de las crisis económicas, las prórrogas presupuestarias, los contratistas no siempre leales con el interés público y el clausulado del contrato, los procedimientos excesivamente burocratizados y el recurso especial suspensivo no siempre será fácil ejecutar con eficacia. Probablemente, sin una simplificación efectiva de la normativa de contratación que, además, la conecte y coordine de forma más adecuada con el ciclo presupuestario y considere las incidencias que habitualmente surgen en los procedimientos de adjudicación será difícil una programación efectiva y realista de la actividad contractual. Recientemente, específicamente en relación con los fondos *Next Generation*, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia postula un correcto proceso de identificación de

Conforme a la vigente normativa española, las entidades del sector público deben acreditar la necesidad de contratar y programar su actividad contractual, independientemente de si la desarrollan en un ejercicio presupuestario o en periodos plurianuales. Deberán dar a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada (art. 28.4 LCSP).

Pese a las dificultades¹³, una planificación adecuada, basada en una reflexión previa que identifique las concretas necesidades del órgano de contratación, puede resultar extremadamente útil para evitar incidencias en la gestión de los procesos de licitación, interferencias con la gestión contractual y aprovisionamientos innecesarios o inadecuados para el contratante. No obstante, aun contando con ella seguirían siendo indispensables mecanismos que permitan solventar tales incidencias, que frecuentemente resultan inevitables por mucho esfuerzo de programación que se realice, garantizando con normalidad la continuidad de los servicios públicos. En este contexto hay que destacar la posibilidad, cuando al vencimiento de un contrato de suministro o de servicios de prestación sucesiva no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, de prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto a la fecha de finalización del contrato originario (art. 29.4, quinto párrafo, LCSP).

Obviamente, la planificación debiera vincularse a la necesidad del contrato. Programar la actividad contractual de forma coherente con las decisiones adoptadas en las correspondientes políticas públicas, motivándolas, contribuiría decisivamente a impedir que se adoptasen decisiones de contratar lo que no se necesita y, en sentido contrario, simplificaría la justificación de los concretos expedientes de contratación, que no serían sino la ejecución de decisiones previamente adoptadas y justificadas. En este sentido, la normativa básica establece que las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, de modo que la naturaleza y extensión de las necesidades que pretendan cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un

necesidades por el órgano de contratación y, en conexión con el mismo, la realización de una planificación estratégica de las necesidades de aprovisionamiento en su actualización de la guía sobre competencia, *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, 16 de diciembre de 2020, pp. 13-19, y más recientemente, de nuevo en *G-2021-01 Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva*, de 7 de julio de 2021, p. 31.

¹³ Dejando al margen la clara interferencia que en el conjunto de la acción del sector público generan los ciclos políticos, han de tenerse presentes la inserción de la actividad contractual en diferentes políticas sustantivas, que son el fin del que la contratación, al margen de su uso estratégico, es el medio; la larga y frecuentemente incierta duración de los procedimientos de contratación; las distorsiones generadas por los ciclos presupuestarios y por la aplicación de la normativa estatal de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y la directa incidencia que los planes sectoriales de acción pueden tener sobre la actividad contractual instrumental.

procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación (art. 28.1 LCSP). Queda claro en todo caso que una cosa es la necesidad del contrato en sí mismo considerado y otra –de índole más técnica y, en parte, presupuesto de la anterior– las necesidades que pretenden satisfacerse con el contrato. Sobre ambas resulta indispensable reflexionar y pronunciarse siempre, pero muy en especial en ámbitos tan rápidamente cambiantes y complejos como los tecnológicos.

La concreción de las necesidades que pretenden cubrirse con el contrato proyectado y de su objeto y contenido para satisfacerlas, puede requerir, en ocasiones y en función de tales necesidades, consultas al mercado para concretar las formas que éste ofrece para cubrirlas o, en su caso, promover procesos innovadores para diseñar respuestas que el mercado no ofrece. Como expondremos más adelante en este mismo epígrafe, las normativas europea y española ofrecen procedimientos adecuados para ello, de modo que, identificada la necesidad, el órgano de contratación deberá justificar el objeto del contrato y su idoneidad o, en otro caso, utilizar los mecanismos legales para lograr una respuesta adecuada del mercado al interés público. Es sobre esa base, una vez identificadas las necesidades y las potenciales respuestas del mercado, sobre la que el poder adjudicador tomará la decisión de contratar y qué contratar.

Por otra parte, aun cuando la legislación básica exige que se deje constancia en la documentación preparatoria del contrato tanto de la necesidad del contrato como de la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerla, nada impide que tal constancia –justificación a la postre del contrato mismo–, se acredite por referencia a planes o programas sectoriales, como pudieran ser los de despliegue de la administración electrónica o de transformación digital del sector público, en los cuales se identifiquen con precisión las necesidades que justifican las diferentes actuaciones proyectadas, su programación temporal y los diferentes contratos que han de celebrarse para ejecutarlas. De este modo podrían ponerse en conexión planes o programas de infraestructuras en ámbitos como los de obras públicas, educación o sanidad entre muchos otros, con la programación exigida por la normativa de contratación pública e, idealmente, con la programación presupuestaria¹⁴.

En cualquier caso, la normativa básica estatal deja al margen de las exigencias de programación las propuestas que pudiera plantear la iniciativa privada, que puede proponer la celebración de contratos, especialmente de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos los de sociedad de economía mixta, en el marco de los principios y procedimientos establecidos con carácter general y, específicamente, de los de necesidad, idoneidad y eficiencia (art. 28.3 LCSP). Obviamente tales propuestas, que no comportan derecho al trámite, deben someterse a las exigencias generales legalmente

¹⁴ Esta era la propuesta del Proyecto de Ley de organización y uso estratégico de la contratación pública, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón número 266, de 3 de agosto de 2018, al prever que “la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas podrán justificarse específicamente en cada expediente de contratación, por ámbitos funcionales mediante la aprobación por el órgano competente de programas anuales o plurianuales de infraestructuras o en el programa general anual o plurianual de contratación. En los dos últimos supuestos, en el expediente de contratación se dejara constancia expresa del programa del que se derive la justificación del contrato” (art. 18).

establecidas de programación, justificación de la necesidad y juicio de idoneidad del objeto y contenido del contrato para satisfacerla.

En clara conexión con lo que acabamos de exponer, para ayudar a los poderes adjudicadores a la hora de orientar sus decisiones de compra de tecnología de nube resultan útiles las cada vez más frecuentes "políticas de nube" impulsadas por diferentes Estados o regiones. Más allá de la justificación de la necesidad y la concreción del objeto de la compra pública de tecnología en la nube, puede resultar útil enmarcar dicha cuestión, previa al propio procedimiento de compra pública y no siempre fácil de resolver, en las políticas de nube esbozadas o promovidas por diversas autoridades, con ambición diversa, máxime si para la elaboración de tales políticas, como ha ocurrido recientemente en Portugal, se parte de un proceso de consulta y colaboración con los operadores de mercado¹⁵. De este modo, las "políticas de nube" actúan como un contexto informado para la adopción de decisiones de compra de tecnología de nube por los poderes adjudicadores incluidos en su ámbito.

El ámbito óptimo de una política de nube es todo el sector público bajo control de la autoridad que la adopte, previendo, además, que otros niveles de gobierno, dotados de autonomía, puedan adherirse a la misma si lo consideran conveniente. Lógicamente, toda política de nube deberá garantizar la seguridad y control de la información y los datos, que actúan, según hemos expuesto, como posible condicionante de la utilización de concretas modalidades de tecnología de nube. En este marco, elemento fundamental de estas políticas de nube es la priorización de concretas modalidades de nube, habitualmente la nube pública, ponderando los beneficios que de esta derivan con otras variables, como la existencia de datos sensibles, que pueden resolverse mediante nube híbrida. En cualquier caso, lo decisivo es que para la cobertura de las necesidades tecnológicas se prevea acudir prioritariamente a tecnología de nube frente a otras soluciones tecnológicas tradicionales, optando por la más adecuada para la prestación de los servicios y, siempre que sea posible, a nube pública o, en su defecto, híbrida.

Desde 2011, el Gobierno Británico impulsó la *Government Cloud Strategy*, como una subestrategia de la *Government ICT Strategy*¹⁶, un ejemplo de apuesta por la nube pública. La experiencia británica resulta muy relevante, por su acertada concepción inicial y su evolución posterior hasta la actualidad. Tras identificar los muy diversos beneficios que puede proporcionar la utilización intensiva de la nube tanto para el sector público (prevención de duplicidades, flexibilidad, disponibilidad de soluciones, bajos costes y diversidad de aplicaciones) como para los proveedores de tecnología (un mercado de aplicaciones abierto, simplificación de procedimientos de contratación y fomento de la innovación), la estrategia británica supuso, y supone, una clara apuesta por la nube en general, *nube primero*, y por la nube pública en particular, *nube pública primero*. El reconocimiento, común en todas las políticas de nube, de la existencia de ciertas restricciones por razones de privacidad y protección de datos, lo resuelve apostando, estrictamente en tales supuestos, por modelos de nube híbrida, de modo que la nube

¹⁵ La *Estrategia Cloud para la Administración Pública en Portugal* se adoptó en noviembre de 2020. Puede consultarse en <https://tic.gov.pt/pt/web/tic/-/estrategia-cloud-da-administracao-publica> (a 26 de octubre de 2021).

¹⁶ La situación actual, con concretas directrices al sector público británico, puede consultarse en <https://www.gov.uk/government/publications/cloud-guide-for-the-public-sector/cloud-guide-for-the-public-sector> (a 20 de enero de 2022). El documento de partida, *Government Cloud Strategy*, de marzo de 2011, puede obtenerse en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/266214/government-cloud-strategy_0.pdf (a 20 de enero de 2022).

privada necesaria se adquiriera con esa nube híbrida, en combinación con la pública, o integrando servicios de nube privada ya existentes en el sector público con la nube pública.

También desde la perspectiva de la contratación la estrategia del Gobierno Británico resulta de gran interés y, en gran medida, se corresponde con algunas de las propuestas que se realizan en este informe. La estrategia reconoce la inadecuación de los largos y rígidos procedimientos de contratación pública para lograr los objetivos propuestos y, en este sentido, vincula a la implantación de la nube en el sector público la reducción de burocracia, costes y sobrecostes de gestión. En este contexto, plantea recurrir a instrumentos como los sistemas dinámicos de adquisición, las centrales de compras y una mayor flexibilidad de los contratos, redefiniendo el modelo de transición, planificándolo, desde las anteriores propuestas y recursos tecnológicos a los vinculados a la nube. Además, plantea el establecimiento de un cierto nivel de homologación o estandarización de servicios y, vinculado al mismo, la concreción de sistemas de medición y evaluación homogéneos. Para todo ello, finalmente, se dota de un sistema de gobernanza liderado por el *CIO Delivery Board*, con claras funciones directivas.

También vinculadas a los procesos de compra pública están las Circulares del Primer Ministro francés de 8 de noviembre de 2018 y 5 de julio de 2021, sobre criterios de uso de la informática en nube por el Estado (“*cloud au centre*” o nube primero)¹⁷. El examen de ambas circulares explica la evolución creciente hacia tecnologías de nube en el sector público francés. En la primera circular, de 2018, se apuntan ya los cuatro riesgos que hay que gestionar en el proceso de migración a nube pública, con prestadores externos al sector público: el control de los datos, la reversibilidad del servicio, la seguridad y la soberanía sobre el sistema, comunes a otras políticas de nube. Las soluciones que se adopten deben equilibrar adecuadamente las necesidades de transformación digital, los beneficios esperados por la optimización de las infraestructuras de alojamiento y la reducción de plazos de desarrollo de aplicaciones, la soberanía sobre el sistema concebida como la garantía de una cierta autonomía de decisión sobre los datos y las acciones para protegerlos. Debe destacarse el mensaje enviado a todo el sector público, más allá del estatal, impulsando la adopción de soluciones de nube y el impulso a las empresas innovadoras.

Todo lo anterior condujo a que en la circular de 2018 el Primer Ministro francés constataste la necesidad de asumir la diversidad de las soluciones en la nube, con un modelo final híbrido, combinando pues nube pública y privada, y un modelo de gobernanza claro, que ayude a los gestores y catalogue las soluciones disponibles. La circular estructuró esa diversidad entre tres niveles o círculos de servicios de nube: uno, el primero, interno, de carácter interministerial, construido sobre OpenStack y destinado a datos, tratamientos y aplicaciones sensibles en entornos de alta seguridad y soberanía; un segundo nivel, susceptible de ser gestionado por empresas prestadoras de servicios de nube, destinados a datos, tratamientos y aplicación de sensibilidad moderada pero precisada de perdurabilidad; y, finalmente, un tercer círculo de nube externa, basado en las ofertas genéricas de mercado de tecnologías de nube fundamentalmente de tipo SaaS, un nivel en el cual en la Circular se hace especial hincapié en la fijación de criterios de funcionalidad, seguridad y reversibilidad.

¹⁷ Puede consultarse en <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/45205> (a 26 de octubre de 2021). Anteriormente, la misma autoridad emitió la Circular de 8 de noviembre de 2018, que puede consultarse en <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/44120> (a 26 de octubre de 2021), sobre criterios de uso de la informática de nube por el Estado.

La Circular de 2021 avanzó por la senda expuesta asumiendo que la tecnología de nube constituye una palanca esencial para de transformación digital del sector público, lo cual le lleva a enunciar la política de “*cloud au centre*” que puede traducirse como “nube primero”, centrado en tres retos o desafíos: el de la transformación digital de excelencia del Estado, el de la soberanía y seguridad de datos e infraestructuras y el industrial. En la nueva circular se distinguen dos finalidades específicas de la nube: la orientada a los equipos informáticos, con servicios IaaS y PaaS, y la orientada a los usuarios, con servicios SaaS. Sobre la base del análisis de situación de la implantación de la nube en la Administración estatal francesa en 2021, la circular impulsa una puesta al día de la política de nube del Estado que busca, por un lado, desarrollar la demanda de nube en equipos informáticos y usuarios, beneficiándose de las ofertas ya disponibles; y, por otro lado, orientar los trabajos y equipos de desarrollo de servicios digitales hacia una adaptación de sus procesos y competencias al potencial de la nube y a los temas clave propios de esta tecnología, superando dinámicas obsoletas de desarrollo de software propias del siglo XX. Sobre tales bases emerge una potente y transformadora política de nube francesa, que exige que cualquier proyecto digital, sea cual sea su relevancia o volumen, se plantee sobre una solución en la nube, para usuarios o para equipos. En esta política constituyen elementos esenciales, que la dotan de gran potencial, el impulso a programas de formación, la garantía de reversibilidad y portabilidad de las soluciones adoptadas, la resiliencia de los sistemas, el recurso a soluciones ya existentes, internas o comerciales, evitando desarrollos innecesarios tanto en en la nube para equipos (IaaS, PaaS) como en el de usuarios (SaaS), y la garantía de protección de datos.

Toda política de nube, como ocurre con las que se acaban de examinar, debe incorporar objetivos diversos. Entre ellos resulta esencial el establecimiento de un modelo de gobernanza que responda a las necesidades del sector público y coordine su aplicación, construyendo un ecosistema de aplicaciones y servicios reutilizables y homogeneizando en lo posible diseños y soluciones para definir un régimen de gestión de los datos. Igualmente esencial, por las razones que han quedado expuestas al referirnos a la concreción de la necesidad de contratar y de las necesidades a cubrir, es definir un marco de adopción de tecnologías en la nube que permita ordenar el proceso de toma de decisión en función de las necesidades o de migración de sistemas o infraestructuras a entornos en nube, así como la programación de planes de formación de recursos humanos orientados tanto a la identificación de necesidades como a las decisiones de implantación o los procesos de contratación de tecnologías en la nube. El marco de adopción de tecnologías en la nube, en todo caso, debe concebirse de modo que permita coordinar y adecuar los procedimientos de contratación de dichas tecnologías en función del objeto de los correspondientes contratos, garantizando que se afrontan los retos queridos por la entidad contratante y que se previenen los riesgos detectados, fomentando la resiliencia en los servicios públicos digitales, potenciando la ciberseguridad, garantizando la protección de los datos de carácter personal y previendo estrategias de salida operacional que eviten la captura de servicios por un único proveedor.

La elaboración de la política de nube corresponde, evidentemente, al sector público. Pero debe hacerse de forma participativa, debe afrontarse interactuando con el mercado al que pretende acudir para satisfacer sus necesidades tecnológicas. Por ello, toda política de nube debiera partir de un estudio inicial de la oferta y la demanda de servicios en la nube, de la interacción con los proveedores de tecnologías de nube al menos, y con aquellas otras entidades prestadoras de servicios tecnológicos o expertos que se consideren relevantes a estos efectos e, incluso, realizando un trámite de información pública para que cualquier persona o entidad con algo que decir pueda aportar sus criterios al respecto.

Por otra parte, la adopción e implantación de una política de nube no puede ser ajena, dada la intensidad con que necesariamente habrá de recurrirse para ello a la contratación pública, a los objetivos estratégicos de ésta y en particular a los de fomento y apoyo del tejido empresarial de pequeña y mediana empresa de base tecnológica e innovadora y a los objetivos ambientales. Desde la primera perspectiva, la normativa de contratación del sector público ofrece instrumentos diversos, a los que nos referiremos más adelante, pero colateralmente han de cuidarse cuestiones como el tratamiento de la propiedad intelectual e industrial en un ámbito como el tecnológico, tan dinámico e innovador, tema esencial para la generación de un ecosistema empresarial en la nube. Sobre esta cuestión, en particular, volveremos más adelante. En lo que respecta a la sostenibilidad, resulta obvio que la nube pública es más eficiente ambientalmente, máxime si en la política de nube se incorporan objetivos en esta materia, ya sea de consumo de energía renovable o de reducción de la huella de carbono; objetivos que, de conformidad con lo establecido en la normativa de contratación pública, pueden incluso valorarse en la licitación y exigirse en sede de ejecución, dada su más que evidente relación directa con el objeto del contrato.

Por lo demás, con o sin “política de nube”, en un ámbito como el que nos ocupa no deberían temerse, ni descartarse, las consultas previas al mercado para concretar las necesidades y modalidad de compra pública de tecnología de nube. Las potenciales consultas al mercado o la presentación por el mercado al órgano de contratación de sus soluciones para satisfacer las necesidades públicas es un instrumento recomendado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia para mejorar el diseño eficiente de los pliegos, siempre con las cautelas precisas que minimicen los riesgos para la concurrencia y la igualdad de trato entre licitadores¹⁸. La normativa básica española intensifica las exigencias de publicidad y transparencia de las consultas al mercado, imponiendo, en primer lugar, garantías para no limitar la concurrencia y garantizando, en segundo lugar, la prevención de conflictos de intereses. Desde la perspectiva de la publicidad y transparencia, tras admitir que los órganos de contratación realicen estudios de mercado y dirijan consultas a los operadores económicos activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento, la legislación vigente impone a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados que antes de realizar la consulta se publique en el perfil del contratante ubicado en la plataforma de contratación del sector público o servicio de información equivalente a nivel autonómico, su objeto, cuando se iniciará, las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta y, en el caso de que el órgano de contratación se valga del asesoramiento de terceros (tales como expertos, autoridades independientes, colegios profesionales o, excepcionalmente, operadores económicos activos), las razones que motiven la elección de los seleccionados (art. 115.1 LCSP).

Además, como garantía de transparencia y de prevención de potenciales conflictos de intereses, el órgano de contratación deberá elaborar un informe final sobre las actuaciones realizadas. En el mismo deberán precisarse los estudios realizados, sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les hubiesen formulado y sus

¹⁸ Por ejemplo, en *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, 16 de diciembre de 2020, pp. 19, y, anteriormente, en *IPN/CNMC/010/15 Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público*, de 16 de julio de 2015, pp. 44 y 45, donde se afirma que, introduciendo una serie de cautelas, “puede fomentar la eficiencia y el mejor diseño de los procedimientos y el objeto de los contratos al reducir las asimetrías (y escasez) de información de los órganos contratantes”.

respuestas, aunque la propia LCSP limita la comunicación cruzada de las soluciones propuestas por los diferentes participantes, al menos “durante el proceso de consultas” (art. 115.3, párrafo segundo, LCSP). La norma básica exige expresamente que el informe esté motivado, pero no concreta el objeto de la motivación. En nuestra opinión, dado que en su informe el órgano de contratación se limita a constatar hechos –las actuaciones desarrolladas y los agentes intervinientes–, resulta difícil concretar a qué habrá de referirse la motivación. Quizá el legislador está pensando en los supuestos en los que el órgano de contratación, al elaborar los pliegos, no observe la regla general de tener en cuenta los resultados de las consultas realizadas, dado que en tal caso “deberá dejar constancia de los motivos en el informe a que se refiere el párrafo anterior” (art. 115.3, párrafo tercero, LCSP). En todo caso, de nuevo como garantía de publicidad, el informe final forma parte del expediente de contratación y está sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones, de modo que deberá publicarse en el perfil del contratante del órgano de contratación (art. 115.3, párrafo primero, LCSP).

Los resultados de las consultas preliminares, derivados del asesoramiento recibido por el órgano de contratación de quienes hayan participado en las mismas, serán usados por el órgano de contratación como regla general tanto para planificar el procedimiento de licitación como para elaborar los pliegos, y durante el resto de su sustanciación, siempre y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y transparencia (art. 115.2, párrafo primero, LCSP). Como garantía adicional de unas condiciones adecuadas de competencia entre los operadores consultados, se prohíbe absolutamente al órgano de contratación revelar a los participantes durante el proceso de consultas las soluciones propuestas por los otros participantes, de modo que el conjunto de las soluciones propuestas sólo será conocido por el propio órgano de contratación (art. 115.3, párrafo segundo, LCSP). En cualquier caso, de las consultas realizadas no podrá resultar un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados. Por ello, el resultado de los estudios y consultas debe, en su caso, concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos, sin que en ningún caso puedan las consultas realizadas comportar ventajas respecto de la adjudicación del contrato para las empresas participantes en ellas (art. 115.2, párrafo segundo, LCSP).

En principio, la participación en la consulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que en su caso se tramite (art. 115.3, párrafo cuarto, LCSP). Así pues, la normativa básica parte de la inicial consideración de que la participación en consultas preliminares de operadores económicos activos en el mercado no genera por sí misma conflicto de intereses o alteración de las condiciones de concurrencia o igualdad entre licitadores. Por ello, los participantes en las consultas pueden participar en la licitación derivada, si bien la normativa estatal impone también ciertas cautelas para evitar que la información obtenida distorsione o falsee indebidamente la competencia, e incluso la posibilidad de exclusión de la licitación previo procedimiento público y contradictorio (arts. 115.3 in fine y 70 LCSP). Es el órgano de contratación el que ha de adoptar las medidas adecuadas, que constarán en el informe específico del procedimiento de adjudicación, para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran intervenido previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia, incluyendo la exclusión del procedimiento de contratación de tales empresas o las vinculadas a ellas conforme a la normativa mercantil si no hay otro medio para garantizar la igualdad de trato (art. 70.1 LCSP). La normativa

básica prevé que entre tales medidas “se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella” (art. 70.1, párrafo tercero, LCSP). Establece igualmente, de forma taxativa, que “en ningún caso durante el proceso de consultas al que se refiere el presente artículo, el órgano de contratación podrá revelar a los participantes en el mismo las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo las mismas solo conocidas íntegramente por aquel” (art. 115.3, segundo párrafo, LCSP), como ya se había señalado. La única interpretación posible de estas previsiones, especialmente atendiendo al hecho de que consultas y respuestas han de figurar en el informe final, como hemos indicado, es que la prohibición de comunicación opera únicamente durante el proceso mismo de consultas, con objeto de evitar la interacción entre los operadores económicos consultados, pero no después, siempre respetando aquellos aspectos que los operadores consultados hayan designado como confidenciales, de modo análogo a los supuestos de presentación de ofertas. Lo cual nos conduce directamente, centrado como está este informe en un ámbito, como es el de las tecnologías en la nube, tremendamente dinámico e innovador, a analizar la relevancia que el principio de confidencialidad tiene en relación con la contratación de estas tecnologías.

4. El principio de confidencialidad como elemento estructural en la adquisición y gestión de tecnología en la nube. Los límites a la transparencia

La confidencialidad y correlativa protección de los secretos comerciales aparece como un principio jurídico de especial relevancia en las actividades económicas. Es un contrapunto de la regla de transparencia y su objeto es proteger bienes y derechos que no deben ser objeto de conocimiento general o público¹⁹. Es un derecho claramente vinculado al ejercicio del derecho de libertad de empresa, que es un valor jurídico superior de nuestro ordenamiento nacional y del Derecho comunitario europeo. Entre otras cosas porque la desprotección de los secretos comerciales, la ausencia de una aplicación razonable del deber de confidencialidad, pondría en riesgo el sistema de competencia empresarial. En este sentido, cuando la divulgación de información económica de una empresa pueda causar un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial, como ya se establecía en el Reglamento UE núm. 139/2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Como ejemplos de información que pueda considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y financiera relativa los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, el fondo de suministro, las

¹⁹ Sobre la confidencialidad pueden verse M. M. RAZQUÍN LIZÁRRAGA, *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*, Ed. Iustel, Madrid, 2013 y “La confidencialidad de datos empresariales en la contratación pública”, en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, v. II, Ed. Iustel, Madrid, 2014, pp. 1867-1900; A. I. BELTRÁN GÓMEZ, “La confidencialidad de las proposiciones y el ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación. Cuestiones prácticas”, en *Revista de Estudios Locales* núm. 161/2013, pp. 287-306; A. CERRILLO I MARTÍNEZ, “Transparencia pública de las entidades privadas y confidencialidad de los datos empresariales”, en D. CANALS AMETLER (ed.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación*, Ed. Documenta Universitaria, Girona, 2016, pp. 87-121; M. SERRAT ROMANÍ, “Los intereses económicos y comerciales”, Capítulo IX, pp. 151-162, y M. A. ESTEVE PARDO, “El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial”, Capítulo XI, pp. 175-183, ambos en la obra colectiva ya citada *Los límites al derecho de acceso a la información pública*.

cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes, además de la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.

Abunda en este razonamiento la Exposición de Motivos de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que en línea con lo que ya se recogía en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales el 1 de junio de 2018, advierte de lo siguiente:

“La innovación es un importante estímulo para el desarrollo de nuevos conocimientos y propicia la emergencia de modelos empresariales basados en la utilización de conocimientos adquiridos colectivamente. *Las organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los derechos de propiedad industrial e intelectual y utilizan la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresarial, de transferencia de conocimiento público-privada y de la innovación en investigación con el objetivo de proteger información que abarca no solo conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado*”.

El alcance y contenido de la confidencialidad ha sido ya delimitado también por la jurisprudencia, y alcanza el campo de la contratación pública, incluso en caso de recurso. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de febrero de 2008, *Varec SA contra el Estado belga*, Asunto C-450/06, ECLI:EU:C:2008:91, declaró que:

“el organismo responsable de los procedimientos de recurso previstos en dicho artículo 1, apartado 1, *debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora*, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo.”

Por tanto, la *confidencialidad exige adoptar medidas e interpretaciones que preserven su contenido de modo útil, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación*. En el caso resuelto por la sentencia citada, a las ofertas de los licitadores competidores, aunque se trata de una doctrina claramente extrapolable, puesto que con más razón se limitará acceso a los terceros. En la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), de 29 de enero de 2013, Cosepuri Soc. Coop. p.A. contra Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), asunto C-84/03 (TJCE 2013, 21), se recuerda que todo el régimen de los contratos públicos se fundamenta en una competencia no falseada. Y para alcanzar dicho objetivo, *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 el propio procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores. Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión Europea en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier

información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.

En definitiva, **se ha de preservar la confidencialidad de aquellos elementos de funcionamiento de la empresa que tengan la consideración de secretos comerciales, dado que *el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido la protección de los secretos comerciales como un principio general del Derecho de la Unión y, por ello, con especial protección*** (en este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en las sentencias de 24 de junio de 1986, AKZO Chemie y AKZO Chemie UK/Comisión, asunto 53/85, apartado 28, y de 19 de mayo de 1994, Samenwerkende Elektricitets-Productiebedrijven (SEP)/Comisión, asunto C- 36/92P, ECLI:EU:C:1994:205, apartado 37).

Existe también doctrina administrativa en este sentido, emanada de los órganos consultivos en materia de contratación pública españoles, sobre el amplio margen de los licitadores para declarar como confidenciales determinados aspectos de sus ofertas y el margen conferido por el ordenamiento jurídico a los órganos de contratación para proteger esas declaraciones de confidencialidad. En este sentido, puede producirse un abuso, puesto que la extensión de la declaración de confidencialidad a todo el contenido de su propuesta por un licitador habría de considerarse en principio improcedente y, «en caso de que se produzca, corresponderá al órgano de contratación determinar aquella documentación de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente». En este sentido, lo que debe motivarse es la no aplicación de la confidencialidad. En todo caso debe tenerse en cuenta que «es evidente que los secretos técnicos o comerciales son la materia genuinamente confidencial, por ejemplo, propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa y que no debe ser conocida por los competidores, porque constituiría una afectación a sus estudios propios, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias».²⁰

²⁰ Resulta de especial interés el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre “Confidencialidad de las proposiciones de los licitadores. Ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación”, del que procede la cita consignada en el texto, en tanto que explica cómo debe entenderse y protegerse el derecho a la confidencialidad:

“Es evidente que este derecho a la confidencialidad puede entrar en concurrencia o contradicción con uno de los derechos vertebradores de la contratación pública, como es el de la transparencia de los procedimientos, recogido en el artículo 1 TRLCSP, que se manifiesta tanto en la publicidad de las licitaciones, como en el acceso a aquella información que permita que los licitadores puedan hacer revisar aquellas actuaciones que consideren contrarias a la normativa y a las condiciones de la licitación.

Esta concurrencia de derechos no siempre puede resolverse de manera pacífica: 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, como ha declarado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas Resoluciones, entre otras, la nº 199/2011 y la nº 62/2012.

Como sucede en el supuesto concreto que ilustra la consulta, la tensión entre confidencialidad y transparencia alcanza su momento de más difícil resolución cuando el órgano de contratación debe cumplir la obligación legal de notificar la adjudicación del contrato, facilitando toda la información necesaria para que el licitador pueda interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la misma (artículo 151.4, TRLCSP). Precisamente porque la cuestión no está claramente resuelta y desarrollada en la normativa contractual, surgen dudas como las planteadas en la petición de informe, pudiendo acudir para su resolución a las interpretaciones que, desde la óptica del derecho comunitario, han realizado tanto órganos consultivos, como de resolución de recursos”.

Y en lo que se refiere al alcance del secreto de las proposiciones por esta confidencialidad, como bien se argumenta en este Informe:

“De una primera lectura de los preceptos aplicables —artículos 6 y 41 de la Directiva 2004/18/CE y 140 y 153 TRLCSP—, podría concluirse que los licitadores gozan de total libertad para declarar los aspectos que consideran confidenciales de sus proposiciones, a excepción de la oferta económica que se da a conocer en acto público, y que esta declaración debería ser respetada por el órgano de contratación. La normativa prevé, incluso, (artículos 35.4 y 41.3 de la Directiva y 153 TRLCSP) la posibilidad de que el órgano de contratación atribuya el carácter de confidencial a aspectos no indicados por los licitadores cuando, a su juicio, tal información pueda perjudicar los intereses comerciales legítimos de aquél, o a la leal competencia que ha de regir las relaciones entre las empresas licitadoras.

Sin embargo, en la coexistencia y equilibrio necesarios entre este derecho de confidencialidad y el principio de transparencia, antes apuntada, se apoya el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales —con argumentaciones compartidas por esta Junta— para concluir que la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta que el propio artículo 140.1 TRLCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 151.4 TRLCSP (entre otras, Resolución nº 62/2012). Señala, además, el Tribunal que la extensión de la confidencialidad a toda la proposición podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil.

En el mismo sentido, los pliegos tipo del Gobierno de Aragón informados por esta Junta en su Informe 11/2010 —y que han sido utilizados en el que rige la licitación que origina la consulta—, se refieren a una «declaración complementaria» en la que se indiquen «qué documentos administrativos y técnicos y datos son, a su parecer, constitutivos de ser considerados confidenciales», y continua señalando: «Esta circunstancia deberá además reflejarse claramente (sobreimpresa, al margen o de cualquier otra forma) en el propio documento señalado como tal. *Los documentos y datos presentados por las empresas licitadoras pueden ser considerados de carácter confidencial cuando su difusión a terceros pueda ser contraria a sus intereses comerciales legítimos, perjudicar la leal competencia entre las empresas del sector o bien estén comprendidas en las prohibiciones establecidas en la Ley de Protección de datos de Carácter Personal.* De no aportarse esta declaración se considerará que ningún documento o dato posee dicho carácter».

De acuerdo con lo anterior, la extensión de la confidencialidad a toda la propuesta por un licitador es improcedente y, en caso de que se produzca, corresponderá al órgano de contratación determinar aquella documentación de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente. A estos efectos, es evidente que los secretos técnicos o comerciales son la materia genuinamente confidencial, por ejemplo, propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa y que no debe ser conocida por los competidores, porque constituiría una afectación a sus estudios propios, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias”.

Dentro de los datos empresariales que pueden ser objeto de protección por motivos de confidencialidad cabe diferenciar distintos niveles de protección. Una primera categoría estaría formada por los datos empresariales de protección reforzada, bien por tratarse de derechos de autor, cuyo régimen se recoge en la legislación sobre propiedad intelectual, o bien de patentes, marcas o diseños industriales o, en el caso de medicamentos, también los certificados complementarios de protección.

Una categoría diferente estará conformada por los secretos comerciales, que son datos empresariales que gozan de una protección elevada, puesto que garantizan la innovación empresarial. Lo difícil es definir este concepto y, sobre todo, aplicarlo en los casos concretos.

Por último, otros datos empresariales cuya publicidad puede perjudicar los intereses legítimos o la competencia leal entre empresas, también son objeto de protección, como se señaló por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 10/2015, de 20 de enero de 2015 sobre confidencialidad de las propuestas y alcance de los secretos técnicos o comerciales.

En todos estos supuestos el objetivo de la protección es salvaguardar la innovación, el *know how* y los intereses legítimos de las empresas, así como proteger la leal competencia, es decir, una competencia no falseada.²¹

La definición más aceptada de secreto empresarial es la contenida en los APDIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En concreto, en su art. 39.2 se establece lo siguiente:

“Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información:

- a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”.

Se trata de una definición que con ligerísimas variaciones aparece también en otros ordenamientos jurídicos, destacadamente en el estadounidense, como puede verse en la definición contenida en la *Uniform Trade Secrets Act* de USA de 1979 (versión de 1985):

“«Trade secret» means information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process, that:

²¹ En relación con la protección para evitar la copia para participar en posteriores licitaciones en casos de convocatoria periódica de contratos similares la Sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) de 29 de enero de 2013, Cosepuri Soc. Coop. p.A. c. Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), asuntos acumulados T-339/10 y T-532/10, ECLI:EU:T:2013:38 y Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 460/2016, de 10 de junio de 2016.

derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy”.

También los órganos jurisdiccionales se han ocupado de definir el concepto de secretos comerciales dentro del concepto más amplio de datos o intereses económicos y comerciales. Así en la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera) de 16 de diciembre de 2010, Systran SA y Systran Luxembourg SA contra Comisión Europea, asunto T-19/07, ECLI:EU:T:2010:526, apartado 80, se formula la siguiente definición:

“Los secretos comerciales son informaciones técnicas relativas al «know how» que no sólo no pueden divulgarse al público, sino que incluso su mera comunicación a un sujeto de Derecho distinto del que ha suministrado la información puede perjudicar gravemente a los intereses de éste (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 18 de septiembre de 1996, Postbank/Comisión, T-353/94, Rec. p. II-921, apartado 87). Para que la información técnica entre, por su propia naturaleza, dentro del ámbito de aplicación del artículo 287 CE, es necesario, en primer lugar, que sólo la conozca un número restringido de personas. Además, debe tratarse de información cuya divulgación puede causar un serio perjuicio a la persona que la ha proporcionado o a un tercero. Por último, es necesario que los intereses que la divulgación de la información puede lesionar sean objetivamente dignos de protección (sentencias del Tribunal de 30 de mayo de 2006, Bank Austria Creditanstalt/Comisión, T-198/03, Rec. p. II-1429, apartado 71, y de 12 de octubre de 2007, Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Comisión, T-474/04, Rec. p. II-4225, apartado 65)”.

En el ámbito interno español, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de octubre de 2005, recurso núm. 555/1999, ECLI: ES:TS:2005:6410, ponente Jesús Corbal Fernández, también se ocupó en establecer una definición de qué deba entenderse por *know how* (fundamento segundo):

“El principal problema consiste en determinar que cabe entender por «know how», «saber cómo», si bien en la traducción al castellano del Reglamento Comunitario 4087/88 se utiliza la expresión «saber hacer», procedente de la versión francesa «savoir faire», (así también el RD 2.485/98, de 13 de nov.); aunque ya cabe adelantar que no hay un concepto preciso, y que además varía en relación con las distintas modalidades de franquicia y sector de mercado a que se refiere, o incluso cuando opera con autonomía. La doctrina pone de relieve la evolución de su ámbito, que circunscrito primero a los «conocimientos secretos de orden industrial», se extendió posteriormente a los de «orden comercial», es decir, pasó a identificarse con conocimientos secretos referidos indistintamente al campo industrial o comercial, incluidos los aspectos organizativos de la empresa, –secreto empresarial–. Se resalta también la tendencia a un concepto más genérico, en el sentido de conectar el «know how» con la experiencia –conocimientos de orden empírico (adquisición progresiva, fruto de la experiencia en el desempeño de una actividad industrial o comercial o fruto de una tarea de investigación y experimentación)–, con la cualificación del especialista y con un menor grado de confidencialidad. En sentido amplio se le ha definido como «conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un

producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación». Cabe indicar como notas caracterizadoras: el secreto, entendido como difícil accesibilidad (no es generalmente conocido o fácilmente accesible por lo que parte de su valor reside en la ventaja temporal que su comunicación confiere al franquiciado o licenciataria), y valoración de conjunto o global, es decir, no con relación a los elementos aislados, sino articulados; sustancialidad, entendida como utilidad (ventaja competitiva); identificación apropiada y valor patrimonial (aunque, en realidad, está ínsito en la utilidad). El art. 1.3, f) del Reglamento 4.087/88 (que es aplicable a las franquicias de distribución) define el «Know how» como el conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, sustancial e identificado, concretando estos conceptos en las letras g), h) e i) del propio apartado 3 del art. 1. En la doctrina jurisprudencial, la Sentencia de 24 de octubre de 1979 recoge un concepto descriptivo diciendo que «lo que doctrinalmente se denomina «Know How», es decir, «el saber hacer», puede tener por objeto elementos materiales y elementos inmateriales, bien se considere que sea un bien en sentido jurídico, determinado por tratarse de una situación de hecho consistente en que las circunstancias de la empresa que constituye el objeto del secreto son desconocidas para terceros o que el aprendizaje o la adquisición de experiencias por éstos puede resultar dificultoso, o ya que se trata de un bien en sentido técnico jurídico, por poseer las características propias de esta idea, como son el valor patrimonial y la entidad para ser objeto de negocios jurídicos, integrante de un auténtico bien inmateriales». Y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, donde es objeto de numerosos pronunciamientos relacionados con contratos de franquicia, se manifiesta con una gran amplitud, y así se hace referencia a «metodología de trabajo»; «técnicas operativas»; «técnicas comerciales ya experimentadas»; «conjunto de conocimientos técnicos o sistemas de comercialización propios de franquiciador, como rasgo que le diferencia de otras empresas que comercian en el mismo tráfico»; «conjunto de técnicas y métodos para la instalación, comercialización y explotación, identificándose en la presentación de los locales, servicios prestados, productos, política de publicidad...»»

Esta cuestión quedó resuelta con la definición que ofrece la vigente Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio²², que es la siguiente:

“«secreto comercial»: la información que reúna todos los requisitos siguientes:

ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas;

tener un valor comercial por su carácter secreto;

²² Esta Directiva lleva como título el siguiente: “relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas” y aparece publicada en el DOUE de 15 de junio de 2016. Debe ser transpuesta a más tardar el 9 de junio de 2018.

haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control”.

Toda esta normativa que acaba de relacionarse aparece aplicada en la relevante Resolución del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía número 128/2016, dictada con motivo de una reclamación por denegación de solicitud de acceso a información pública tramitada conforme a la LTAIBG, no en el ámbito de la contratación pública²³. En esta Resolución, el Consejo andaluz se ocupa de definir qué son los secretos comerciales, para lo que no encuentra respuesta en la legislación española y, por tanto, efectúa un interesante recorrido por el Derecho de la Unión Europea, recordando las Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 1986 (caso AKZO) y 14 de febrero de 2008 (caso VAREC), así como lo dispuesto por los diversos Reglamentos europeos del ámbito del Derecho de Competencia, y por las Directivas sobre contratación pública (tanto las de 2004 como las de 2014). Para el Consejo andaluz la cuestión ha quedado resuelta con la definición ahora contenida en la Directiva 2016/943/UE, en su art. 2.1, que debe ser completada por lo dispuesto en su Considerando 14. Y de esta nueva regulación, a juicio del citado Consejo, se derivan las siguientes consecuencias²⁴:

“Por lo que hace a la concreción del contenido material de qué sea «secreto comercial», es obvio que en el mismo han de incluirse los conocimientos técnicos (know how), aunque no debe soslayarse que la protección del secreto profesional y de la propiedad intelectual e industrial cuentan en nuestro ordenamiento con un específico límite [art. 14.1 j) LTAIBG], que opera consecuentemente como *lex specialis* frente al art. 14.1 h) LTAIBG. Ahora bien, como explicita el Considerando 2 de la Directiva 2016/943, el ámbito material del secreto comercial «no se circunscribe a los conocimientos técnicos, sino que abarca datos comerciales como la información sobre los clientes y proveedores, los planes comerciales y los estudios y estrategias de mercado».

En resumidas cuentas, de la repetida Directiva cabe inferir determinados elementos estructurales del concepto «secreto comercial», los cuales, por lo demás, ya se habían asumido con anterioridad en otros países de nuestro entorno [así, la Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán, de 14 de marzo de 2006, número marginal 87, BVerfGE 115, 205 (230)]. Por una parte, la información que se quiere mantener secreta debe versar sobre hechos, circunstancias u operaciones que guarden conexión directa con la actividad económica propia de la empresa. Por otro lado, debe tratarse de una información que no tenga carácter público, esto es, que no sea ya ampliamente conocida o no resulte fácilmente accesible para las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información. En tercer término, debe haber una voluntad subjetiva de mantener alejada del conocimiento público la

²³ Las Juntas Consultivas de Contratación Pública se han pronunciado de forma reiterada sobre la confidencialidad de las proposiciones, como por ejemplo los informes 15/2012, de 19 de septiembre, de la JCCA Aragón, 11/2013, de 26 de julio de la JCCA Cataluña, y 6/2016, de 12 de septiembre, de la JCCA Madrid. En el ámbito de los TACP cabe citar ahora las Res. 710/2016 y 865/2016 del TACRC.

²⁴ La consecuencia principal fue la estimación de la reclamación, ordenándose que se facilitara al solicitante la información, una vez que transcurra el plazo previsto en el art. 22.2 LTAIBG, puesto que la entrega queda suspendida en caso de oposición de tercero conforme a lo dispuesto en la LTAIBG.

información en cuestión. Y, finalmente, dado que no basta con la concurrencia de este elemento subjetivo, también es necesaria la existencia de un legítimo interés objetivo en mantener secreta la información de que se trate. Interés objetivo que, obviamente, debe tener naturaleza económica, y que cabrá identificar -por ceñirnos a lo que a este caso concierne- cuando la revelación de la información refuerce la competitividad de los competidores de la empresa titular del secreto, debilite la posición de ésta en el mercado o le cause un daño económico al hacer accesible a los competidores conocimientos exclusivos de carácter técnico o comercial” (F. J. 5º).

En definitiva, *los secretos empresariales, con el alcance expresado, son dignos de protección no sólo por la necesidad de fomentar la innovación, sino también por la necesaria competencia entre empresas que debe ser real y efectiva y no falseada*²⁵. Y en un sector tan estratégico como los servicios en la nube, con afecciones a la seguridad de datos en el ámbito público, la ponderación de intereses en juego exige la máxima cautela.

La protección de la confidencialidad en la contratación pública se ha recogido como un principio esencial en las vigentes Directivas de contratación pública. El artículo 21 de Directiva 2014/24 lleva como título “confidencialidad” y dice así:

“1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación”.

También, desde una perspectiva general, el artículo 50. 4 de la Directiva, referido a los anuncios de adjudicación de contratos, reitera la obligación de confidencialidad en los siguientes términos:

“Determinada información relativa a la adjudicación del contrato o a la celebración del acuerdo marco podrá no ser publicada en el caso de que su divulgación constituya un obstáculo para aplicar la legislación, sea contraria al interés público o perjudique los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o pueda perjudicar la competencia leal entre operadores económicos”.

Idéntica previsión se contempla en el artículo 55 de la citada Directiva respecto de la información a dar a los candidatos y a los licitadores. Incluso el art. 83.6 de la Directiva, sobre conservación de copias de los contratos celebrados a partir de una determinada cuantía, prevé la denegación del acceso a estas copias conforme a la

²⁵ Así lo resalta la STGUE de 29 de enero de 2013 (asuntos T-339/10 y T-532/10) que justifica la confidencialidad en la posible utilización futura por los competidores de los secretos empresariales a los que pudieran acceder, lo que vulneraría el principio de competencia y además quebraría la relación de confianza entre los licitadores y los poderes adjudicadores puesto que los operadores económicos deben facilitar información a las entidades adjudicadoras sin miedo a que éstas comuniquen a terceras personas datos cuya divulgación les pueda perjudicar (apartados 99 y 100).

normativa relativa al derecho de acceso tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros.

En definitiva, como M. RAZQUIN recuerda, las Directivas sobre contratación pública establecen un importante límite a la transparencia, que es la confidencialidad. Ésta se centra en los datos empresariales, que no pueden ser conocidos en determinados casos por los competidores, a fin de asegurar la innovación y la competencia. Y las Directivas manifiestan una posición a favor de la confidencialidad²⁶. Por ello, cuando determinadas operaciones puedan formar parte –lo que será la regla general– de una estrategia empresarial, los mismos deberán tener la consideración de confidenciales (lo que debería ya solicitar la empresa en su oferta en la licitación).²⁷

Así, la contratación pública encuentra una clara excepción al principio de transparencia y de información en el de confidencialidad, sin que sea posible entender aplicable el test del daño y del interés del artículo 14 de la Ley de Transparencia, test, que, en todo caso, es sobre los dos derechos y no de uno sobre otro.²⁸

En definitiva, los secretos empresariales son dignos de protección no sólo en función de la innovación, sino también por la necesaria competencia entre empresas que requiere que la competencia sea real y efectiva y no falseada²⁹. Y en la adquisición de servicios de nube resulta imprescindible para mantener esa competencia.

²⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: “El principio de confidencialidad en la contratación pública”, en J. M. GIMENO FELIÚ (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 882.

²⁷ Las Juntas Consultivas de Contratación Pública se han pronunciado de forma reiterada sobre la confidencialidad de las proposiciones, como por ejemplo los informes 15/2012, de 19 de septiembre, de la JCCA Aragón, 11/2013, de 26 de julio de la JCCA Cataluña, y 6/2016, de 12 de septiembre, de la JCCA Madrid.

²⁸ Esta Resolución del CTBG dice así: “En efecto, la Ley de Transparencia prevé que el derecho acceso a la información pueda ser limitado cuando el conocimiento de la información suponga un perjuicio a alguno de los bienes o intereses, de carácter público o privado, señalados en el artículo 14, precepto que, precisamente, atiende al equilibrio necesario entre la transparencia y la protección e dichos bienes e intereses que puedan estar presentes en un caso concreto.

Es criterio ya asentado de este Consejo que los límites a que se refiere el artículo 14 de la LTAIBG, no se aplican directamente, sino que, de acuerdo con la literalidad del texto de su apartado 1, “podrán” ser aplicados. De esta manera, los límites no operan *ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos*, sino que su aplicación deberá estar ligada con la protección concreta de un interés legítimo.

En este sentido, por lo tanto, su aplicación no será en ningún caso automática, sino que, antes al contrario, deberá analizarse si la concesión del acceso a la información supone un perjuicio (*test del daño*) concreto, definido y evaluable. Del mismo modo, es necesaria una aplicación justificada y proporcional del límite, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y, especialmente, a la posible existencia de un interés superior que, aún produciéndose un daño, justifique la publicidad o el acceso (*test del interés*)” (FJ 4).

²⁹ Así lo resalta la STGUE de 29 de enero de 2013 (asuntos T-339/10 y T-532/10) que justifica la confidencialidad en la posible utilización futura por los competidores de los secretos empresariales a los que pudieran acceder, lo que vulneraría el principio de competencia y además quebraría la relación de confianza entre los licitadores y los poderes adjudicadores puesto que los operadores económicos deben facilitar información a las entidades adjudicadoras sin miedo a que éstas comuniquen a terceras personas datos cuya divulgación les pueda perjudicar (apartados 99 y 100).

II. LOS SERVICIOS DE NUBE COMO CONTRATO PÚBLICO: TIPOLOGÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO

Como idea previa conviene recordar que en el objeto de una licitación no se pueden sumar prestaciones diferentes y diversas con el argumento de que se trata de un mismo proveedor, o de que se añaden mejoras adicionales. La práctica de “paquetización” es contraria a las reglas y principios de la contratación pública y del derecho de la competencia. Y ello porque integran el objeto solo las prestaciones que puedan “...cumplir por sí mismas una función económica o técnica” (art. 1.7 Directiva 2014/24 de contratación pública). La «unidad funcional» es un concepto jurídico indeterminado que debe ser entendido como aptitud para que el conjunto de prestaciones integre el objeto de un contrato. Al respecto, indicaba la Junta Consultiva de Contratación de Canarias en su Informe 1/2010, de 3 de febrero, que existiría un único contrato “cuando haya coincidencia en los tres elementos esenciales que integran el concepto doctrinal de contrato como institución jurídica: sujeto, objeto y causa: «es decir cuando la prestación a realizar para atender una necesidad haya de contratarse con un mismo sujeto, para realizar un mismo objeto, y motivado por una misma causa. Por el contrario, deberán formalizarse contratos distintos desde el momento en que la adecuada ejecución de la prestación a realizar motive que uno de esos tres elementos varíe, aunque haya coincidencia en los otros dos”.

En consecuencia, una primera reflexión es la necesidad de delimitar la autonomía contractual de los servicios de o en la nube, que cuentan, como explicaremos, con una clara identidad propia.

1. Definición de contrato público en la Unión Europea.

Tal como reiteradamente ha venido señalado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), entre otras en su Sentencia de 18 de diciembre de 2007, Asunto C-220/06, la definición del contrato público es una materia reservada al Derecho comunitario, siendo las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE las que lo conceptúan como un contrato oneroso celebrado por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto es la ejecución de obras, de suministros, la prestación de servicios o una concesión, que puede ser de obras o de servicios (art. 5.1 de la Directiva 2014/23/UE y art. 2.1.5 de la Directiva 2014/24/UE).

De esa definición, lo que debemos destacar ahora es el carácter oneroso de los contratos públicos, siendo tradicional desde la primera Directiva reguladora de estos contratos definirlos como “contratos onerosos”, como hace también nuestra normativa interna (actualmente el art. 2.1 LCSP), debiendo añadirse que esa definición es a efectos de determinar la aplicabilidad de cada una de estas normas.

Si bien ese carácter oneroso de los contratos públicos ya nos indica que quedan excluidos del ámbito de esas normas, tanto europeas como nacionales, los contratos gratuitos, no existe una concreta definición legal sobre qué debe entenderse por onerosidad del contrato, apuntando el art. 2.1 de la LCSP, por influencia de lo aconsejado por el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, que un contrato oneroso se caracteriza por el beneficio del contratista: “*se entenderá que un contrato tiene carácter*

oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta". A ello deberíamos añadir que la entidad contratante igualmente debe obtener también algún tipo de beneficio, en concreto el de la prestación –obra, servicio, suministro– objeto del contrato, de lo que podemos deducir que cuando el objeto de la prestación, su recibimiento para el órgano de contratación y su ejecución para el operador económico, representa un interés para cada una de las partes habrá que considerarse que el contrato se celebra a título oneroso, en línea con el sentido jurídico habitual del término *oneroso*, término que designa un contrato en virtud del cual cada una de las partes se compromete a realizar una prestación como contrapartida de otra (STJUE de 18 de octubre de 2018, Asunto C-606/17).

En esta última sentencia se incorpora una definición funcional: la STJUE de 18 de octubre de 2018, IBA Molecular Italy Srl contra Azienda ULSS n. 3 y otros, ECLI:EU:C:2018:843, indica que un acuerdo por el que un operador económico se compromete a elaborar y suministrar un producto a diferentes Administraciones como contrapartida de una financiación destinada íntegramente a la consecución de este objetivo, debe ser considerado un contrato «oneroso» en el sentido de las directivas sobre contratación pública.

2. Delimitación de tipos de contratos públicos en la Unión Europea y en la LCSP

Al igual que para la determinación de la existencia de contrato sujeto ha de estarse a la normativa europea, para la delimitación del tipo deben considerarse **prioritariamente** los parámetros que nos ofrece el derecho comunitario europeo³⁰. Como ha advertido J. MIRANZO en relación con los sistemas de software, la primera cuestión fundamental es la de la calificación del contrato como suministro o como servicio³¹, cuestión que presenta una problemática específica en relación con la contratación de tecnologías en la nube, habida cuenta de las diferentes capas y funcionalidades que la integran y que son susceptibles de constituir objeto del contrato³². Esta es una cuestión clave para la contratación de tecnologías en la nube, con concretas consecuencias, dado que la consideración de los contratos relativos a las mismas como contratos de suministro o de prestación de servicios implica un diferente régimen jurídico desde múltiples perspectivas y, entre ellas, no es la menos importante el diferente trato de la propiedad intelectual en una y otra modalidad. La calificación de éstos en otros países de la Unión Europea puede servir de parámetro clarificador (en Italia y Francia, por ejemplo, se consideran contratos públicos de servicios y así se publica en los diarios oficiales).

A este respecto, resulta esencial lo previsto en la letra b) del artículo 16 de la LCSP cuando establece que «se considerarán contratos de suministro, los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones

³⁰ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, "La delimitación de los tipos contractuales", en GIMENO FELIU, J. M. (dir.), *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*, Aranzadi, 2018, pp. 411-475.

³¹ J. MIRANZO DÍAZ, "Apuntes sobre la contratación de sistemas de software", en obcp.es, septiembre 2021.

³² R. RUBIO, "La contratación pública de servicios de *cloud computing*: retos y propuestas para su promoción e impulso", M. A. RECUERDA GIRELA (dir.), *Tecnologías disruptivas. Regulando el futuro*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 533-567.

o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios». Este precepto, al que nos referiremos de nuevo posteriormente al hilo del análisis del Informe 13/2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública, dista mucho de resultar claro y, desde luego, es ambiguo conceptualmente debido a que es el resultado de un proceso de acumulación, de sedimentación, antes que el de una adecuada reflexión sobre las necesidades de compra del sector público y el actual estado del arte de las tecnologías digitales³³. Así, obviando la tradicional vinculación del contrato de suministro a la adquisición de productos, a los que la LCSP añadió los bienes muebles, mezcla –y parece otorgar tratamiento similar como contratos de suministros– a los relativos a la adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, acaso el hardware, con otros dispositivos y programas, quizá el software; parece prever una regulación específica para la cesión de uso de los programas, “en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición”³⁴, y quizá para los dispositivos, sean lo que sean en la mente del legislador³⁵, dejando al margen de dicho

³³ Resulta de innegable interés el conocimiento de los precedentes del precepto, expuestos por P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “La delimitación de los tipos contractuales”, en GIMENO FELIU, J. M. (dir.), *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*, Aranzadi, 2018, pp. 457-458.

³⁴ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, 2018, pp. 458-459, explica el origen de este inciso en la enmienda 451 al proyecto de la que luego fuera LCSP del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, específicamente dirigida a lograr que también se califique de suministro el contrato cuando exista “cesión del derecho de uso de programas de ordenador cuyo acceso es remoto; esto es, cuando el programa está instalado y se ejecuta en la nube (Cloud)”. En concreto, la motivación de la enmienda decía lo siguiente: “El avance de los procesos tecnológicos permite en la actualidad el acceso a los programas de ordenador en las formas tradicionales, pero también, y cada vez de forma más habitual y extendida, el acceso a los programas de forma remota, en la nube (Cloud). En la práctica, algunos órganos de contratación han mostrado sus dudas sobre si, conforme a la redacción actual del precepto, la calificación como contrato de suministro puede extenderse también a la cesión del derecho de uso de programas de ordenador cuyo acceso es remoto; esto es, cuando el programa está instalado y se ejecuta en la nube (Cloud). La calificación como contrato de suministro o no de los contratos de cesión del derecho de uso de los programas de ordenador no viene determinada por la modalidad de acceso o puesta a disposición del producto que se contrata, sino que deriva conceptualmente de la 'cesión del derecho de uso'. En definitiva, la autorización a un tercero del titular de los derechos de propiedad intelectual para el uso de dichos productos. Por ello, para evitar dudas e interpretaciones erróneas se sugiere incluir en el artículo 16.3.b) del borrador de anteproyecto un inciso que aclare que estaremos ante un contrato de suministro con independencia de la modalidad de puesta a disposición que se utilice”.

³⁵ El artículo 174 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, luego 173, de su texto refundido, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, definía los conceptos apuntados en texto del siguiente modo: “A los efectos de aplicación de esta Ley, se entenderá: a) Por equipos para el tratamiento de la información, las máquinas o conjuntos de máquinas y dispositivos, interconectados o no, capaces de realizar las operaciones necesarias para preparar la utilización de la información a fines determinados. b) Por programa de ordenador, toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado cualquiera que fuese su forma de expresión y fijación. c) Por programación, el conjunto de tareas de concepción, análisis, escritura y prueba de programas, así como las labores de preparación precisas para la puesta en marcha de un servicio y la

régimen, eso sí, “los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida”, a los que considera contratos de servicios.

La evolución de la regulación expuesta puede comprobarse en la siguiente tabla:

Norma	Artículo	Texto
Decreto 2572/1973, de 5 de octubre, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de mantenimiento, arrendamiento y programas	Segundo	Se regirá por el Pliego de cláusulas administrativas generales la contratación de los equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus programas o los servicios conexos con los mismos, por parte de los Departamentos de la Administración Civil del Estado o por los Organismos Autónomos definidos en el artículo segundo de la Ley de veintiséis de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, cualquiera que fuere el específico régimen jurídico de éstos.
	Sexto	Uno. Los Departamentos ministeriales y los Organismos autónomos podrán encomendar a entes privados la realización de cualesquiera actividades relacionadas con el tratamiento de la información, o constitutivas del mismo, tales como asesoramiento técnico, estudios de análisis de procesos, preparación de archivos y procesamiento de datos. Dos. La ejecución de tales actividades se adjudicará por el procedimiento de concurso, de acuerdo con las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación contenidas en el pliego de cláusulas administrativas generales con respecto a los contratos de suministro, previa aprobación del correspondiente proyecto por la Comisión Interministerial de Informática. Tres. Podrá contratarse asimismo utilizando cualquiera de las modalidades previstas en los artículos doscientos uno y siguientes del Reglamento General de Contratación del Estado. la gestión de servicios públicos cuya prestación se lleve a cabo exclusiva o principalmente por medio de equipos para el tratamiento de la información, previa aprobación del correspondiente proyecto por la Comisión Interministerial de Informática.
	Séptimo	Uno. La enajenación de los equipos para el tratamiento de la información que hubieran quedado anticuados o inservibles, compete al Departamento a que estuvieren afectados o al Organismo autónomo a cuyo patrimonio pertenecen.
	Cláusula 1	1. A los efectos de la aplicación del presente pliego general, se entenderá por equipos para el tratamiento de la información. las máquinas o conjuntos de máquinas y dispositivos, interconectados o no, capaces de realizar las operaciones necesarias para preparar la utilización de la información a fines determinados, comprendiéndose entre tales máquinas y conjuntos de máquinas y dispositivos los siguientes: a) Máquinas de registrar o transcribir datos en soporte, de cualquier clase o naturaleza, con signos perforados, magnéticos, ópticos, gráficos u otros, legibles por unidades para la entrada o salida en un sistema.

realización de cuantos trabajos se detallen en el correspondiente pliego de cláusulas particulares.

d) Por sistemas para el tratamiento de la información, los sistemas compuestos de equipos y programas capaces de realizar las funciones de entrada, proceso, almacenamiento, salida y control de la información, con el fin de llevar a cabo una secuencia de operaciones con datos. e) Por equipos y sistemas de telecomunicaciones se entienden el conjunto de dispositivos que permiten la transferencia, transporte e intercambio de información conforme a determinadas reglas técnicas y a través de medios electrónicos, informáticos y telemáticos”. Estas definiciones desaparecieron de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y, lógicamente, de su texto refundido.

Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas		b) Máquinas de elaborar la información, a partir de los datos registrados por las máquinas a que se refiere el apartado a) anterior, o de los datos recibidos directamente por cualquier otro medio. c) Máquinas y elementos para emitir, transmitir o recibir datos a distancia por cualquier clase de red o vía. 2. Se entenderá por programación, no sólo la secuencia de instrucciones de un algoritmo escritas en cualquier lenguaje y necesarias para llevar a cabo los trabajos, sino también su análisis, pruebas, estudio de los formatos de entrada y salida, y, en general, toda la preparación precisa para la puesta en marcha del servicio y realización de cuantos trabajos se especifiquen en los pliegos particulares. 3. Se entenderá por sistema, o por sistemas para el tratamiento de la información, el conjunto formado por un equipo capaz de funcionamiento autónomo (unidad central de proceso, más elementos auxiliares y dispositivos de entrada y salida) y por el programa o programas y demás elementos necesarios para la realización de los trabajos definidos en los pliegos particulares.
	Cláusula 3	1. La adquisición de equipos o sistemas para el tratamiento de la información con destino a los Departamentos de la Administración Civil y Organismos Autónomos, se ajustará a las normas reguladoras del contrato de suministro contenidas en el Reglamento General de Contratación del Estado, a las prescripciones de los correspondientes pliegos particulares y en lo que no resulte válidamente modificado por éstos, al presente pliego general.
	172	A los efectos de esta Ley se entenderá por contrato de suministro el que tenga por objeto la compra, el arrendamiento o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorpóreas y valores negociables que se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso.
	173	1. En todo caso se considerarán incluidos en el artículo anterior los contratos siguientes: b) La adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión del derecho de uso de estos últimos. 2. No obstante lo expresado en el apartado anterior, la adquisición de programas de ordenador a medida se considerará contrato de servicios. 3. Por otra parte, también tendrá la consideración de suministro el mantenimiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas cuando se contrate conjuntamente con la adquisición o el arrendamiento.
	174	A los efectos de aplicación de esta Ley se entenderá: a) Por equipos para el tratamiento de la información, las máquinas o conjuntos de máquinas y dispositivos, interconectados o no, capaces de realizar las operaciones necesarias para preparar la utilización de la información a fines determinados. b) Por programa de ordenador, toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado cualquiera que fuese su forma de expresión y fijación. c) Por programación, el conjunto de tareas de concepción, análisis, escritura y prueba de programas, así como las labores de preparación precisas para la puesta en marcha de un servicio y la realización de cuantos trabajos se detallen en el correspondiente pliego de cláusulas particulares.

		d) Por sistemas para el tratamiento de la información, los sistemas compuestos de equipos y programas capaces de realizar las funciones de entrada, proceso, almacenamiento, salida y control de la información, con el fin de llevar a cabo una secuencia de operaciones con datos.
Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas	171	Igual que el 172 de la Ley 13/1995
	172	Igual que el 173 de la Ley 13/1995
	173	Igual que el 174 de la Ley 13/1995
Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público	9	Artículo 9. Contrato de suministro. 1. Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 de este artículo respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables. 3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes: b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.
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	9	Igual que el 9 de la Ley 30/2007
Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014	16	1. Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 de este artículo respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables. 3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes: b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

La lectura de la evolución de la regulación de esta cuestión en la normativa española de contratación del sector público pone de manifiesto su continuidad, pese a que la lógica de la regulación inicial –que data de 1973, el año que se ideó el protocolo TCP/IP, cuatro años después de que ARPANET se erigiese en el germen de la actual internet- centraba la atención en productos, partiendo de los “equipos y sistemas para el tratamiento de la información” –susceptibles de funcionamiento autónomo, por cierto-, para llegar a “sus programas o los servicios conexos con los mismos”. Internet no existía,

la nube no existía, las modalidades de servicios soportadas por ésta, lógicamente tampoco. Desde 1973 las cosas también han cambiado en el terreno jurídico: conviene tener presente además que la autonomía de la normativa española de contratación, una vez ingresó España en las entonces Comunidades Europeas, ha cedido ante la primacía del Derecho de la Unión, lo que hubiera hecho esperar que se incorporasen a la misma las reglas provenientes de éste. Pero no ha sido así.

En la normativa europea no hay disposición equivalente a la que acabamos de examinar y resulta harto discutible que la actual regulación básica española, por muy coherente que sea con sus antecedentes históricos, sea compatible con las genéricas previsiones de la normativa europea que caracterizan a los contratos de servicios y suministros. El concepto de contrato de servicios se define en 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 (en adelante la DC) de forma residual, al establecerse que son contratos públicos de servicios “los contratos públicos cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos de aquellos a los que se refiere el punto 6” (artículo 2.9 DC), es decir, los contratos públicos de obras, que son aquellos “contratos públicos cuyo objeto sea uno de los siguientes: a) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo II; b) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de una obra; c) la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por el poder adjudicador que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra” (artículo 2.6 DC), entendiendo por obra “el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica” (artículo 2.7 DC).

El contrato de servicios, por tanto, no es en la normativa europea una categoría residual respecto del de suministro, o alternativa a él en función de criterios que deba establecer el legislador nacional. Comprende todo servicio, cualquier servicio de los sujetos a la normativa europea, excepto únicamente los que constituyen objeto del contrato de obras. Sorprende, por ello, que el artículo 17 de la LCSP establezca que “son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario”, previsión análoga a la previamente establecida en el artículo 10 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Tal carácter residual, desde nuestro punto de vista, puede cuestionarse atendiendo a lo previsto en el derecho europeo y a su primacía en orden a determinar las reglas para la calificación de los contratos sujetos, sus tipos y, sobre tal base, los elementos fundamentales que conforman su régimen jurídico.

En la DC, en el contexto expuesto, los contratos públicos de suministro se definen como los “contratos públicos cuyo objeto sea la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos. Un contrato público de suministro podrá incluir, de forma accesorio, operaciones de colocación e instalación”³⁶. Dicho de otro modo, si la contratación de

³⁶ No hay referencia alguna en la normativa europea, por cierto, a “la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición”, por más que la adquisición de productos tales como los apuntados pueda, efectivamente, dar lugar a contrato de suministro. Tampoco el concepto de “cesión de uso” aparece en la normativa comunitaria, aunque pueda resultar

tecnologías en la nube debe calificarse como servicio, objeto por ello de un contrato público de servicios, la normativa española no puede convertirlo en producto, objeto del contrato público de suministro, por más que para su prestación medie arrendamiento o cesión onerosa del derecho de uso en cualquier modalidad.

Por lo expuesto, debe tenerse muy presente, a la hora de interpretar la normativa española sobre calificación de contratos públicos, la inequívoca posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que reclama para el derecho europeo el protagonismo a este respecto. Así, por ejemplo, la Sentencia de 10 de julio de 2014, asunto Pizzarotti, afirma, como base del fallo, que “debe recordarse de inmediato, por una parte, que la cuestión de si una determinada operación es o no un contrato público de obras, a efectos de la normativa de la Unión, compete al Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Alemania, C-536/07, EU:C:2009:664, apartado 54 y jurisprudencia citada). La calificación del contrato proyectado como «contrato de arrendamiento», puesta de relieve por Pizzarotti y por el Gobierno italiano, no es determinante en este sentido (véase, al respecto, la sentencia Comisión/Alemania, C-536/07, EU:C:2009:664, apartado 54 y jurisprudencia citada)” (§ 40), dejando claro, también, que “cuando un contrato contiene al mismo tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de otro tipo de contrato, habrá que referirse a su objeto principal para determinar su calificación jurídica y cuál es la normativa de la Unión que debe aplicarse (véanse, en este sentido, las sentencias Auroux y otros, C-220/05, EU:C:2007:31, apartado 37; Comisión/Italia, C-412/04, EU:C:2008:102, apartado 47, y Comisión/Alemania, EU:C:2009:664, apartado 57)” (§ 41). En sentido similar, reclamando de una u otra forma la determinación de la calificación de un contrato para el derecho europeo se pronuncian las Sentencias de 21 de diciembre de 2016, asunto Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 (§ 36 y 37), y, respecto de ambas cuestiones, de 22 de abril de 2021, Comisión contra Austria, ECLI:EU:C:2021:319 (§ 43 y 46).

Por otro lado, aludiendo a las implicaciones que la contratación de servicios puede tener desde la perspectiva de la propiedad intelectual o industrial, el apartado primero del artículo 308 de la LCSP prevé que «salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público». Huelga decir el relevante papel que a estos efectos tiene la calificación jurídica.

Además, el mismo artículo 308 de la LCSP, en su apartado tercero, establece que «en los contratos de servicios que impliquen el desarrollo o mantenimiento de aplicaciones informáticas el objeto del contrato podrá definirse por referencia a componentes de prestación del servicio. A estos efectos, en el pliego de cláusulas administrativas particulares se establecerá el precio referido a cada componente de la prestación en términos de unidades de actividad, definidas en términos de categorías

coherente con la misma. Lo que omite la normativa española, curiosamente, es toda referencia a la posibilidad de que el contrato de suministro incorpore “de forma accesoria, operaciones de colocación o instalación” muy frecuentes en la práctica.

profesionales o coste, homogéneas para cualquier desarrollo, de unidades de tiempo o en una combinación de ambas modalidades»³⁷.

Por último, el artículo 9 de la LCSP establece que «quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial»³⁸.

Por tanto, y en línea con lo que señaló la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su Informe 58/2018, la regla general nos dice que los contratos que tienen por objeto la adquisición de programas de ordenador son contratos de suministro, con la excepción de aquellos que se refieran a programas de ordenador confeccionados a medida, en cuyo caso constituyen contratos de servicios, sujetos ambos a la LCSP y a los que serían de aplicación las previsiones señaladas de su artículo 308. Sin embargo, desde la perspectiva que nos ocupa, lo relevante es si esta regulación, inicialmente concebida para compra o arrendamiento de equipos, sistemas de comunicaciones y programas, es además aplicable a cualquier tipo de contratación de tecnología en la nube, muy diversa como ya hemos señalado, habida cuenta del hecho de que la contratación en nube no se proyecta sobre concretos equipos, sistemas de comunicaciones o programas y que, además, lo decisivo, lo que se contrata, es capacidad de proceso, alojamiento, innovación y, en ocasiones, aplicaciones inescindiblemente unidas al entorno de la nube para ser operativas.

Por lo demás, y sin perjuicio del estudio que incorporamos en el apartado cuarto de este informe, el examen de las licitaciones de contratos relativos a tecnologías en la nube en el Diario Oficial de la Unión Europea arroja resultados concluyentes. Son inmensa mayoría los expedientes que califican los contratos relativos a servicios en la nube, o que los incluyen, como contratos de servicios y las escasas excepciones, además, son españolas. Basta remitir, por ejemplo, al contrato de servicios de desarrollo de software de bibliotecas en modalidad SaaS para Sandefjord, en Noruega (anuncio 2021/S 201-526310), el contrato para el establecimiento de un servicio de telefonía en modalidad SaaS para Ámsterdam, en Países Bajos (anuncio 2021/S 201-525439, modificativo del

³⁷ El segundo párrafo de este mismo apartado concreta la forma en que ha de completarse la definición de las unidades de actividades que sirve de base para establecer el precio previendo que «esta definición deberá completarse con referencia a las funcionalidades a desarrollar, cuyo marco deberá quedar determinado inicialmente, sin perjuicio de que puedan concretarse dichas funcionalidades por la Administración atendiendo a consideraciones técnicas, económicas o necesidades del usuario durante el período de ejecución, en los términos en que se prevean en el pliego de cláusulas administrativas particulares». Además, se prevé que «la financiación y pago de estos contratos se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de los componentes de prestación requeridos, debiendo adoptarse a este fin por el responsable del contrato, las medidas que sean necesarias para la programación de las anualidades y durante el período de ejecución». La inclusión de la referencia al mantenimiento de aplicaciones, la posible concreción dinámica de las funcionalidades y la previsión de pago vinculado a la ejecución y, en su caso, al mantenimiento, evolutivo o no, de las aplicaciones, no son cuestiones menores desde la perspectiva objeto de este informe.

³⁸ Sobre esta cuestión vid. J. M. GIMENO FELIU, *“La transferencia de conocimiento de las universidades públicas y la incidencia de la legislación de contratos públicos: diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorpóreos (derechos intelectuales)”*, *Monográfico Revista Aragonesa Administración Pública*, XVIII, Zaragoza, 2018, pp. 21-43.

2021/S 196-510420) o el acuerdo marco sobre infraestructura de nube privada escalable basada en OpenStack y Ceph, que incluye servicios de software y servicios operativos para Erfurt, en Alemania (anuncio 2021/S 201-525354), servicios denominados de suministro de software en modalidad SaaS para Múnich, en Alemania (anuncio 2021/S 201-524142).

Especialmente claros son los ejemplos que proporcionan el sistema dinámico de adquisición licitado por la Comisión Europea para la adquisición de servicios en la nube en el ámbito de infraestructura para múltiples usuarios en modalidades IaaS y Paas (anuncio 2019/S 154-378801); el contrato de servicios de gestión de instalaciones informáticas para servicios de diseño, implementación y mantenimiento de un centro de datos virtual en nube pública para Lisboa, en Portugal (anuncio 2021/S 187-486746); el contrato de provisión de alojamiento en nube, operación, mejora, apoyo y mantenimiento de la plataforma SAS de Luxemburgo (anuncio 2021/S 198-515292), que incluye la migración de la plataforma actual, su alojamiento seguro en la nube, la administración y supervisión de la plataforma y los servicios de consultoría para el apoyo, el mantenimiento y la mejora de las diversas soluciones ejecutadas en la plataforma SAS; o el contrato de servicios relacionados con software para la adquisición de un amplio paquete de licencias de Microsoft, incluidos servicios en la nube de dicha compañía (anuncio 2021/S 084-216514). También de interés resulta el acuerdo marco para la prestación de servicios de nube con destino a los departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus organismos públicos dependientes, licitado como servicios por Aragonesa de Servicios Telemáticos, en Aragón (anuncio 2021/S 134-356930).

También constituyen magníficos ejemplos la licitación de un acuerdo marco para la provisión de plataformas de computación en la nube a través del proyecto comunitario OCRE-IaaS+ Cloud Framework Procurement 2020, cofinanciado por la Unión Europea³⁹ o, específicamente en nuestro país, el acuerdo marco para la homologación de proveedores de prestación de servicios de IaaS (Infraestructure as a Service) y servicios complementarios de 2018, licitado por el Consorcio de Servicios Universitarios de Cataluña (CSUC)⁴⁰.

³⁹ El proceso de licitación, con expediente 2020/S 074-176523, se ha ajustado a la legislación neerlandesa de contratación como compra centralizada, pues GÉANT Association tiene sede en Países Bajos. En la licitación se indicó expresamente que tanto las *NREN de GÉANT Association* como las instituciones afiliadas a cada *NREN* podrían beneficiarse del acuerdo marco resultante. A cada país le corresponde un lote (que en el caso de España es el número 34) y el acuerdo marco permite la celebración de contratos derivados entre los proveedores seleccionados para un lote y el *NREN* nacional y las instituciones afiliadas a dicho *NREN*. El lote 34 de OCRE, que corresponde a España, se ha adjudicado a diferentes proveedores en función de la plataforma IaaS+. Puede consultarse en <https://www.ocre-project.eu/services/cloud-suppliers/country/spain>. Resulta muy ilustrativo, a este respecto, el documento de la asociación GÉANT, *Los acuerdos de IaaS+ 2021-2024: información sobre los métodos de adjudicación y el papel desempeñado por GÉANT como organismo central de compras*, 16 de junio de 2021, en el que explica el procedimiento de contratación utilizado y su encaje en la normativa europea y holandesa, está concebido como instrumento de “apoyo a quienes pretendan contratar servicios digitales y en la nube a través del marco de OCRE” (p. 3).

⁴⁰ El proceso de licitación de este acuerdo marco inequívocamente calificado como contrato de servicios del artículo 17 LCSP, con expediente 2018/S 230-526781, se rigió por la normativa española. Puede consultarse en https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/notice.pscp?reqCode=viewCn&iDoc=31854323.

Entre las escasas excepciones recientes puede citarse la licitación de paquetes de software y sistemas de información del ayuntamiento de Albox, en España, para el suministro en alquiler y mantenimiento de una aplicación informática para la gestión tributaria, recaudación e inspección, así como de las tecnologías necesarias para su explotación bajo el modelo “cloud” o “en la nube” (anuncio 2021/S 201-522110). En cambio, aun cuando sea en el ámbito de los denominados sectores excluidos, es curioso comprobar como el contrato licitado por SNCF, en Francia (anuncio 2021/S 199-520398), para la gestión de la ocupación de las estaciones, se califica como contrato de suministro, aunque su objeto directo es el desarrollo de aplicaciones para un entorno SaaS.

Resulta pues claro que la tipificación de las prestaciones de nube encaja claramente con el régimen del contrato de servicios en tanto se adquiere el acceso a recursos tecnológicos (no se compra infraestructura física digital). Y dado que es una consecuencia de la aplicación del derecho europeo de **contratación, la respuesta debe ser uniforme (o la misma)** en todo ordenamiento jurídico nacional.

3. Los contratos de tecnologías en la nube entre particulares como contratos de servicios

En el ámbito privado, la contratación de tecnologías en la nube tiene lugar mediante contratos atípicos de prestación de servicios, completados, en función del tipo de servicio en nube –según se trate de IaaS, PaaS o SaaS– con licencia de explotación de derechos de autor respecto de las aplicaciones precisas para la modalidad de servicio contratada⁴¹. Los contratos pueden ser de adhesión, negociados o mixtos, si bien los más comunes son acuerdos marco o términos y condiciones generales de servicio o anexos, formularios o acuerdos del nivel de servicio⁴².

Los contenidos de los contratos de servicios en la nube entre particulares están perfectamente alineados con los que preocupan en las políticas públicas de nube e incluyen cláusulas sobre privacidad (ubicación de los datos, tratamiento de datos en cadena, seguridad), propiedad intelectual, jurisdicción y ley aplicable, responsabilidad y pago, donde predomina claramente la modalidad de pago por uso, que se ajusta plenamente al carácter escalable de las tecnologías de nube⁴³.

Desde la perspectiva de la contratación entre particulares, por tanto, los contratos de tecnologías en la nube aparecen inequívocamente configurados como servicios. En palabras de GARCÍA DEL POYO, los contratos sobre tecnologías en la nube son “contratos de prestación de servicios, si bien conviene aclarar que los mismos, en numerosas ocasiones, se configuran como generadores de obligaciones de medios y no de resultados”, contratos con los cuales “las compañías beneficiarias de los servicios

⁴¹ R. RUBIO, “La contratación pública de servicios de *cloud computing*: retos y propuestas para su promoción e impulso”, M. A. RECUERDA GIRELA (dir.), *Tecnologías disruptivas. Regulando el futuro*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 543-549.

⁴² R. RUBIO, 2019, pp. 543-544.

⁴³ R. RUBIO, 2019, pp. 544-548. Sobre esta cuestión, más ampliamente, enunciando cláusulas típicas del contrato empresarial de servicios *Cloud*, el contenido de sus anexos que incluyen el ANS (acuerdo de nivel de servicio), así como algunas consideraciones laborales sobre el deber de vigilancia de los empleados, fundamentalmente, penales y de fuero procesal, *vid.* R. GARCÍA DEL POYO, “Cloud Computing: Aspectos jurídicos clave para la contratación de estos servicios”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n.º 2 (2012), pp. 63-90.

de nube buscan una reducción significativa de costes a través de la externalización no solo de los contenidos sino de su gestión, con la pretensión final tanto de reducir costes estructurales como de optimizar los recursos de la propia empresa”⁴⁴. Ello le lleva a considerar que nos encontramos ante un “contrato de prestación de servicios de *outsourcing* ejecutado a través de un esquema o paradigma de Cloud” que “constituye un contrato de los denominados atípicos, por carecer de regulación específica, al menos, en la legislación española”⁴⁵.

4. El criterio del informe 13/2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública sobre la calificación de los contratos de tecnologías en la nube

La Junta Consultiva de Contratación Pública se ha posicionado al respecto en su Informe 13/2021, concluyendo que la tecnología de nube es, como regla general, un contrato de suministro⁴⁶. No podemos compartir íntegramente tan amplia y categórica conclusión dado que la tecnología en la nube no se puede equiparar a los tradicionales equipos o programas. De hecho, la tecnología en la nube, en algunas de sus modalidades, puede no encajar en absoluto en el concepto de suministro, pues no es un producto (ni se opera necesariamente bajo licencia).

Propiamente constituye una simplificación excesiva identificar cualesquiera servicios de nube con la mera “*adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición*” porque no se proyecta sobre concretos equipos o sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, ni se cede el uso. Lo que las tecnologías en la nube proporcionan es capacidad de alojamiento y proceso en nube, no necesariamente en un servidor o equipo concreto (lo que lo diferencia del *hosting*) y, sobre tal base, capacidad de proceso y aplicativos, desarrollados o susceptibles de combinación o desarrollo por el prestador del servicio o por el propio cliente.

La prestación en la nube, especial pero no únicamente cuando se trate de nube pública o híbrida, de forma clara puede también encajar perfectamente en la prestación de un servicio. Así puede constatar en las licitaciones de las propias instituciones europeas o de diversos poderes adjudicadores de muchos Estados miembros, que las configuran y califican inequívocamente como servicios, según ha quedado expuesto. Como hemos tenido ocasión de señalar, la nube ofrece múltiples modalidades y niveles de servicios, habitualmente complejos, con o sin uso de programas informáticos objeto de cesión, con desarrollo de éstos en ocasiones. Por ello conviene analizar detenidamente los argumentos de la Junta Consultiva de Contratación Pública, en su Informe 13/2021, atendiendo a las consideraciones realizadas y, muy especialmente, a la primacía del

⁴⁴ R. GARCÍA DEL POYO, 2012, pp. 58-63.

⁴⁵ R. GARCÍA DEL POYO, 2012, pp. 60-61. En el mismo sentido R. RUBIO, 2019, p. 543.

⁴⁶ Lo que ha generado un inmediato debate y crítica al respecto. Tempranamente, J. GONZÁLEZ GARCÍA, “Los servicios en el contrato de *Cloud* o el contrato de *Cloud* como contrato de servicios”, en el blog *Global politics and Law*, 21 de octubre de 2021, en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2021/10/21/contrato-cloud-suministro-servicio/> (última consulta a 1 de noviembre de 2021), ha afirmado que “aunque dicha calificación pueda ser acertada para algunos contratos concretos, aplicando el artículo 16.3.b) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, no es, ciertamente, acertada para la mayor parte de los contratos de cloud”.

derecho europea en este aspecto y, desde la perspectiva interna, al origen histórico y antecedentes de la actual definición del contrato de suministro.

El Informe 13/2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública concluye, de forma coherente con las tres consultas planteadas por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Función Pública, afirmando lo siguiente:

“1. Los contratos por los que las entidades públicas adquieren el derecho de uso de activos de software en la nube son contratos de suministro conforme a lo dispuesto en el artículo 16.3 b) de la LCSP, a menos que se trate del desarrollo de programas de ordenador a medida del órgano de contratación en la nube, que serán contratos de servicios.

2. Los contratos por los que una entidad pública adquiere el derecho de uso de activos informáticos situados en la nube del proveedor, siendo los titulares o cesionarios de los derechos de uso de tales activos las entidades públicas, son contratos de suministro por aplicación del mismo precepto antes mencionado. De nuevo la excepción viene constituida por los supuestos de desarrollo a medida de programas o soluciones informáticas para la entidad contratante, supuesto en que el contrato debe calificarse como de servicios.

3. Los contratos por los que las entidades públicas contratan las mismas prestaciones a las que se refiere la conclusión anterior, pero en los que tales entidades no son titulares de ningún contrato o licencia, que se suscribe en todos los casos por el adjudicatario, siguen la misma regla conforme a la cual deben ser calificados como contratos de suministro y con la misma excepción de los programas a medida”.

La Junta utiliza dos argumentos para fundamentar sus conclusiones, omitiendo cualquier referencia al Derecho europeo. En primer lugar parte del precedente, ya citado, constituido por su Informe 58/2018, en el que justificó la regla legal y su criterio al interpretarla en la circunstancia de que “la regla general es, por tanto, que este tipo de contratos son usualmente contratos de suministro. Sólo cuando la actividad conlleve la realización personalizada de una actividad compleja que implique la ejecución a medida de un programa informático para el órgano de contratación podremos decir que estamos en presencia de un contrato de servicios. Esta conclusión coincide con la naturaleza de la prestación contractual: cuando estemos en presencia de un contrato en que predomine la obligación de entrega su naturaleza será la de un suministro; cuando lo que predomine sea una obligación de hacer, el contrato será un servicio”. En lo que respecta a la distinción entre “programa a medida” y “programa estandarizado” la Junta remite a su Informe 4/2016, en el cual considera como diferencia fundamental que “en el primero se adquiere la propiedad del mismo, lo que implica poder enajenar, ceder y utilizar libremente ese programa, así como, en la medida en que se adquiere también el código fuente del mismo, poder modificar ese programa con cualquier finalidad”. Ambas cuestiones, sin embargo, resultan discutibles cuando se aplican a la tecnología en la nube, pues ni es cierto que en ella predomine la obligación de entrega, pues no la hay, ni que necesariamente el resultado de un servicio para la elaboración de un “programa a medida” implique la adquisición de todos los elementos señalados por la Junta, como demuestra hoy el artículo 308 de la LCSP.

En segundo lugar, partiendo de la cita de la definición de “nube” en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, que poco aporta a la cuestión de la naturaleza de los contratos públicos relativos a ese “espacio de almacenamiento y procesamiento de datos y archivos ubicado en internet, al que puede acceder el usuario desde cualquier

dispositivo”, la Junta dice apoyar también su criterio en un informe de la Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de 10 de noviembre de 2020. El informe 13/2021 cita únicamente la parte introductoria del informe de la Secretaría General de Administración Digital, que describe muy someramente los contenidos de los servicios en nube, del siguiente modo:

«El presente informe describe los contratos que se engloban en la denominación de “servicios en la nube”. De modo introductorio en este tipo de contratos, los organismos públicos tienen como objeto la adquisición del uso de:

- Software de aplicaciones tales como correo electrónico, sistemas de videoconferencia, o paquetes ofimáticos que incluyen determinadas prestaciones en la nube.

- Infraestructuras para sistemas de información o comunicación como pueden ser servidores, máquinas virtuales, sistemas de almacenamiento, balanceadores de carga, en la nube.

- Plataformas para el desarrollo y ejecución de aplicaciones con diferentes elementos de software y hardware que permiten el despliegue de aplicaciones como aplicaciones móviles, aplicaciones web, bases de datos, Inteligencia Artificial en la nube.

La peculiaridad de estos “servicios en la nube” es que los recursos que se utilizan están sujetos a un sistema de pago por uso, que incluye tanto la licencia de software asociada como la infraestructura y el soporte de la misma».

Pues bien, sobre tales bases la Junta se inclina por considerar todos los contratos de nube –excepto los que tengan por objeto “programas a medida”- como contratos de suministro, prescindiendo de mayores consideraciones. Para ello argumenta, primero, otorgando relevancia absoluta a la existencia de una cesión de uso de software (consideración jurídica 5), afirmando que “el supuesto se subsume en la regla que califica como contratos de suministro a aquellos que tengan por objeto la cesión del derecho de uso de los programas en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición. Esta última referencia no es baladí ni inocua a estos efectos. Cuando el legislador ha querido hacer referencia *ex novo* a las diferentes modalidades de puesta a disposición de cualquier activo de software es porque pretende, de modo congruente con la constante evolución tecnológica en este campo, que se incluyan como contratos de suministro también todos aquellos en que la forma de puesta a disposición del producto pueda diferir de la clásica compraventa o arrendamiento del producto físico” (consideración jurídica 5). La Junta omite, como hemos señalado, cualquier referencia al Derecho europeo.

En segundo lugar, considera igualmente contratos de suministro los relativos al derecho de uso por el sector público de activos informáticos situados en la infraestructura del proveedor, independientemente de que se trate de una plataforma software y hardware en el que el coste se calcula en función del uso o de una plataforma de almacenamiento en la que el coste se determina en función del espacio ocupado, pues “en ambos supuestos la prestación objeto del contrato consiste, de nuevo, en el uso de productos o recursos informáticos que son propiedad del contratista y que, por tanto, si no han sido desarrollados a medida para la entidad contratante, deben ser calificados como contratos de suministro” (consideración jurídica 6). En relación con la duda que se ha planteado acerca de si el inciso “de estos últimos” del artículo 16.3.c) de la LCSP ha de referirse exclusivamente a los “programas” o incluye también los “dispositivos” la Junta opta por lo segundo afirmando lo que sigue:

“A esta conclusión no obsta el hecho de que el artículo 16.3 de la LCSP aluda a la cesión del derecho de uso con la expresión “de estos últimos” porque, por un lado, *dicha expresión alude no sólo a los programas sino también a los dispositivos necesarios para que esos programas puedan ejecutarse y tengan una utilidad para la entidad contratante* y, por otro, porque carecería de sentido cambiar la calificación jurídica del contrato por el mero hecho de que la prestación incluya el uso remoto de las infraestructuras físicas del contratista cuando, como hemos visto, tal uso es imprescindible para que los programas empleados en la nube puedan ejecutarse y, además, el contrato seguiría siendo un suministro si se produjera el arrendamiento de los equipos físicos” (consideración jurídica 6).

Tal conclusión, a nuestro juicio, resulta cuestionable, pues la naturaleza de la prestación cambia radicalmente en función de que tenga lugar la compra o arrendamiento de “productos” concretados en dispositivos e infraestructuras físicas, objeto tradicional del contrato de suministro, o la contratación de un “servicio”, de una “obligación de hacer”, en palabras de la propia Junta Consultiva, que es a lo que se obliga el proveedor de nube, como ocurre con otros proveedores tecnológicos como los de telecomunicaciones o telefonía. Lo que carece de sentido no es cambiar la calificación jurídica del contrato, sino no hacerlo atendiendo, precisamente, a la naturaleza de la prestación, sin olvidar además que la vinculación entre programas, dispositivos y una concreta infraestructura puede venir impuesta o no, así como que, de imponerla el proveedor, la preservación de la competencia debería conducir a examinar las razones que esgrime para ello. En todo caso, de nuevo la Junta omite toda referencia al derecho europeo.

Piénsese que la nube no dirige a una infraestructura concreta, a una máquina o servidor específicos o a una red determinada, sino que lo que se contrata opera contra una red con diferentes nodos y no contra un servidor individualizado y exige, por ésta y por otras razones, otras actividades (especialmente las vinculadas a la seguridad, por poner un ejemplo), por lo que, conforme se señala en el Informe 1/2020, de 28 de julio de 2020, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares (JCCAIB) en relación al caso de soluciones de software que exigen mantenimiento: “estos mantenimientos conllevan, necesariamente, la realización, por parte de las empresas de informática, de una actividad sucesiva dirigida a la obtención de un resultado distinto de una obra o de un suministro, que encaja perfectamente en la definición y características propias de un servicio”⁴⁷.

En tercer y último lugar, la Junta considera también contratos de suministro los contratos por los que las entidades públicas contratan las mismas prestaciones a las que se refiere la consideración jurídica 6 no siendo titulares de ningún contrato o licencia, que se suscribe en todos los casos por el adjudicatario. De nuevo en este supuesto, que la Junta considera “de difícil intelección”, su argumento no es otro que la existencia de cesión de uso pues “si las prestaciones consisten en el uso de una plataforma de software

⁴⁷ En este Informe 1/2020 de la JCCAIB, se concluye que existen dos criterios principales para diferenciar aquellos contratos que deberán ser calificados como de suministro, frente a los contratos mixtos. Así, mantendrán la calificación de contratos de suministro:

1. Cuando los servicios que se incluyan en el suministro no conlleven actuaciones complejas o sean necesarias para el desarrollo normal del programa.
2. Adicionalmente, un segundo criterio que determina, en este caso, la calificación como contrato de suministros, es que los servicios que se incluyen (mejoras, parches o corrección de errores) a iniciativa del proveedor y ésta se corresponde con la forma habitual de actuar en el mercado.

y hardware o en el de una plataforma de almacenamiento de datos, resulta indiferente a los efectos de la calificación del contrato público que las entidades públicas resulten titulares o no de las licencias informáticas. Se trata de una prestación realizada por un contratista en favor de la entidad pública contratante, prestación que consiste precisamente en la cesión del derecho de uso de una serie de activos informáticos” (consideración jurídica 7). Obvia con ello que la interposición de un operador económico entre el proveedor de nube y la entidad pública, operador que es el que suscribe las licencias o contratos con el proveedor, induce a pensar que dicho operador realiza una actividad adicional a la de la mera gestión, que asume “obligaciones de hacer” y que, al margen de lo ya señalado respecto de la cuestionable calificación como suministro de los servicios relativos a dispositivos o servidores de proveedores de nube, el contrato podría calificarse como servicio en función de lo determinado en el expediente de contratación.

Todo ello lleva a concluir que la categórica calificación de los contratos relativos a tecnología de nube como contratos de suministro resulta muy cuestionable y que, al menos en modalidades de nube pública e híbrida, tales contratos pueden encajar mejor, conforme al Derecho europeo y a la propia naturaleza de las prestaciones contratadas, en la categoría de los contratos de servicios. Ello dependerá con frecuencia de la concreta modalidad de servicio en la nube, de la naturaleza pública, privada o híbrida de la nube, de las concretas prestaciones contratadas y de otros factores de los que no puede hacerse abstracción. En cualquier caso, siendo cuestionable el encaje de la normativa básica estatal en la normativa europea, y constatada la generalizada utilización del contrato de servicios por parte de las instituciones comunitarias y los poderes adjudicadores de otros Estados miembros y algunos españoles, no puede sino concluirse que, pese a la interpretación del artículo 16.3.c) de la LCSP realizada por la Junta Consultiva de Contratación Pública estatal, los contratos relativos a tecnologías de nube, especial pero no únicamente en sus modalidades pública e híbrida, son mayoritariamente de servicios, sin perjuicio de que, en función de las concretas prestaciones contratadas, puedan en alguna ocasión calificarse como contratos de suministro⁴⁸.

Sin embargo, no puede dejar de constatarse que, tras el Informe 13/2021, la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Función Pública, que formuló la consulta que dio lugar al citado informe, y el Secretario General de Administración Digital del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital emitieron la “Nota sobre calificación jurídica de los servicios en la nube y su contratación centralizada”, en la que se asume el criterio del tan repetido informe de la Junta, considerando que las modalidades SaaS, PaaS e IaaS tienen la calificación jurídica de suministro a efectos de contratación pública, así como que “los activos de software, infraestructura y plataformas de sistemas y de desarrollo en la modalidad de *cloud computing* o servicios en la nube, están declarados de contratación centralizada”. En la misma nota se analiza la posibilidad de contratar tales activos en los acuerdos marco vigentes en la Administración General del Estado.

⁴⁸ Por lo demás, el Código CPV nos da además una fácil respuesta pues, aun cuando en su aprobación no existían estos servicios de nube, encajan fácilmente, entre otros, en el código 72000000-5 - Servicios TI: consultoría, desarrollo de software, Internet y apoyo.

5. Algunas consecuencias de la calificación de los contratos de tecnologías de nube como contratos de servicios

Todo lo anterior, lógicamente, tiene sentido si se constatan las diferencias de régimen jurídico entre los contratos de suministro y de servicios, especialmente si se atiende al Derecho europeo que, como hemos explicado, establece a nuestro juicio criterios diferentes y prevalentes respecto de la normativa española, para distinguir entre suministro y servicio que, probablemente, sólo la inercia de la normativa histórica española explica que no hayan sido ya asumidos.

Pues bien, la calificación del contrato como contrato de servicios tiene importancia desde al menos cuatro puntos de vista, alguno de ellos ya enunciado anteriormente. Uno primero, relativo a la solvencia que se debe exigir, que es bien distinta en suministros que en servicios donde, además, la cláusula de progreso obliga a una solvencia dinámica.

En segundo lugar, también existen diferencias en lo relativo al plazo de duración del contrato, pues, aunque rige para suministros y servicios de prestación sucesiva el común de cinco años, en servicios dicho plazo puede ser superior, excepcionalmente, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación.

En tercer lugar, ha de tenerse presente también el régimen de los productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial (art. 308.1 LCSP), que ha de considerarse detenidamente para no encarecer el precio, desincentivar la licitación o, simplemente, hacer inviable la concurrencia de potenciales prestadores concretos del servicio. Evidentemente el sector público recurre a tecnología de nube para resolver necesidades tecnológicas para la gestión de sus competencias utilizándola y, en ocasiones, promoviendo su adopción o cesión a otros entes del sector público. Sin embargo, obtener dichas soluciones tecnológicas con frecuencia puede resultar incompatible con la privación de cualquier posibilidad de explotación comercial de las mismas al contratista que las ha desarrollado, que derivaría de la atribución general e incondicionada de la propiedad intelectual o industrial al ente público contratante. Por ello, el artículo 308.1 de la LCSP establece un régimen flexible y razonable a este respecto, que ha de utilizarse teniendo muy presente, en este caso, las funciones estratégicas que la contratación pública debe perseguir, especialmente para la generación y promoción de un tejido empresarial innovador de pequeñas y medianas empresas⁴⁹.

Finalmente, una última cuestión relevante es la relativa a la gestión presupuestaria del gasto y, en conexión con esto, a la elegibilidad para justificar fondos europeos, pues los contratos de suministros encajan en capítulo VI, de inversiones, frente a los contratos de servicios, que se incluyen en capítulo II, de gastos corrientes.

⁴⁹ Al respecto, resulta de gran interés el *Informe sobre la gestión de los derechos de propiedad intelectual e industrial para el impulso de la innovación en la contratación pública de los departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y su sector público*, de septiembre de 2021.

III. CONTRATOS PÚBLICOS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA. EL PRECIO DE LOS SERVICIOS DE NUBE. ¿HASTA DÓNDE SE PUEDE TENSIONAR SIN SER UNA OFERTA ANORMAL?

Como ya se ha señalado, el artículo 2.1.5) de la Directiva 2014/24/EU establece que son públicos “los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”⁵⁰. Sin embargo, las escasas referencias que contienen las Directivas europeas al precio de los contratos públicos se realicen para precisar otras cuestiones que tienen que ver con el respeto de los principios de publicidad, transparencia y competencia, a los efectos de consagrar un auténtico mercado interior de la contratación pública o para reconocer que el precio es un elemento que puede formar parte de los criterios de adjudicación de los contratos públicos. Que el Derecho de la Unión Europea no haya prestado especial atención a la regulación del precio de los contratos públicos se explica si atendemos a que la finalidad de las Directivas de contratación pública no es regular de forma “completa” todos los contratos públicos, sino que el legislador europeo pretende regular únicamente aquellas cuestiones que considera trascendentes en orden a promover y fomentar la creación del mercado interior de la contratación pública, pero con respeto a otros intereses sectoriales⁵¹. Y es que el precio, *per se*, no es un elemento esencial del contrato público y que podría incluso ser sustituido por el criterio de rentabilidad y decidir la adjudicación con otros criterios como plazos, seguimiento, etc. Interesan estas precisiones en tanto puede ayudar a determinar cual es el “valor de los distintos bienes jurídicos en juego”, pues la calidad de la prestación es la causa del negocio jurídico y el precio un instrumento para conseguir tal finalidad⁵².

Como se señala en el art. 67.2, párrafo segundo, de la Directiva de contratos:

“El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad”.

⁵⁰ Y es necesaria una interpretación también funcional. La STJUE de 18 de octubre de 2018, asunto C-606/17, indica que un acuerdo por el que un operador económico se compromete a elaborar y suministrar un producto a diferentes administraciones como contrapartida de una financiación destinada íntegramente a la consecución de este objetivo, debe ser considerado un contrato «oneroso» en el sentido de las directivas sobre contratación pública.

⁵¹ Vid. J.M. GIMENO FELIU, *El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad*, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 59, 2022.

⁵² Interesa destacar, no obstante, que este precio no es en todo caso una retribución económica en metálico, sino que, a efectos de la necesaria onerosidad de un contrato público, por precio se entiende cualquier contraprestación con un valor que preserve la equivalencia de las prestaciones (propia de cualquier relación sinalagmática). Lo que hay que conseguir es un valor razonable. Vid. J.C. GÓMEZ GUZMÁN, *La determinación del precio en los contratos públicos con base en el coste*, La Ley, 2018.

1. La calidad como presupuesto habilitante

La calidad no supone automáticamente un mayor gasto, ni cuestiona en sí misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda licitación pública (no hay que confundir precio con valor)⁵³. El principio de eficiencia no puede ser interpretado con criterios exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio y valorarse en consecuencia⁵⁴. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Así, la mejor calidad se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental⁵⁵.

La exigencia de valorar la relación entre calidad y rentabilidad en un contrato público como nuevo eje de la decisión tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a la adjudicación de contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. Y aquí radica la importancia de la visión estratégica de la contratación pública. Lo que guarda directa relación como elemento ineludible de lo que es la oferta del licitador que, en todo caso, debe ser un precio de mercado (lo que impide jurídicamente en sí mismo ofertas a pérdidas)⁵⁶.

⁵³ J.M. GIMENO FELIU, “La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 159, 2019, pp. 14-19. También, y J. VÁZQUEZ MATILLA, “El concepto de mejor relación calidad precio. La imposibilidad de que el precio sea el factor determinante”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 157, 2018.

⁵⁴Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a mi estudio “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público* sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno, núm. 82, 2016, pp. 137-158. También. T. MEDINA ARNAIZ, “Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 121, 2013, págs. 87-97; M. VAQUER CABALLERÍA, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 186, 2011, pp. 91 y ss. y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en *Tratado de Contratos del Sector Público*, E. GAMERO CASADO e I. GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1387-1393..

⁵⁵ J. PONCE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid. T.R. FERNÁNDEZ, “El derecho a una buena administración: una nueva mirada a la Administración y al derecho administrativo”, en PONCE, J. y VILLORIA, M., *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2020*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2021, pp. 81 y ss.

⁵⁶ Por ello no resultan correctas las ofertas “a cero”. En concreto, las ofertas con precio cero vulneran “el principio de competencia leal y de concurrencia en igualdad de condiciones (al forzar posiciones de renuncia a beneficios que solo pueden ser soportadas por grandes operadores económicos), el principio de equivalencia objetiva de las prestaciones en el contrato público

El artículo 102 LCSP es claro. Así, el apartado 3 indica que “Los órganos de contratación cuidarán de que **el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato** mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”⁵⁷.

De lo que se infiere que lo que no sea precio de mercado, no resulta jurídicamente admisible (y menos si es “contra el mercado”). La competencia propia de la contratación pública pretende tensionar, dentro de unos márgenes, el mercado (lo que sería la flexibilidad), pero la oferta a pérdidas, incluso en un modelo concesional, supone “romper la goma” del fin del procedimiento licitatorio, pues iría más allá del núcleo del concepto de riesgo operacional, ya que no resulta razonable exigir a la autoridad pública concedente aceptar ofertas más allá de la lógica del modelo “ordinario” de reparto de riesgo.

La calidad y no el precio, debe servir para la “discriminación de ofertas” y generar una adecuada tensión competitiva, tanto a nivel de fijar una solvencia empresarial adecuada como de fijar los criterios de adjudicación. Las Directivas europeas de contratación pública afirman que la oferta económicamente más ventajosa se determinará sobre la base del *precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales* vinculados al objeto del contrato público de que se trate⁵⁸. Se utiliza, por tanto, el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la oferta más ventajosa. El cambio es de gran relevancia y explica

oneroso, potenciando por la propia Administración contratante la desvirtuación de elementos básicos de la contratación pública como la correcta consideración de la oferta anormalmente baja y las dificultades para considerar las modificaciones contractuales. Deberá concluirse, por fin, que las mejoras gratuitas han de ser consideradas ilegales por afectar directamente al principio de igualdad de trato de los licitadores y al de competencia leal”, F. BLANCO LÓPEZ, “Las mejoras gratuitas o sin coste en el contrato público”, *Contratación Administrativa Práctica*, N° 141, Sección Reflexiones, enero 2016.

⁵⁷ Véase el trabajo de T. MORENO MARROIG, (2018), “Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato”, en E. GAMERO CASADO e I. GALLEGU CÓRCOLAS (Dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia (págs. 760 y 779) que indica que dejar constancia en el PCAP o en documento anexo de los costes que se presume deberá asumir el contratista para llevar a cabo la prestación podría acabar con la mala práctica de ajustar sus ofertas al límite presupuestario y puede poner fin a procedimientos de licitación con presupuestos inferiores al coste de la prestación. En este sentido, añade la autora que la estimación correcta del precio y por ende del presupuesto de licitación y del valor estimado debe quedar acreditado en el expediente mediante un Informe en el que se analicen los diferentes costes inherentes al contrato -sin olvidar que en el caso de que el coste principal para la realización de la prestación sea la retribución del personal el convenio colectivo de aplicación-, los gastos generales, el beneficio industrial y, por supuesto, las exigencias de la prestación o el bien a suministrar.

⁵⁸ La Directiva 2014/24 introduce el concepto de ciclo de vida en su artículo 2, apartado 20, estipulando que éste incluye «todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización».

que la nueva regulación del artículo 146 LCSP ya no incluya el concepto precio como concepto principal, sino el de costes o rentabilidad, así como que se pongan en valor los servicios intelectuales (opción reclamada desde los servicios de ingeniería y arquitectura). Así, existe una doble distinción de criterios: criterios relacionados con coste (se incluye la mejor relación coste-eficacia) y criterios cualitativos, que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio. La regulación de la anormalidad de oferta (artículo 149 LCSP) permite, además, poner en valor la calidad de la prestación (y, entre otras cosas, evitar la precarización de las condiciones laborales).

En definitiva, el marco normativo de la contratación ha optado por incorporar a la calidad como un nuevo paradigma que debe ser objeto de adecuada valoración e incluso promueve la adquisición de la innovación en el convencimiento de que la mejora permanente en la satisfacción de interés público es esencial en la propia justificación institucional de los poderes públicos. Cuestión de especial incidencia en la adquisición de servicios de nube, donde estabilidad de los servidores, seguridad de la información y capacidad de gestión eficaz de los mismos son elementos esenciales que, por tanto, deben tener especial consideración a la hora de seleccionar al prestador (y la modalidad) del servicio.

Desde una perspectiva transversal, la calidad de la prestación explica la exigencia de tener en cuenta en las licitaciones el ciclo de vida, que abarca todas las etapas de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento o la finalización⁵⁹. Los costes que deben tenerse en cuenta no incluyen solo los gastos monetarios directos, sino también los costes medioambientales externos, si pueden cuantificarse en términos monetarios y verificarse. En los casos para los que se haya elaborado un método común de la Unión Europea para el cálculo de los costes del ciclo de vida, los poderes adjudicadores deben estar obligados a utilizarlo. Y puede ser un elemento clave para determinar una anormalidad de la oferta⁶⁰.

En consecuencia, los poderes adjudicadores podrán hacer referencia a todos los factores directamente vinculados al proceso de producción en las especificaciones técnicas y en los criterios de adjudicación, siempre que se refieran a aspectos del proceso de producción que estén estrechamente relacionados con la producción de bienes o la prestación de servicios en cuestión⁶¹. Esto excluye los requisitos no relacionados con el

⁵⁹ Sobre el criterio ciclo de vida Vid. M.R. DELGADO FERNÁNDEZ, “El cálculo del coste de ciclo de vida en la contratación administrativa” *Gabilex* núm. 7, 2016, pp. 116-152. Esta autora advierte que la introducción de un criterio de coste del ciclo de vida demasiado exhaustivo podría incrementar en demasía los costes presupuestarios, encareciendo el procedimiento y limitando la concurrencia al mismo. Es preciso que no valoren los criterios doblemente, como criterio de valoración y asimismo como cálculo del CCV, del mismo modo que la introducción de estos criterios podría provocar una acentuación de la dificultad del procedimiento, pudiendo generarse incluso procedimientos desiertos. Para evitar lo anterior, es preciso que se desarrolle un estudio previo exhaustivo, tanto a nivel presupuestario de la entidad como respecto al mercado, pudiendo incluso acudir a consultas al mercado.

⁶⁰ Vid. M. ALBA PACHECO, “Las ofertas anormalmente bajas: especial referencia a los criterios medioambientales”, en X. LAZO VITORIA (dir.), *Compra Pública Verde*, Atelier, 2018, Barcelona, pp. 145-161.

⁶¹ Como advierte R. GALÁN VIOQUE, resulta imprescindible encontrar «un punto de equilibrio entre las exigencias de la contratación pública basadas en los principios de publicidad y libre concurrencia y la preocupación por el medio ambiente». *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018, p. 282.

proceso de producción de las obras o los servicios o los productos a los que se refiera la contratación, como los requisitos generales de responsabilidad social corporativa que afectan a toda la actividad del contratista (en tanto son criterios de solvencia) ⁶².

Por otra parte, **frente a una incorrecta lectura del principio constitucional de eficiencia, hay que insistir en la exigencia de hacerlo equivaler al estándar de calidad más adecuado para la prestación del servicio**, en línea de con una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. **Calidad y eficiencia están estrechamente relacionadas entre sí y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental**⁶³. Y esto es, insistimos, esencial en la adquisición de los distintos servicios en la nube.

Uno de los pretendidos motivos de los cambios introducidos en este punto por la Ley vigente es la prevención de distorsiones competitivas. Así, los artículos 1 y 132 de la LCSP establecen la eficiente utilización de los fondos públicos a través de la salvaguarda de la libre competencia como uno de los principios informadores de la Ley, al que debe sujetarse imperativamente la contratación pública.

Para lograr este fin de salvaguarda de la libre competencia, la LCSP ha incorporado distintas medidas orientadas a disminuir la probabilidad de aparición de conductas anticompetitivas en la contratación pública. La inclusión en la LCSP de medidas concretas destinadas a lograr avances efectivos en materia de defensa de la competencia resulta adecuado, a juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la medida en que en *“la contratación pública confluyen circunstancias que la convierten, inherentemente, en un área relativamente más proclive a la existencia de prácticas irregulares desde el punto de vista de la competencia que perjudican, si no se corrigen, a la Administración Pública, a los potenciales competidores y, en último término, a los ciudadanos y contribuyentes”*⁶⁴.

En concreto interesa recordar la previsión del artículo 132.3 LCSP, que desarrolla la previsión de la Directiva de contratación pública de 2014:

“3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente

⁶² Conviene advertir, en todo caso, que la valoración de la calidad como criterio de adjudicación no está necesariamente vinculada a su valoración conforme a criterios de juicio de valor (discrecionales) y puede ser objeto de valoración mediante criterios reglados o automáticos.

⁶³ Vid. “50 criterios de calidad y excelencia en la contratación pública”, accesible en <http://www.agoraceg.org/banco-conocimiento/50-criterios-de-calidad-y-excelencia-para-la-prestacion-del-servicio-que-aportan->.

⁶⁴ Informe sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de actualidad 107, de 16 de julio de 2015, pág. 8). Los motivos en los que sustenta dicha afirmación son las elevadas barreras de entrada, tanto internacionales como de dispersión y complejidad del sistema legal, multiplicidad de órganos de contratación o heterogeneidad de procedimientos previstos.

paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.

Corresponde al órgano de contratación velar porque no se falsee la competencia en el procedimiento. Así, cuando constate que una oferta a pérdidas pone en riesgo la competencia, podrá considerar que se trata una oferta anormal o desproporcionada y excluir a la empresa que la ha formulado⁶⁵.

En cuanto a la calidad en la adquisición de servicios en la nube, parece conveniente, al igual que se hace en otros países europeos, exigir una cualificación previa que garantice la idoneidad de la empresa prestadora del servicio y mediante la que se obligue al cumplimiento de obligaciones que preserven la soberanía de los datos así como la seguridad de los mismos y en las que se especifique la necesidad de separación jurídica en caso de empresas no europeas con el fin de preservar la independencia frente a la normativa de otros países. Asimismo, los criterios de selección que deberán ser preponderantes serán los relativos a los aspectos técnicos, incluyendo como elemento determinante las condiciones de sostenibilidad de la prestación.

b) El precio en la contratación pública: eficiencia y correcto cumplimiento como límites a las ofertas

Las ofertas económicas en procedimientos licitadores se formulan desde la lógica de conseguir **el mejor precio de mercado, que no hay que confundir con el precio más bajo**. Por ello, **cuando se pone en cuestión el propio mercado, máxime si se puede erosionar indebidamente el mejor cumplimiento del interés general, la propia justificación de la correcta aplicación de los principios de la contratación pública, obliga a negar la viabilidad jurídica de ofertas a pérdidas o con “exceso” de prestaciones.**

Debe destacarse una vez más que en el Derecho europeo de la contratación pública el precio no parece ser el elemento esencial para la configuración de un contrato público, aunque su carácter oneroso sí sea un elemento esencial de la definición contenida en el artículo 2.1.5) de la Directiva 2014/24/EU. Debe reiterarse que las escasas referencias que contienen las Directivas al precio de los contratos públicos se realizan para precisar cuestiones relativas al respeto de los principios de publicidad, transparencia y competencia, a los efectos de consagrar un auténtico mercado interior de la contratación pública, además de reconocer que el precio es un elemento que puede formar parte de los criterios de adjudicación de los contratos públicos.

La finalidad de las Directivas de contratación pública no es regular de forma acabada los contratos públicos, sino regular únicamente aquellas cuestiones que resultan relevantes para promover la creación del mercado interior de la contratación pública, pero con respeto a otros intereses sectoriales. **Una prestación de calidad es la causa del negocio jurídico y el precio es sólo un instrumento para conseguir tal**

⁶⁵ A diferencia de los supuestos de acuerdos colusorios, donde la LCSP prevé que debe haber un informe preceptivo de la CNMC (arts. 69.2 y 150.1 en relación a posibles acuerdos colusorios en la constitución de UTEs) en las conductas de ofertas a pérdidas, que son obviamente anormales, corresponde al órgano de contratación, de forma motivada, tomar la decisión que corresponda para velar por el correcto funcionamiento del procedimiento que, insistimos, se vincula al correcto cumplimiento de los fines públicos vinculados a la correcta prestación.

finalidad.⁶⁶ Por otra parte, sin un claro parámetro de calidad como elemento de homogeneización de las prestaciones a adquirir, se rompe la regla esencial de adecuada comparabilidad, quebrando el principio de igualdad de trato.⁶⁷ De tal manera que cualquier interpretación del marco normativo debe encontrarse debidamente alineada con este derecho, evitando distorsiones que lo pongan en riesgo.

3. La anormalidad de ofertas: su función de proteger el interés público

El artículo 41 de la Directiva de concesiones indica que *“la adjudicación de las concesiones deberá efectuarse basándose en criterios objetivos [...] que garanticen la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva tales que **se pueda determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora**”*.

Para proteger el interés del contrato evitando ofertas económicas que puedan ser “temerarias” la legislación contractual ha utilizado la técnica de la anormalidad de ofertas. Se trata de una regulación tradicional de la que ahora interesa destacar el importante cambio normativo en lo relativo a la declaración (y fundamento) de **anormalidad o desproporción de las ofertas**⁶⁸. Pues bien la regulación que contiene la Directiva europea vigente viene a alterar la práctica habitual de esta técnica con una regulación que va a limitar su ejercicio⁶⁹. Su regulación se encuentra en el artículo 69. Con la nueva regulación (que elimina la previsión que se contenía en el proyecto de limitar esta técnica, al menos a cinco ofertas admitidas y que las diferencias sean de un veinte por ciento con la segunda o de un cincuenta global), se podrá excluir, desde la lógica de la proporcionalidad, a las ofertas que resulten anormalmente bajas o desproporcionadas (como lo serán de forma indubitada las ofertas en pérdidas o de “precios predatorios”).

Y para constatar la adecuación de la oferta se determinan en el artículo 69.3 los siguientes criterios:

a) el ahorro que permite el método de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;

⁶⁶ Interesa destacar, no obstante, que este precio no es en todo caso una retribución económica en metálico, sino que, a efectos de la necesaria onerosidad de un contrato público, por precio se entiende cualquier contraprestación con un valor que preserve la equivalencia de las prestaciones (propia de cualquier relación sinalagmática). Lo que hay que conseguir es un valor razonable. Vid. Juan Carlos GÓMEZ GUZMÁN, *La determinación del precio en los contratos públicos con base en el coste*, La Ley, 2018.

⁶⁷ J.M. GIMENO FELIU, 2019, ob. cit., pp. 327-328.

⁶⁸ Esta técnica se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece que «...En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato».

⁶⁹ Sobre esta técnica, por todos, dado su interés práctico, pueden consultarse los trabajos M.A. NARVAEZ JUSDADO, “El precio del contrato y la apreciación de las ofertas anormales” y de F. BLANCO LOPEZ, “La oferta anormalmente baja en la contratación pública. La oferta inaceptable”, en núm. Monográfico *Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local*, en Revista Estudios Locales núm. 161, 2013, pp. 353-378 y 379-406, respectivamente.

b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;

c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;

d) el cumplimiento, al menos de forma equivalente, de las obligaciones establecidas en el artículo 18.2 (principios) y 71 (subcontratación) de la Directiva;

e) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador⁷⁰.

En definitiva, se trata de conseguir el equilibrio entre precio y calidad, evitando proposiciones alejadas del precio de mercado que pueden comprometer la correcta ejecución. Pero además –y esto resulta relevante– de la previsión de la Directiva (artículo 69.2,) se deduce fácilmente que el legislador europeo con todos los criterios enunciados trata de fomentar una sana competencia a través de mejoras de la competitividad y de la capacidad de innovación de la empresa ofertante y no precisamente a trabajar a “pérdidas”⁷¹. Por ello el TJUE ha considerado anormal la oferta que no incluye la totalidad de los costes inducidos por los aspectos técnicos de la oferta seleccionada (sentencia de 15 de octubre de 2013, *European Dynamics Belgium y otros/EMA*, T-638/11, EU:T:2013:530, apartado 68), que es lo que sucede con una oferta a pérdidas.

Como señala CASTILLO BLANCO, no parece que en la Directiva se encuentre admitida la posibilidad de “trabajar a pérdidas”. Estratégico podrá serlo para los proponentes agresivos, pero mucho más complejo resulta llegar a esa conclusión cuando el parámetro es el interés público y las consideraciones derivadas de la contratación pública estratégica.

Por ello, la primera conclusión de esta técnica de anormalidad de ofertas (vinculada al fin de preservar el interés público de la prestación contractual) es la ausencia de libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, exigiéndose un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que en ella tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa por la normativa.

En consecuencia, la eventual decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, sino que debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad, conforme a las exigencias de cumplimiento eficaz de la prestación y cobertura de los costes del contrato. Para ello se impone la necesidad de un procedimiento de verificación contradictoria (por todas, baste señalar la Sentencia del TJUE de 28 de enero de 2016 (T-570/2013), con el fin de comprobar por el órgano de contratación, la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue

⁷⁰ El considerando 103 de la citada Directiva de contratación pública añade, asimismo, que cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador debe estar facultado para rechazar la oferta, puesto que las ofertas que resulten anormalmente bajas podrían estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico.

⁷¹ Así lo resalta F. CASTILLO BLANCO, “Las ofertas anormalmente bajas: a propósito de los costes generales y el beneficio industrial”, *Revista de Administración Pública* núm. 212, 2020, pp. 347-374.

presentada al procedimiento licitatorio⁷². Consiste en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones⁷³.

La regulación de la anormalidad de oferta en la normativa española debe interpretarse en clave europea. De la regulación del artículo 149 LCSP, cuya previsión debe figurar en todo caso en los pliegos, se deduce que una anormalidad de oferta obliga a determinar de forma correcta –y pensando en el cumplimiento correcto– la viabilidad global de la misma. Anormalidad que supone en todo caso una presunción que debe decidirse posteriormente sobre el criterio de riesgo de incorrecta ejecución de la prestación del contrato. Se exige un debate contradictorio a fin de que el licitador pueda probar que su oferta es viable, quedan cubiertos todos los costes y no se pone en riesgo el cumplimiento del interés público causa del negocio jurídico, así como que se garantiza una “sana competencia” entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, *SAG EV Slovensko a.s.*)⁷⁴.

Esta cuestión de la anormalidad y su regulación ha sido analizada por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales. Sobre el mecanismo, función y desarrollo del concepto de oferta anormal o desproporcionada pueden consultarse las Resoluciones núm. 240 y 242 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) de 16 de noviembre de 2011. Puede apreciarse una evidente evolución interpretativa. Inicialmente, la libertad de empresa, a juicio TACRC, se entendía que prevalecía sobre el concepto nuclear en la contratación pública de “precio de mercado”, al admitir incluso la posibilidad de **incurrir en pérdidas**, como elemento basal del proceso contractual público⁷⁵.

⁷² Entre otras, la Sentencia 27 de noviembre de 2001, Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni, ya advertía que, al margen del importe del contrato, la calificación de una oferta como anormalmente baja es presunta y se requiere siempre, en todo caso, solicitar del o de los empresarios afectados una justificación o defensa de las razones que han llevado a presentar una proposición que es considerada desproporcionada o anormal, requiriéndose el asesoramiento del servicio técnico correspondiente.

⁷³ El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al igual que otros órganos de recursos contractuales, tiene sentada una abundante doctrina sobre los fundamentos de la baja anormal o desproporcionada, (entre otros, Acuerdo 14/2011, 4/2013, 5/2013 y 8/2013), de la que deben extraerse dos conclusiones principales. En primer lugar que cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deben servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y, en segundo lugar, que la finalidad de esta apreciación es determinar «que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados».

⁷⁴ En el supuesto de presunción de anormalidad se debe solicitar a la empresa afectada una aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones. Por todos, Acuerdo 9/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

⁷⁵ Se primaba la promoción de la competencia y el beneficio económico que las administraciones podían obtener, de manera que solo permitía el cauce establecido en el procedimiento de las ofertas anormalmente bajas para limitar precios excesivamente bajos.

Más matizada resultó la doctrina de otros órganos de recursos contractuales. En los Acuerdos 3/2013 y 5/2013 del Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) se indica que, en primer lugar, cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deben servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares y, en segundo lugar, que la finalidad de esta apreciación es determinar “que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”.

La evolución, como se ha mencionado, se ha incorporado a la doctrina del TACRC. Así, la Resolución nº 484/2019, de 9 de mayo del TACRC, modificando su anterior criterio, establece que:

“es admisible legalmente establecer en el PCAP índices de saciedad que limiten en la aplicación de la valoración de la oferta económica mediante el criterio precio la atribución del máximo de puntos posibles a las ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minoren el precio más allá del citado límite”.

Esta nueva función del precio (valor) vinculado a la calidad ha sido reconocida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 822/2019 cuya argumentación conviene transcribir:

«Dicho esto, sin embargo, este Tribunal, que bajo el imperio del TRLCSP se mostró contrario a esa fórmula de evaluación de las ofertas económicas (cfr.: Resoluciones 906/2014, 542/2015, 873/2016 –citada por la recurrente– o 230/2018 –que transcribe la 857/2018, invocada asimismo por la recurrente–), ha modificado ya tal criterio inicial, según hicimos constar en nuestra Resolución 976/2018, en la que, además, se tuvo en cuenta igualmente, el cambio normativo que supuso la Directiva 2014/24/UE y la LCSP. Dijimos entonces y reiteramos hoy:

«(...) 2ª. Los argumentos anteriores justificativos de por qué este Tribunal no comparte algunas de las consideraciones más arriba reseñadas, se refuerzan de forma notable a la vista del contenido de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP, que la traspone al ordenamiento español, hasta el punto de que hace decaer completamente los argumentos que apoyan las consideraciones expuestas que no compartimos, en especial, la relativa a la presunta inadmisibilidad legal del establecimiento de un índice de saciedad en la configuración y aplicación del criterio precio cuando opera conjuntamente con otros criterios objetivos y/o subjetivos.

Efectivamente, la Directiva 2014/24/UE mantiene que la adjudicación de los contratos debe hacerse sobre la base del criterio de la oferta económicamente más ventajosa, que, a su vez, se ha de determinar “...desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate.” (Art. 67. de la Directiva 2014/24/UE). Por tanto, no determina en ningún caso que en esa relación coste – eficacia o en la relación calidad – precio, siempre se haya de aplicar el criterio precio en su modulación de precio más bajo.

Es más, la propia Directiva admite que no se valore la minoración del criterio coste o precio, en cuanto admite que se opere sobre un coste o precio fijo, cuando determina en su artículo 67.2, que: “El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o

coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad”.

“A partir de ese texto normativo hemos de considerar que si el factor coste puede adoptar la forma de un precio fijo no susceptible de mejora por minoración, con mayor motivo debe admitirse un precio no fijo pero limitado por un índice de saciedad, que puede minorarse más allá de ese límite pero sin favorecerse por un incremento de puntos en su valoración. En el mismo sentido, es indudable que esa Directiva atribuye al poder adjudicador la libertad de delimitar los criterios de adjudicación dentro del respeto a los requisitos que establece, cuando en su artículo 67.5 determina que: “5. El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada”. En fin, la LCSP ha incorporado las directrices de la Directiva 2014/24 al ordenamiento español, recogiendo los criterios antes citados en lo relativo a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y a la incorporación de criterios sociales y medioambientales y de innovación, que modulan la relación coste-eficacia y la relación calidad-precio, así como los principios de eficiencia y economía en el gasto público. En particular, este último principio es indudablemente matizado, en lo que aquí concierne, en el artículo 1.3, de la LCSP cuando determina que:

*“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”. **Lo anterior, vinculado a la autorización normativa sobre que el factor coste pueda operar como coste o precio fijo de forma que los licitadores compitan solo en función de criterios de calidad, es lo que determina que no pueda ya, actualmente, afirmarse en modo alguno que no es admisible legalmente establecer en el PCAP índices de saciedad que limiten en la aplicación de la valoración de la oferta económica mediante el criterio precio la atribución del máximo de puntos posibles a la ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minoren el precio más allá del citado límite.>> En suma, lejos de suponer una infracción del Ordenamiento Jurídico determinante de nulidad de pleno derecho, la cláusula cuestionada es conforme a Derecho, lo que determina la inadmisibilidad del recurso en lo que se refiere a la impugnación indirecta del Pliego**”.*⁷⁶.

⁷⁶ No se trata de un criterio compartido por otros tribunales. El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco en la Resolución 127/2018, entiende que establecer un umbral de saciedad infringe tanto el principio de igualdad –al valorar igual ofertas potencialmente desiguales– como el de oferta económicamente más ventajosa –debido al desincentivo a ofertar precios competitivo. La saciedad, en mi opinión, debe funcionar como indicio de anormalidad de tal manera que una oferta que supere ese umbral y justifique su normalidad puede ser admitida corrigiendo proporcionalmente la asignación de puntuación. Vid. sobre esta cuestión G. MARTÍNEZ MONTES, “Calidad y precio en la contratación pública. Los umbrales de saciedad y su sentido estratégico”, en: <http://www.obcp.es/opiniones/calidad-y-precio-en-la-contratacion-publica-los-umbrales-de-saciedad-y-su-sentido>. Respecto a la legalidad de los umbrales de saciedad, cuestión controvertida dentro del Derecho

Esta última conclusión, que valida los umbrales de saciedad (lo que impide *per se* ofertas a pérdidas), es especialmente relevante, pues pone de manifiesto que la apreciación de que **la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado.**

En definitiva, la decisión sobre si la oferta a pérdidas puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, que dará respuesta a la viabilidad de eficacia de una oferta anormal atendiendo a la inexistencia de riesgos que comprometan la eficaz prestación del contrato. Así lo ha venido a precisar el propio Tribunal Supremo en sentencia de 20 de marzo del 2012 (rec. 2338/2011), al recordar que concepto de baja temeraria debe ser completado, con el concepto de "*cumplimiento a satisfacción de la Administración*".

Lo que **en contratos con tanta sensibilidad financiera como los servicios de nube resultará casi de "prueba diabólica" en las ofertas a pérdidas, pues ante la duda sobre la viabilidad debe protegerse al interés general inadmitiendo ofertas que pongan en un riesgo no asumible la correcta prestación** (y que por ello son claramente anormales)⁷⁷. Esto sin olvidar que, como se ha expuesto antes, una oferta a pérdidas sería incompatible con la normativa de competencia, a cuya aplicación el órgano de contratación está obligado.

4. El principio de proporcionalidad como necesario parámetro interpretativo a la hora de (in)admitir una oferta anormal

Otro argumento que avala la inviabilidad jurídica de oferta a pérdidas o con exceso de prestaciones proviene de la correcta interpretación del principio de proporcionalidad de las decisiones públicas para ajustar las mismas al canon de la buena administración.

La contratación pública como estrategia debe prevalecer frente una indebida visión economicista de la competencia en la contratación pública, donde deben existir límites a una tensión competitiva indebida. Y en ese contexto las ofertas de las empresas tienen unos claros límites que, además, condicionan la decisión al respecto del poder adjudicador. En la interpretación concreta del alcance de los distintos derechos e intereses –y, en especial del interés público que es la causa del negocio jurídico– debe respetarse el principio de proporcionalidad. Dicho principio, desde la óptica del Derecho europeo, exige que los actos de los poderes públicos no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa y otros*, C-

Administrativo, *interesan las reflexiones de G. DOMÉNECH PASCUAL*, "Umbrales de saciedad y principios de eficiencia, igualdad y libre competencia en las licitaciones públicas", en: <http://www.obcp.es/opiniones/umbrales-de-saciedad-y-principios-de-eficiencia-igualdad-y-libre-competencia-en-las>.

⁷⁷ Ya la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 38/2010, de 24 de noviembre recordaba el límite a las bajas del "*posible riesgo en la ejecución*".

331/88, apartado 13, de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y otros*, C-133/93, C-300/93 y C-362/93, apartado 41, y de 5 de mayo de 1998, As. C157/96, *National Farmers' Union y otros*, apartado 60).

En consecuencia, debe entenderse que **dicho principio obliga al órgano competente a adoptar la decisión más respetuosa y “equilibrada” con los distintos intereses en juego, descartando interpretaciones formalistas contrarias al resultado perseguido por la norma.** En este contexto, el principio de proporcionalidad se erige como un parámetro fundamental, de motivación primero y de control después de la actuación discrecional de los poderes públicos, que permite examinar la idoneidad, la necesidad y la correcta ponderación de sus decisiones a la luz de la finalidad que con ellas se pretende alcanzar. Este principio brinda un esquema de razonamiento que ha de ser utilizado tanto por la Administración como por los órganos de control, especialmente por los órganos jurisdiccionales, a la hora de adoptar o, en su caso, verificar la conformidad a Derecho de un determinado acto o disposición general que suponga una restricción de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Asimismo, la proporcionalidad como norma de mandato dirigida a la Administración encuentra hoy su sustento en el artículo 103.1 de la Constitución, que establece como fin último de su actuación el de servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Para lograr este propósito, es preciso que su actuación discrecional sea imparcial y plenamente coherente y respetuosa con las normas existentes en el ordenamiento jurídico, incluido el principio de proporcionalidad.

Se trata, por tanto, de un principio con un claro fundamento constitucional y, de hecho, según las consideraciones efectuadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es un principio básico que resulta inherente al Estado de Derecho y al valor de justicia proclamado en el artículo 1.1 de nuestra Constitución, que demandan la satisfacción de los intereses generales con la menor incidencia posible en la esfera jurídica del ciudadano (SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 9; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7; y 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2).

A su vez, la idea de justicia material implícita en el mismo proscribire todo sacrificio excesivo de la libertad y conduce a un control sustantivo de la actuación administrativa, no meramente formal, valorando las circunstancias concretas del caso para determinar si ésta es proporcionada o no.

El principio de proporcionalidad se caracteriza por las siguientes notas básicas⁷⁸:

a) Su carácter relacional, por cuanto compara dos magnitudes, el medio y el fin, que deben ser en todo caso lícitas. Si alguna de ellas es ilícita no procedería realizar un examen de proporcionalidad de la potestad discrecional, sino que estaríamos ante una infracción de los elementos reglados y, en consecuencia, sería necesario analizarla a la luz del principio de legalidad. Ello sin perjuicio de que, una vez comprobada la licitud de la magnitud en cuestión, pueda procederse a la verificación de su contenido material a través del principio de proporcionalidad.

⁷⁸ Por todos, en esta materia, B. GÓMEZ FARIÑAS, “El principio de proporcionalidad como parámetro de interpretación y control en materia de contratación pública”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2016* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 387-404

b) Su carácter relativo, al no desprenderse del mismo prohibiciones abstractas o absolutas, sino vinculadas al caso concreto. La ponderación de los intereses en conflicto debe ceñirse a las circunstancias concurrentes en cada supuesto, de tal modo que tanto el examen de magnitudes como la conclusión de proporción o desproporción a que se llegue han de ser individualizadas y en ningún caso pueden conducir a la proscripción general de un determinado instrumento jurídico.

Lo anterior permite comprender que **el principio de proporcionalidad se configura como una herramienta que genera argumentación y fomenta una mayor racionalidad y coherencia en las decisiones adoptadas por los poderes públicos en el ejercicio de las potestades que tienen conferidas**. Esto permite a su vez realizar un control efectivo de las mismas. De este modo, presenta una doble vertiente en Derecho administrativo, en función de si se concibe como una norma de mandato o como una norma de control; es decir, si quién hace uso del mismo es la propia Administración pública a la hora de ejercer sus potestades discrecionales o los órganos jurisdiccionales en su función controladora.

Con este telón de fondo, el principio de proporcionalidad orienta a la Administración en el buen uso de sus potestades discrecionales y le marca una serie de pautas de conducta genéricas que ha de seguir para alcanzar los fines que el Derecho le atribuye. Esta labor de reflexión implica una importante reducción de las actuaciones irracionales, improvisadas y arbitrarias, garantizando la efectividad de los principios de integridad y buena administración. En definitiva, la proporcionalidad como norma de mandato representa la medida exacta de las potestades administrativas y constituye un límite sustancial a la actividad de la Administración, delimitando para cada supuesto concreto los contornos que la discrecionalidad no puede rebasar. **Y, con relación al supuesto de ofertas a pérdidas resulta evidente el límite de respeto efectivo de la libre competencia y correcto cumplimiento del contrato. Un funcionamiento normal del mercado debe posibilitar la salvaguardia de la competencia, permitiendo obtener precios competitivos como resultado de la licitación pública, pero con límites para proteger al propio contrato público**⁷⁹.

En su segunda vertiente, **la proporcionalidad como mecanismo de control de la decisión, el principio se concibe como un instrumento que facilita la fiscalización de la actuación administrativa por parte los órganos que la tienen atribuida, los cuales deberán realizar un control teleológico** y comprobar su adecuación a los fines que la justifican. Esta concepción del principio se corresponde con su función negativa, por cuanto no sirve para sustituir la voluntad de la Administración ni garantizar el trato más suave a los ciudadanos, sino para expulsar del ordenamiento jurídico aquellas resoluciones que supongan un sacrificio inútil, innecesario y

⁷⁹ Así lo indica, por ejemplo, el Acuerdo 21/2013, de 30 abril de 2013, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón donde se afirma que *“la decisión acerca de si una oferta puede o no cumplirse, no implica la libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, sino que se requiere un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa por el TRLCSP. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad. (..) Como señala el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de junio de 1990, el informe tiende a ilustrar la voluntad del órgano que tiene que resolver y su razón de ser está en la garantía que esta valoración técnica representa para la viabilidad de la pretensión, susceptible de orientar el sentido y alcance que deba adoptar el acuerdo o su misma oportunidad”*.

desproporcionado de las libertades individuales o pongan el riesgo el interés general, que en un contrato público se vincula de forma ineludible a su correcta prestación.

En síntesis, estamos ante un principio cuya principal virtud consiste en fomentar la argumentación en la toma de decisiones por los poderes públicos y evitar que las posibles restricciones de los derechos e intereses legítimos del privado sean desproporcionadas en relación con la finalidad que se pretende alcanzar. Este proceso de verificación de la racionalidad de las decisiones adoptadas se articula sobre la base de la estructura tripartita y escalonada del principio de proporcionalidad, que sirve a los órganos de control como guía en el camino de la argumentación que le conducirá a la resolución sobre la proporción o desproporción de la medida administrativa. En efecto, este principio presenta una estructura lógica compuesta por tres subprincipios o niveles de examen: “idoneidad”, “necesidad” y “proporcionalidad en sentido estricto”. Estos subprincipios se aplican de forma sucesiva y escalonada, es decir, la medida sometida a la máxima de la proporcionalidad ha de superar cada nivel de examen para pasar al siguiente, pues en caso contrario será inmediatamente declarada no conforme a Derecho. De esta forma, los distintos subprincipios se configuran como elementos de criba de aquellas decisiones manifiestamente desproporcionadas, por lo que solamente las que generen una duda razonable acerca de su proporción o no lograrán llegar hasta los últimos estadios.

Y aplicando al caso que nos ocupa, insistimos, **la interpretación normativa alineada con este principio de proporcionalidad revela la adecuación jurídica de considerar contraria a derecho una estrategia empresarial de ofertas a pérdidas en licitaciones públicas, pues tal práctica compromete la causa del propio negocio, introduciendo riesgos no asumibles desde la óptica de la correcta prestación al ciudadano.**

De acuerdo con CASTILLO BLANCO⁸⁰, **la fijación de precios por debajo del valor de mercado, en el equilibrio y tensión que ha de mantenerse entre los principios de eficiencia y competencia, tiene que evitar que la presentación de ofertas en pérdidas ocasione un *dumping* consistente en la eliminación de competidores, lo que es una práctica proscrita por la legislación de defensa de la competencia y produce una desigualdad efectiva en el trato a los licitadores⁸¹.** Desde luego, y al menos en aquellos supuestos previstos en el artículo 17.2 de la legislación sobre competencia, no pueden ni deben ser permitidos⁸². En las propias

⁸⁰ F. CASTILLO BLANCO, “Las ofertas anormalmente bajas: a propósito de los costes generales y el beneficio industria”, Revista de Administración Pública núm. 212, 2020, pp. 347-374.

⁸¹ El recurrente, en el Acuerdo del Tribunal administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 18 de mayo de 2016 (rec. Núm. 88/2016) argumentará que es la “no búsqueda de beneficio y el interés reputacional” la clave de la cuestión razonando que “el licitador propuesto a adjudicatario por el Ayuntamiento reconoce expresamente que está incurriendo en “dumping”, conducta prohibida por la Ley 15/2.007 de 13 de julio de Defensa de la Competencia, en este sentido se antoja inconcebible que una Administración Pública ampare el incumplimiento de la Ley cuando de acuerdo con la Constitución Española es precisamente la Administración la que tiene un especial deber de diligencia en cuanto a la exigencia del cumplimiento de la Ley, también la 15/2.007, actuación de la que debiera dar parte al Servicio de Defensa de Competencia y en su caso al Tribunal”.

⁸² Esta opinión se mantiene EN R. FERNÁNDEZ ACEVEDO Y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de directivas el sector” en R. Fernández Acevedo y P. Valcárcel Fernández (Dir.) *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Ed. Civitas Thomson Reuters:

palabras del Acuerdo 29/2011 del TACPA, **la existencia de una competencia efectiva es un requisito indispensable para llevar a cabo un gasto público eficiente.** Eficiencia en el gasto público que no debe contemplarse únicamente respecto al procedimiento en curso, sino del conjunto de la contratación pública, por lo que favorecer prácticas contrarias a la competencia, incluso si supusieran un ahorro puntual en un concreto procedimiento, acarrearían a largo e incluso a medio y corto plazos un incremento en ese gasto.

Esta conclusión se refuerza en el contexto de movilización de inversiones a través de los fondos europeos *next generation*⁸³. Los fines de los fondos europeos, marcados por el Reglamento de la UE son la nueva “brújula” en la determinación de criterios de adjudicación y de exigencias de ejecución, sin olvidar el carácter instrumental de los contratos públicos derivados de estos fondos (que no responden a necesidades ordinarias, sino al fin de invertir recursos públicos para transformar y reactivar el país). Las exigencias de mayor rendimiento de estos fondos (de marcado carácter instrumental) aconsejan abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas del proyecto en términos de valor. Esto significa que deben superarse inercias formalistas que continúan exigiendo una vinculación estricta con el objeto de la licitación y su eficaz cumplimiento.

Así, en **este contexto europeo de nueva gestión contractual para movilizar inversiones sostenibles que permitan la reconstrucción y la resiliencia la opción de ofertas a pérdidas o a precio cero carece de fundamento jurídico, al ir en contra de lo que son los nuevos canones de una gestión estratégica y responsable.**

Madrid, 2014, p. 270). Recordemos, a estos efectos, que dicho artículo contempla tres supuestos: a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos; c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

⁸³ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “*Los fondos europeos next generation como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal*”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 214, 2021.

IV. ANALISIS DE LAS LICITACIONES Y ADQUISICIONES DE SERVICIOS DE NUBE EN ESPAÑA: PRINCIPALES DISFUNCIONES

En este apartado se parte de los datos sobre licitaciones públicas que incluyen servicios de computación en la nube recogidos por la consultora de servicios tecnológicos KALAMAN en su «Estudio compra pública de nube». Se harán a continuación una serie de reflexiones desde una perspectiva jurídica.

Los problemas de competencia detectados tienen sin duda varias causas, entre las que pueden citarse la insuficiencia de las previsiones de la LCSP, que está más orientada a la prevención o corrección de pactos colusorios, dado que tradicionalmente la existencia de situaciones de dominio económico o tecnológico en el ámbito privado no ha sido vista como una situación de riesgo desde la perspectiva de la contratación pública. Sin embargo, circunstancias de hecho, como la tipología de los clientes públicos de las tecnologías, unida a una todavía insuficiente normalización técnica, ponen límites a la competencia actualmente difíciles de soslayar. En todo caso, la práctica detectada de usar denominaciones comerciales en las licitaciones o del “empaquetamiento” puede tildarse de ilegal en casi todos los casos.

1. Estado de la cuestión: la compra pública de servicios en la nube en la actualidad.

Los datos manejados a continuación han sido extraídos de dos tipos de fuentes: por un lado, proceden del análisis de licitaciones realizadas en desarrollo del **Acuerdo marco para el suministro de servidores, sistemas de almacenamiento y software de infraestructura** (AM 13/2018) de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Administración Pública; por otro lado, de la búsqueda y análisis directa de distintas licitaciones individuales.

Entre las realizadas en el seno del Acuerdo Marco citado, se destaca en particular una licitación realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal, organismo autónomo adscrito al Ministerio de trabajo y economía social de acuerdo con el Real Decreto 1383/2008, de 1 de agosto, por el que se aprueba la estructura orgánica y de participación institucional del Servicio Público de Empleo Estatal. La finalidad de la licitación, de un importe holgadamente superior a los 2,5 millones de euros es la «modernización de los puestos de trabajo y de la infraestructura para habilitar el teletrabajo con fiabilidad y seguridad». Aunque se refiere en todos los casos a soluciones “Microsoft o equivalente”, los requerimientos técnicos son tan detallados que no existe margen para otra posible solución. En la descripción de la necesidad se establece lo siguiente: “El objeto del contrato es la adquisición de licencias de soluciones de seguridad de Microsoft (o su equivalente) para reforzar la seguridad de los productos ya contratados reforzando las capacidades de seguridad con las que actualmente cuenta el SEPE, y de servicios asociados”. Así mismo, en los requerimientos mínimos se hacen reiteradas referencias a “Azure”, como al señalar las capacidades de seguridad avanzadas (Azure AD Premium Plan 2 o equivalente) o respecto a la solución de administración de eventos de información de seguridad (SIEM) y respuesta automatizada de orquestación de seguridad (SOAR), en que se hace referencia a “Microsoft Azure Sentinel” o equivalente.

Entrando ya en el ámbito de las licitaciones públicas realizadas al margen del acuerdo marco anteriormente citado, también se ha observado que en gran número de casos se hace referencia a componentes ya instalados, principalmente de Microsoft Azure, para justificar la necesidad tecnológica.

En el estudio se señala que en ocasiones en las **invitaciones a licitar** se incorporan **nombres comerciales concretos**. Se aventura por los autores del estudio que esto podría ser admisible cuando se incorporen diversos proveedores potenciales, es decir, cuando junto a marcas comerciales como Azure (o concretos programas, como Microsoft suite o Microsoft office 365) se incorporen las que es posible obtener a través de otros posibles proveedores (como AWS o G-Suite). Se añade que, aunque en ocasiones se emplean coletillas como «equivalente» (como por ejemplo «Microsoft o equivalente»), en ocasiones los requerimientos son excesivamente detallados y coincidentes con los de ese concreto producto, entonces no existirá margen para otra posible solución.

El análisis de **licitaciones públicas** al margen del mencionado Acuerdo Marco revela que en gran número de licitaciones se hace referencia a componentes ya instalados (principalmente de Microsoft Azure) para justificar la necesidad tecnológica de la concreta solución de una determinada empresa. En este sentido, puede observarse que existe un gran número de licitaciones por debajo de 50 mil euros que recogen soluciones de fabricantes específicos justificándose en la existencia de “Contratos previos”.

Por otra parte, un gran número de licitaciones de servicios en la nube se refiere a soluciones específicas de software o bien a desarrollos a medida de ciertos servicios en la nube. Además, en muchos casos se requiere que las soluciones en la nube sean mediante nubes que sean “no pública”. Por el contrario, en un gran número de licitaciones de nube pública no se condicionan las ofertas a ninguna tecnología concreta y se deja por tanto abierto el campo a cualquier fabricante.

En el período analizado, que abarca desde el 1 de enero de 2020 a noviembre de 2021, se han localizado 227 licitaciones que hacen referencia a AZURE, bien en la carátula de los expedientes o bien en el contenido de los pliegos. En ocasiones la justificación se hace basándose en la existencia de software ya instalado, pero en otras ocasiones no se hace ni siquiera esa justificación y en muchos casos tampoco se establece la posibilidad, siquiera teórica, de tecnologías equivalentes. Entre las licitaciones recogidas en la muestra de estudio puede destacarse la realizada por el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación de un Servicio de Alojamiento y Explotación de la infraestructura en la nube, por una cuantía de 95.150 euros. La especificación se hace con base en haber realizado ya la migración de algunos servicios a Azure, lo que al parecer sería suficiente para limitar la concurrencia hacía otras tecnologías según el poder adjudicador. Se contrata mediante una bolsa de servicios que proveerá los recursos de infraestructura en la nube junto con las correspondientes licencias de suscripción para el software que se explota en dicha infraestructura. El alcance del contrato incluye gran número de servicios Azure (Backup Azure, Azure Data Factory, Azure Analysis Services, etc.).

Yendo más allá, por parte de IFEMA se licita el Servicio de desarrollo de una plataforma digital para la gestión integral de comunidades y eventos por una cuantía de 10.585.238 euros, señalando que el adjudicatario deberá desplegar la solución tecnológica en Microsoft Azure en el tenant de IFEMA y sin dejar abierta ninguna otra posibilidad tecnológica.

Ciertamente, en el mismo período analizado, se han localizado 636 licitaciones que hacen referencia a los conceptos de «Nube» o de «Cloud», bien en la carátula de los expedientes o bien en el contenido de los pliegos. **En la mayor parte de los casos no**

se hace referencia a ninguna marca comercial de proveedor de servicios en la nube. Sin embargo, muchas de las licitaciones se refieren a implementación de soluciones SAAS en la nube y muchas hacen referencias a entornos en nube de determinadas empresas como IBM, ORACLE, HDS, etc.

En los estudios específicos que se hacen de concretas licitaciones se ponen de manifiesto las dificultades que encuentra el gestor a la hora de licitar este tipo de objetos contractuales intentando la mayor neutralidad tecnológica y la mayor apertura a la competencia. Por ejemplo, en la licitación de una “Plataforma basada en nube para intercambio de contenidos y producción de programas en RTVE”, con el expediente está dividido en dos lotes, uno relativo a la “Plataforma Web con Alojamiento en la nube” y el otro al “Control de calidad automático para master en emisión en nube”. Es preciso tener en cuenta que RTVE ya contaba con almacenamiento en Google Drive, que se pretende ampliar y profesionalizar.

El pliego no excluye soluciones técnicas ni limita la concurrencia, pero contiene aspectos que pueden dificultar el acceso a proveedores distintos de Google, ya que en la plataforma existente se utilizan las APIs de GOOGLE para todas las operaciones relacionadas con el almacenamiento, por lo que el adjudicatario incluirá en su oferta los cambios que deberá realizar. Siendo evidentemente difícil separar la provisión de la plataforma de la integración, las especificaciones establecidas pueden desanimar a integradores que no sean Google.

En otros casos, la licitación es claramente irregular, como en la Renovación del licenciamiento Microsoft Enterprise Agreement y Servicios de Azure y adaptación para el Grupo Correos por más de 9 millones de euros. Aunque el contrato se distribuye en cuatro lotes –cada una de las empresas del grupo– se establece que sólo se admitirán ofertas integradoras: “No obstante, para aprovechar las sinergias técnicas y económicas de la adquisición de productos Microsoft y servicios estrechamente relacionados, sólo se admitirán ofertas integradoras.” En el PPT se recogen descripciones y códigos de producto de Microsoft más que las funcionalidades requeridas de los servicios en la nube. Por otra parte, en cada uno de los lotes se agrupan dos servicios: por un lado, un “Enterprise Agreement” de suscripción, actualización y mantenimiento de licencias y por otro Server and Cloud Enrolment y Servicios Azure. Claramente habría sido posible estructurar los lotes separando la parte de Enterprise Agreement de licencias de software de los nuevos servicios de nube para todas las empresas del Grupo Correos.

En alguna de las licitaciones la referencia a una concreta empresa de nube parece claramente innecesario. Sería el caso de la licitación del “Contrato mixto de suministro y servicios del arrendamiento de licencias, infraestructura en nube, soporte externo, mantenimiento de los sistemas y soporte de licencias Oracle” hecha por la Diputación de Málaga por un importe algo superior a los 1,2 millones de euros. Se licitan dos lotes, el relativo al “Servicio de Infraestructura en nube, arrendamiento de licencias, soporte externo y mantenimiento de los sistemas Oracle del Patronato” y el “Servicio de soporte de licencias Oracle”. Claramente, el interés reside en el primero, en cuyo objeto aparece junto con otras cuestiones, “la dotación del servicio de infraestructura en nube”. La referencia a los servicios de infraestructura en la nube se hace utilizando únicamente denominaciones comerciales de Oracle. Fácilmente se podría haber establecido expresamente la posibilidad de proporcionar esos servicios de Oracle desde cualquier proveedor de nube, además de Oracle.

En otros supuestos, la existencia de una infraestructura en nube previa, incluso muy pequeña, se usa para justificar –incluso implícitamente– la necesidad de ampliar sobre la misma sin abrir otras posibilidades. Parece ser el caso de la licitación por el Ayuntamiento de Almería del “Servicio de computación IASS y PAAS ofrecidos desde

Microsoft Azure”, en la que no se motiva –ni en la memoria de justificativa del expediente, ni en el pliego de prescripciones técnicas- la necesidad de contratar Azure, limitándose a hacer referencia a que el Ayuntamiento ya dispone de una serie de recursos en Azure cuando se describe las características técnicas de la prestación.

Del muestro analizado se constata la existencia, en ocasiones por inercia, de prácticas que tienen un mrcado efecto distorsionador desde la perspectiva de la competencia, en tanto se produce un claro “cierre del mercado”, lo que comporta, además de las conocidas ineficiencias, una limitación a la implantación de soluciones más innovadoras, limitando el espacio a las actividades empresariales de múltiples empresas (generalmente pequeñas) que se dedican a dotar de nuevas soluciones de tecnología en el sector público y que necesitan unas reglas transparentes en las decisiones sobre la adquisición de tecnología en la nube.

2. La insuficiencia de las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público.

En el Derecho europeo, el Derecho de la contratación pública –tanto legislado como pretoriano- ha ido surgiendo de los principios comunitarios de igualdad de trato a los operadores económicos y no discriminación. En la práctica, como un desarrollo de las políticas de promoción de la competencia, un instrumento fundamental en la construcción del mercado interior europeo.

Sin embargo, las prácticas contrarias a la competencia en las que ha fijado primariamente su atención el legislador español de contratos son la concertación entre empresas para repartir el mercado. En este sentido lo que se establecía en la durante mucho tiempo ignorada disposición adicional vigésimo tercera del TRLCSP, en relación con la necesaria colaboración de los órganos de contratación y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, a la hora de trasladar a la Comisión Nacional de la Competencia aquellos hechos de los que tengan conocimiento, en el ejercicio de sus funciones, que pudieran constituir infracciones a la legislación de defensa de la competencia y, en particular, “cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.

Ciertamente, la colusión entre empresas se encuentra prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al considerar nulo de pleno derecho todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

En el mismo sentido apunta el art. 262.1 CP:

«Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte *en un concurso o subasta pública*; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; *los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate*, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. *Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos*, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el

derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años».

En todo caso, no sólo está dirigido primariamente a acuerdos colusorios de diverso tipo, sino que se trata de un precepto todavía no aplicado en el ámbito de la Administración pública.

En todo caso, en el ámbito de la contratación pública la promoción de la competencia es un medio condicionado a un fin, que es la consecución de la mejor prestación posible en relación calidad-precio, correctamente ejecutada. Es con esa finalidad que se establece como una de las finalidades de la LCSP la de “salvaguarda de la libre competencia” (art. 1.1). Específicamente, en los procedimientos de adjudicación deben respetarse los principios de igualdad, transparencia y libre competencia y existe un deber específico de notificar a las autoridades de competencia cualquier hecho que pueda suponer una infracción de la legislación de defensa de la competencia, pero de nuevo, la referencia específica se hace a “cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación” (art. 132 LCSP). En el artículo 150 se insiste en este último aspecto: “Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación”, deberán dar traslado a las autoridades de competencia.

Evitar la distorsión de la libre competencia es una de las condiciones de validez de los encargos realizados por una entidad del sector público a otra, recogida en el art. 33.3 LCSP, o de contratos entre entidades del sector público excluidos de la LCSP (art. 321.6, c) o, en otro orden de cosas, de los acuerdos marco (art. 219.1 LCSP), de los sistemas dinámicos de adquisición (art. 223.1 LCSP), pero sobre todo evitar cualquier distorsión de la competencia, junto con la transparencia del procedimiento y la igualdad de trato a todos los licitadores es un deber de todos los órganos de contratación de acuerdo con el artículo 64 LCSP, para lo que deberán prevenirse o solucionarse todos los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación. Específicamente, la posibilidad de que una empresa que haya participado en la preparación de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento debe ser objeto de consideración específica y en todo caso deberá velarse porque esa participación de la propia empresa u otras de su grupo empresarial no falsee la competencia (art. 70.1 LCSP). Del mismo modo, puede evitarse la división en lotes del objeto del contrato cuando con ella se corriese el riesgo de restringir injustificadamente la competencia, previo informe de la autoridad de competencia competente [art. 99.3, a) LCSP]. En la misma línea, la posibilidad de consulta previa al mercado está condicionada a que ello no tenga el efecto de falsear la competencia (art. 115.2 LCSP). Sin embargo, puede estimarse que el énfasis sigue estando en la posible existencia de colusión entre empresas, que deberá ser puesta en conocimiento de las autoridades de competencia por la mesa de contratación o, en su defecto, por el órgano de contratación (art. 69.2 LCSP), del mismo modo que la existencia de una sanción firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia comporta una prohibición de contratar [art. 71.1, b) LCSP].

Por tanto, faltan instrumentos específicos en el ámbito de la contratación pública para evitar los efectos que prácticas empresariales basadas en situaciones de dominio de mercado puedan distorsionar los procedimientos de licitación, limitando las posibilidades de la competencia y, por tanto, las posibilidades de conseguir la prestación

que responda a la mejor relación calidad-precio. No obstante, una adecuada configuración de las prescripciones técnicas particulares (art. 124 LCSP), prescripciones técnicas que en todo caso “proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”, de acuerdo con el artículo 126 LCSP.

3. Las dificultades específicas en los ámbitos con fuerte innovación.

En todo caso, como ya se ha señalado, en la planificación y procedimientos de licitación de la contratación pública resulta preceptivo tener en cuenta la normativa de defensa de la competencia. En este sentido, las prácticas anticompetitivas responden a tres tipos: concentraciones empresariales, acuerdos colusorios y abuso de la posición de dominio. En este último tipo, que es el que resulta más relevante a nuestros efectos, la preeminencia en un mercado puede venir de, entre otras causas, de una superioridad tecnológica, protegida o no por los mecanismos de propiedad industrial. En estos casos, las necesidades de mantener la competencia como elemento de funcionamiento eficiente de los mercados han de armonizarse con la necesidad de promover la innovación. Se trata de una cuestión mal resuelta en la legislación y la jurisprudencia en materia de defensa de la competencia y no contemplada en absoluto en la legislación de contratación pública.

Las dificultades inherentes a la innovación, de las cuales la financiación no es la menor, hacen que en muchas ocasiones se produzcan colaboraciones entre empresas, incluso promovidas por los poderes públicos, que además aportan respaldo y financiación adicionales.⁸⁴ Desde esta perspectiva, se produce la modulación de la política de competencia a aplicar a prácticas o competencias susceptibles de promover la innovación. La doctrina existente sobre la interacción de las políticas de competencia e innovación sugiere que la innovación surge frecuentemente de estrategias que en ocasiones provienen del esfuerzo desarrollado por varias empresas, en el marco de acuerdos de cooperación, en ocasiones en colaboración con centros especializados en la investigación y desarrollo de nuevos productos.⁸⁵ Este tipo de acuerdos, incluso si se producen entre competidores, se consideran procompetitivos cuando su objetivo consiste en desarrollar nuevos procesos productivos o bien son susceptibles de dar lugar a productos o servicios de mayor calidad. Sin embargo, es preciso observar de cerca el funcionamiento de estos acuerdos, porque se pueden utilizar de forma incorrecta para facilitar la colusión y dar lugar a un reparto de mercados o a la exclusión de competidores que aporten nuevas tecnologías. En concreto, en los mercados de tecnología, la cooperación en I+D puede reducir perceptiblemente la competencia en detrimento de las partes ajenas al acuerdo o puede hacer que la coordinación anticompetitiva en estos mercados se convierta en más probable, dando lugar a precios más altos. Y, sobre todo, este tipo de cooperaciones pueden propiciar la aparición de un problema de exclusión del mercado cuando se trate de un mecanismo de cooperación en el que participe al menos un operador con un poder de mercado significativo –que no necesariamente tiene que equivaler a una posición dominante– en una tecnología clave, que dé lugar a una explotación exclusiva de los resultados. No obstante, debe aclararse que un acuerdo de I+D que incluya la explotación conjunta de los posibles resultados futuros no restringe necesariamente la

⁸⁴ J. L. CRUCELEGUI GARATE, “La interacción de la Política de Competencia con la Innovación”, UNCTAD Research Paper No. 43, marzo de 2020, p. 14.

⁸⁵ J. L. CRUCELEGUI, ob. cit., p. 12.

competencia.⁸⁶ En el ámbito de la Unión Europea existen previsiones normativas específicas en tal sentido,⁸⁷ además de unas Directrices aprobadas en 2011 por la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal,⁸⁸ documento en el que se introduce el concepto "competencia en innovación".

La Comisión considera que la competencia en los supuestos de cooperación en I+D no puede evaluarse basándose únicamente en la competencia –real o potencial– en los mercados de tecnologías existentes. Sin embargo, cuando el proceso de innovación no está lo suficientemente estructurado como para permitir la identificación de los polos de I+D, no hay otra opción que partir de los mercados existentes. Por el contrario, en los sectores en los que la innovación está estructurada y es posible la identificación de los polos de innovación en una etapa temprana, las directrices aprobadas por la Comisión en 2011 postulan analizar si se mantendrán suficientes polos de innovación como para preservar la competencia. Al no basarse únicamente en la competencia en los mercados existentes, es posible tener en cuenta los incentivos para la innovación disruptiva.

El Reglamento comunitario sobre acuerdos de transferencia de tecnología, que parte de que la mayoría de los contratos que envuelven una transferencia de tecnología se encuentran en concordancia con el principio de la libre competencia económica, también hace referencia al análisis de la competencia en los casos de innovación disruptiva con especial énfasis en la competencia dinámica. No obstante, el Reglamento establece como cláusulas excluidas de la exención general que establece por debajo de determinados umbrales y que deberán, por tanto, ser objeto de un examen caso por caso, las cláusulas de retrocesión o “grant back clauses” –que obligan al licenciataria a transferir los derechos de propiedad intelectual que protejan las mejoras que se han realizado a la tecnología objeto del contrato de licencia– y las cláusulas de renuncia o non challenging clauses, con un efecto similar a las cláusulas cruzadas, que obliga a una de las partes a no hacer valer sus derechos sobre sus patentes u otros derechos de propiedad industrial e intelectual contra la otra parte contratante. Para entender estas cláusulas es necesario tener en cuenta el sistema de cuotas de mercado que ha establecido el Reglamento. En su artículo 3 se establecen unos umbrales de cuota de mercado: si las empresas son competidoras, un 20% y si no son competidoras, el 30%. Estos umbrales suponen un puerto seguro o safe harbour para aquellos acuerdos que no contengan cláusulas especialmente graves y que no superen la cuota de mercado establecida, puesto que se entenderá que estos acuerdos no están en contra del principio de la libre competencia económica. Sin embargo, en caso que se superen estas cuotas y que se consigne en el acuerdo alguna cláusula de las consideradas excluidas, el efecto será que dicha cláusula no se beneficiará de la exención, pero el resto del acuerdo sí seguiría a diferencia de lo que ocurre con las especialmente graves siendo objeto exención.

⁸⁶ J. L. CRUCELEGUI, ob. cit., p. 15.

⁸⁷ Reglamento (UE) n.º 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo; y Reglamento (UE) n.º 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

⁸⁸ Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01).

Mientras que en materia de prácticas colusorias existen múltiples mecanismos preventivos y represivos y una práctica administrativa y jurisprudencia sólidas, no sucede lo mismo con el abuso de la posición de dominio. Antes de poder evaluar el comportamiento abusivo de una empresa, debe identificarse la existencia de una posición dominante en el mercado relevante. A diferencia del control de concentraciones, la evaluación de conductas abusivas siempre se realiza *ex post*. Esto dificulta el análisis de los efectos de estas conductas sobre la innovación, más aún sobre la innovación disruptiva.

Un problema particular deriva de la conocida como innovación predatoria, que es la alteración de uno o más elementos técnicos de un producto para limitar o eliminar la competencia.⁸⁹

La innovación predatoria se refiere a prácticas que, con la apariencia de innovaciones genuinas, son en realidad estrategias anticompetitivas dirigidas a eliminar la competencia. El objetivo perseguido es evitar la compatibilidad de la tecnología de terceros con los productos de una empresa dominante o al menos perjudicar, haciendo menos eficientes las operaciones realizadas con tecnología de la competencia.

La innovación predatoria está poco estudiada, pese a su relevancia económica y social. Son además prácticas particularmente propicias para propagarse rápidamente en la medida en que puedan incorporarse con cualquier actualización, que a veces se instala en los dispositivos de los clientes incluso sin el consentimiento del usuario.

Las autoridades comunitarias de la competencia no han sido excesivamente incisivas con este tipo de prácticas. Hay algunos casos en que, pese a que la apariencia parecía apuntar a otra cosa, no han sido calificados de forma explícita por las autoridades de competencia como supuestos de innovación predatoria. En este sentido, es conocido el caso de Microsoft y los sistemas operativos de los PC.⁹⁰ Se obligó a Microsoft a conceder licencias y a proporcionar información sobre la interoperabilidad porque la Comisión optó por favorecer la «competencia en el mercado» sobre la «competencia por el mercado». Con ello la Comisión intentó preservar la innovación sostenida en este mercado, pero los problemas de competencia se resolvieron en realidad gracias a la innovación disruptiva proveniente de Google y otras empresas que supuso una potenciación de internet, disminuyendo con ello la importancia de la posición dominante de Microsoft en el mercado de sistemas operativos para PC.

También pueden citarse algunos casos concernientes a Google como posibles ejemplos de prácticas excluyentes. En 2017 Google fue multada por la Comisión por abuso de posición dominante como motor de búsqueda, por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas. En 2018, la Comisión volvió a imponer a Google una multa por prácticas ilegales en relación con los dispositivos móviles Android para reforzar la posición dominante del motor de búsqueda de Google. En 2019, la Comisión impuso otra multa a Google por prácticas abusivas en la publicidad en línea. No obstante, tampoco en estos casos la práctica se calificó como innovación predatoria.

⁸⁹ J. L. CRUCELEGUI, ob. cit., p. 20.

⁹⁰ Decisión de la Comisión, de 24 de mayo de 2006, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE y al artículo 54 del Acuerdo EEE contra Microsoft Corporation (asunto COMP/C-3/37.792 — Microsoft) y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007, Microsoft Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289

La escasa aplicación de la calificación correspondiente a ese tipo de prácticas tiene varias causas. Ciertamente, la atención en este campo está centrada en el uso de los algoritmos y big data, lo que deja en la sombra otro tipo de prácticas que también pueden perjudicar al usuario. Además, la innovación se concibe como un proceso positivo y no resulta evidente su asociación con estrategias anticompetitivas. A lo anterior se une que la innovación predatoria es difícil de probar. Junto a todo lo anterior, hay que resaltar la falta de conceptos legales que identifiquen claramente las prácticas predatorias, deslindándolas de otro tipo de actuaciones que pueden tener una incidencia no intencionada sobre la competencia.⁹¹

En consecuencia, a la falta de previsiones específicas en la legislación de contratos públicos se une una clara insuficiencia en el campo de la defensa de la competencia, en el que no puede confiarse para una resolución de este tipo de problemas, al menos en el medio plazo.

La cuestión fundamental es que compras poco relevantes de tecnología informática pueden comportar que adquisiciones posteriores del mismo poder adjudicador, mucho más relevantes tanto tecnológicamente como económicamente, estén ya condicionadas. Yendo más allá, este condicionamiento puede venir inducido no ya por adquisiciones específicamente dirigidas a la compra e incorporación de una determinada tecnología a los procedimientos de la Administración, sino que la dependencia de una determinada tecnología podría venir incluso por elementos colaterales al objeto de un contrato, como pueda ser la adquisición de software cuando la empresa proveedora proporcione como mejora, de forma gratuita, servicios de computación en la nube, inicialmente como meros mecanismos para la entrega e instalación del software adquirido. En este sentido, resulta criticable que en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 13/2021, sobre calificación jurídica de los contratos de prestación de servicios en la nube, no se advierta la especificidad de estos servicios, asimilándolos a las compras tradicionales de software, sin tener en cuenta que los avances tecnológicos, pero también el mandato específico de digitalización de los procedimientos administrativos contenido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que además es imprescindible para convertir en efectivos los derechos reconocidos a los interesados que sean parte en un procedimiento, obliga a hacer un enfoque global de la compra de tecnología por las Administraciones públicas, especialmente cuando se trate de productos o servicios que, de otra manera, comporten el uso de tecnologías de nube.

Ciertamente, una planificación a largo plazo del proceso de digitalización, para lo que resulta imprescindible un servicio de contratación pública muy profesionalizados y un departamento de informática potente y muy cualificado, pueden minimizar esos inconvenientes, incluso con la legislación vigente. No obstante, esos dos elementos no están presentes en las Administraciones públicas españolas pequeñas y medianas e incluso resultan claramente insuficientes en las grandes y con mejores medios.

Estos problemas podrían contenerse, aunque no eliminarse, con una legislación que contemplase específicamente las compras de tecnología, en la que sería muy interesante que se prestase una atención específica las tecnologías de computación en la nube y, sobre todo, que se pusiera en conexión la adquisición de tecnologías digitales con lo que es –o debe ser– su objetivo último, que es la implementación de los mandatos legales que obligan a que la Administración pública española digitalice sus

⁹¹ J. L. CRUCELEGUI, ob. cit., p. 19.

procedimientos, permitiendo la interacción a distancia con las partes interesadas en esos procedimientos.

4. Tipología de los potenciales clientes públicos de servicios de computación en la nube.

Los «clientes» de los servicios de «computación en la nube» pueden ser de distintos tipos, en función de su tamaño, además de por su tipo en relación con las tecnologías digitales, pudiendo ser «nativos digitales», que iniciaron su negocio en la nube, y «negocios emigrados» que pretenden trasladar sus actividades no digitales o apoyadas en servidores internos a la nube⁹². Aparte de esta diferencia fundamental, los expertos utilizan otros elementos adicionales para clasificar a los clientes.

Son demandantes de servicios de informática en la nube tanto las personas físicas, como empresas privadas o, finalmente, entidades y organismos del sector público. Un criterio para clasificar a los clientes de los servicios de informática en la nube sería en primer lugar el tamaño: la mayor parte de los demandantes son empresas medianas o grandes. Estas últimas tienen la capacidad de negociar y de comparar las ofertas de productos de distintos proveedores, además de que normalmente tendrán los recursos necesarios para elegir las mejores opciones en función de sus necesidades entre una amplia gama de proveedores y modelos de implementación.

Un segundo criterio, al que ya se ha hecho referencia, sería la etapa de adopción. Es decir, en que momento del desarrollo de la empresa se produce la migración a la nube. En este sentido, sería diferente la situación de los nativos digitales, que cuando iniciaron su actividad ya contaban con un servicio de nube y las empresas emigradas o en emigración, que planean pasar o están pasando de apoyarse en servidores internos o, incluso, de servicios y actividades analógicos, a realizar su actividad apoyada en un servicio de nube. La diferencia se acentuará cuando las empresas emigradas pretendan conservar sus propios procedimientos previos a la emigración –elementos como el software de administración de sus bases de datos–, para flexibilizar la transición.

Un tercer elemento, también muy relevante, es la existencia de un departamento interno de tecnología informática, que muy probablemente condicionará las preferencias de los potenciales clientes. En este sentido, empresas medianas o pequeñas y empresas en emigración que no tengan un departamento informático eficaz tenderán a preferir una solución global que les proporcione servicios que cubran sus distintas necesidades, ya listos para ser utilizados. Por el contrario, empresas o entidades con un eficaz departamento informático interno, pueden preferir una solución a medida, combinando los servicios de distintos proveedores, optando por la capacidad de almacenamiento de uno y la capacidad informática de otro, por poner un ejemplo⁹³.

En sus relaciones con los servicios de computación en la nube, las Administraciones públicas españolas son invariablemente «empresas emigradas» o, más normalmente, «empresas en emigración», actual o futura. El primer intento normativo de envergadura para digitalizar los procedimientos administrativos y facilitar accesos lejanos a los servicios de las Administraciones públicas data de 2007, pero su eficacia no fue excesiva. Como se dice en el «Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025. Estrategia en materia de Administración Digital y Servicios Públicos

⁹² F. JENNY, *Cloud Infrastructure Services: An analysis of potentially anti-competitive practices*, CISPE, 2021, p. 6. Hay versión en castellano.

⁹³ F. JENNY, ob. cit., p. 15.

Digitales» (p. 4), se han producido importantes reformas normativas, en particular, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que –al menos teóricamente– han supuesto «un impulso en la adopción de procesos y medios digitales en la Administración Pública, avanzando en la digitalización de la gestión de los servicios públicos, reduciendo los costes unitarios y los plazos de tramitación». Sin embargo, es claro que en ningún caso nuestros entes públicos pueden calificarse, ni lejanamente, como nativos digitales, desde ningún punto de vista.

El tamaño y la existencia de un departamento capaz en tecnologías de la información son dos elementos definitorios.

En un extremo se halla la Administración General del Estado. Conforme al citado «Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025», se pretende poner en pie una «política pública de nube» como elemento de la transformación digital (p. 15). Eso se plasma en la Medida 7, dedicada al «Servicio de infraestructuras cloud» (p. 22).

Esta medida consistirá en habilitar infraestructuras para el alojamiento de los Centros de Proceso de Datos de los departamentos ministeriales en centros que sean redundantes entre sí. Se pretende transformar los Centros de Proceso de Datos de la Administración General del Estado, «impulsando su consolidación sobre centros internos (nube privada) y, en su caso, de proveedores externos (nube pública)». Esto se pretende hacer mediante una «nube híbrida NubeSARA» y «habilitando la provisión de diversas soluciones como servicio». En este sentido, respecto del «servicio nube híbrida [NubeSARA]» se señala que su implantación se halla «en curso» (p. 53). Esto, con independencia de que esta nube, formalmente híbrida, lo sea realmente o se trate en realidad de una nube privada.

Se pretende además poner en marcha «una política coherente de uso de la nube (cloud policy), con el fin de reforzar la eficiencia garantizando en todo momento la integridad, seguridad y control de los datos». Finalmente, se pretende participar en iniciativas europeas de infraestructura en la nube a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales.

La Administración General del Estado tiene claramente capacidad tecnológica, de negociación, poder de compra y es capaz de diseñar sus propios servicios de informática en la nube a partir de sus propios recursos tecnológicos y la negociación simultánea o sucesiva con varios proveedores externos.

En el otro extremo se hallan las pequeñas Administraciones locales, que no tienen la capacidad tecnológica para articular con los proveedores soluciones adaptadas y que normalmente optarán por la solución estándar más próxima a sus requerimientos proporcionada por un único proveedor. Estas entidades se encuentran todavía en estadios rudimentarios de su digitalización, pero en todo caso su acceso a este tipo de prestaciones debería pasar por el intermedio de las diputaciones provinciales, que sí pueden tener la capacidad técnica y jurídica como para promover procedimientos de licitación adaptados a las necesidades específicas de las pequeñas Administraciones públicas.

5. El necesario impulso de la normalización técnica.

La normalización técnica de los servicios en el campo informático es un componente necesario de la «Digital Agenda 2030» de la Unión Europea, cuyos objetivos finales son objeto de la Comunicación de la Comisión «2030 Digital Compass:

the European way for the Digital Decade», COM/2021/118 final⁹⁴. No obstante, el nivel de normalización es todavía bastante bajo en este campo, como se reconoce en los sucesivos documentos elaborados por la Comisión, el último de ellos The Rolling Plan for ICT Standardisation 2021⁹⁵, uno de cuyos puntos fundamentales es «cloud and edge computing»⁹⁶.

La normalización consiste en procesos impulsados fundamentalmente por los agentes del mercado a través de entidades privadas de normalización⁹⁷. No obstante, en determinadas situaciones se hace más necesario el fomento público de esa actividad e incluso puede ser necesario convertir en obligatorio el cumplimiento de determinadas normas técnicas como requisito para hacer posible la libertad de elección de los usuarios, garantizar el correcto funcionamiento de los equipos y la interoperabilidad de los servicios de diversos proveedores que concurren en un mercado competitivo.

En determinados ámbitos está expresamente previsto que esas especificaciones técnicas puedan ser establecidas mediante Real Decreto u orden ministerial. En este sentido, en el artículo 56.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, se establece que mediante Real Decreto o por el Ministerio competente cuando así lo prevea la normativa aplicable, se podrán aprobar las especificaciones técnicas de los equipos o aparatos de telecomunicaciones, recogiendo los requisitos esenciales que sean de aplicación:

«Mediante real decreto se determinarán las formas de elaboración, en su caso, de las especificaciones técnicas aplicables a los equipos y aparatos de telecomunicaciones, a efectos de garantizar el cumplimiento de los requisitos esenciales en los procedimientos de evaluación de conformidad y se fijarán los equipos y aparatos exceptuados de la aplicación de dicha evaluación.

En los supuestos en que la normativa lo prevea, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá aprobar especificaciones técnicas distintas de las anteriores para aparatos de telecomunicación».

En todo caso, los equipos y aparatos habrán de permitir garantizar el funcionamiento eficiente de los servicios y redes de telecomunicaciones, así como la adecuada utilización del espectro radioeléctrico. En este campo, al Ministerio competente le corresponden, entre otras, la función de la realización de estudios y

⁹⁴ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_en

⁹⁵ <https://joinup.ec.europa.eu/collection/rolling-plan-ict-standardisation/rolling-plan-2021>

⁹⁶ <https://joinup.ec.europa.eu/collection/rolling-plan-ict-standardisation/cloud-and-edge-computing>

⁹⁷ Aun cuando, propiamente, no se trate de una entidad de normalización, resulta de gran interés el estudio sobre *Compra de servicios en la nube en el sector público*, elaborado por CISPE, elaborado en 2020, que cuenta ya con una revisión, de febrero de 2022, que hace hincapié en los códigos de conducta de los prestadores de servicios sobre protección de datos, conforme al código validado por la Autoridad Europea de Protección de Datos en mayo de 2021. El estudio incorpora un análisis detallado sobre cómo estructurar una licitación de servicios en la nube, los requisitos técnicos, de seguridad y económicos, así como la configuración de la licitación y los criterios de adjudicación. Además, propone un documento de criterios para comparar las ofertas formuladas por los proveedores de nube en procedimientos abiertos o derivados de acuerdo marco. El estudio propone sistema de compra que distingan las tecnologías de nube, el marketplace y la consultaría en la nube. La versión más reciente del estudio puede obtenerse en <https://cispe.cloud/buying-cloud-services-in-public-sector-handbook/>

propuestas de normas técnicas de equipos e instalaciones del sector de las telecomunicaciones, así como el seguimiento y publicación de las interfaces reglamentadas y las actuaciones derivadas del procedimiento de información de acuerdo con la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE y el Reglamento (UE) N° 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, todo ello recogido en la Directiva 2015/1535/UE (codificada), de 9 de septiembre por lo que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, en adelante Directiva 2015/1535/UE.

Una parte importante de las actividades de normalización técnica en el ámbito europeo se centran en la elaboración de reglamentos de especificaciones técnicas de telecomunicaciones y en el seguimiento de actividades similares en los otros países de la Unión Europea. A nivel nacional los Estados miembros están sujetos a lo dispuesto en la Directiva 2015/1535/UE, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

En todo caso, el proceso de normalización en lo referido a herramientas digitales es todavía bajo, lo que es lógico dado lo inmaduro de la tecnología. Ciertamente, en el seno de AENOR existe un Comité técnico de normalización en este campo: CTN 71/SC 7. Ingeniería de software y sistemas de información. El ámbito de trabajo del comité mencionado es el que deriva de la norma internacional «ISO/IEC/JTC 1/SC 7. Tecnología de la información. Ingeniería del soporte lógico»⁹⁸.

6. La indebida utilización de denominaciones comerciales en la licitación de servicios de nube.

La utilización de una denominación comercial en la definición del objeto del contrato es en sí un problema que, si bien no vicia en sí mismo en todos los casos la licitación, sí debe manejarse con exquisito cuidado.

⁹⁸ Las normas UNE elaboradas por el comité CTN 71/SC 7 que se encuentran vigentes son: UNE-ISO/IEC 15939:2009. Ingeniería del software y sistemas. Procesos de medición (ISO/IEC 15939: 2007); UNE-ISO/IEC 14143-2:2009. Tecnología de la información. Medida del software. Medida del tamaño funcional. Parte 2: Evaluación de la conformidad de los métodos de medida del tamaño del software según la Norma ISO/IEC 14143-1:1998; UNE-ISO/IEC 19770-1:2008. Tecnología de la Información. Gestión de activos de software (SAM). Parte 1: Procesos; UNE-ISO/IEC 14598-6:2007. Tecnología de la información. Ingeniería del software. Evaluación del producto software. Parte 6: Documentación de los módulos de evaluación. (ISO/IEC 14598-6:2001); UNE-ISO/IEC 14598-4:2006. Tecnología de la información. Evaluación del producto software. Parte 4: Procedimiento para compradores (ISO/IEC 14598-4:1999); UNE-ISO/IEC 90003:2005. Ingeniería del software. Guía de aplicación de la ISO 9001:2000 al software; UNE-ISO/IEC 14598-3:2005. Tecnología de la información. Evaluación del producto software. Parte 3: Procedimiento para desarrolladores; UNE-ISO/IEC 14598-1:2004. Tecnología de la información. Evaluación del producto software. Parte 1: Visión general; UNE-ISO/IEC 14598-2:2004. Tecnología de la información. Evaluación del producto software. Parte 2: Planificación y gestión; UNE-ISO/IEC 9126-1:2004. Ingeniería del software. Calidad del producto software. Parte 1: Modelo de calidad; UNE-ISO/IEC 19761:2004. Ingeniería del Software. COSMIC-FFP. Un método de medición del tamaño funcional.

Aparte de las anteriores, el mismo comité elaboró la norma UNE-ISO/IEC 14598-5:2006. Tecnología de la Información. Evaluación del producto software. Parte 5: Procedimiento para evaluadores (ISO/IEC 14598-5:1998), que ya no está en vigor.

No estamos ante una regla absoluta. De hecho, debe recordarse que cuando “no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial”, los poderes adjudicadores están habilitados para utilizar el procedimiento negociado sin publicidad de acuerdo con el artículo 168, a), 2º de la LCSP. Son supuestos en los que por razones técnicas o por existir una protección mediante patente, sólo un proveedor puede proporcionar el producto o servicio demandados. En este sentido, en el precepto citado se precisa:

“La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”.

Son, en consecuencia, supuestos estrictamente excepcionales y la doctrina administrativa ha sido francamente cuidadosa al establecer los supuestos en los que lícitamente puede utilizarse una denominación comercial en una licitación pública.

La línea de resoluciones y preceptos normativos que define el estado actual de la cuestión puede entenderse que se inicia con el Informe 62/07, de 26 de mayo de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre «Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos de cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos»⁹⁹. El punto de partida del informe fue la notificación por la Comisión Europea al Ministerio de Asuntos Exteriores español de «su preocupación por una práctica apreciada en diversos órganos de contratación de diversas Administraciones Públicas que consiste en el empleo de especificaciones técnicas cuya aplicación tiene efectos discriminatorios en relación con la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos, actuación que ha implicado la apertura de un procedimiento de infracción contra el Reino de España por vulnerar las normas que sobre tal cuestión establecen las Directivas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos».

En su escrito la Comisión destacaba que la infracción consiste en la utilización de especificaciones técnicas discriminatorias, de acuerdo con las cuales los microprocesadores se describían por referencia a marcas comerciales o a la frecuencia de reloj –sólo o junto con otros parámetros–, con o sin la mención «o equivalente». En este sentido se invocaba la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios y, más concretamente, el último párrafo de su artículo 23.8, para recordar que «las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que **al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción**» (énfasis añadido). A continuación, la Junta Consultiva, sintetizando lo establecido en la normativa europea y nacional, afirma que los requisitos

⁹⁹ Publicado mediante Resolución de 10 de junio de 2008, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos, en el BOE núm. 150, de 21 de junio de 2008.

para poder incluir lícitamente una referencia comercial en un pliego como elemento definitorio del objeto del contrato serían (énfasis añadidos):

“a) la referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados **esté justificada** por el objeto del contrato;

b) la entidad adjudicadora **no tenga la posibilidad de dar otra descripción del objeto del contrato** a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores, y

c) la indicación de la marca esté acompañada de la **mención «o equivalente»**, condiciones que son acumulativas y que **deberá demostrarse que se cumplen las tres**”.

En la normativa nacional vigente se establece lo siguiente en el artículo 126.6 de la LCSP:

“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia **se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato** en aplicación del apartado 5, **en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente»**”.

En el Derecho europeo, en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, artículo 42.4, se especifica:

“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 3. Dicha referencia irá acompañada de la mención «o equivalente»”.

Los órganos de recursos contractuales en materia de contratación han tenido diversas ocasiones de ocuparse de esta forma de describir el objeto del contrato. Puede citarse en este sentido la Resolución núm. 354/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 6 de mayo de 2016, por la que se estimó un recurso contra pliegos en contrato de suministros, por mencionar de marcas en las especificaciones técnicas. Afirma el TACRC en su resolución lo siguiente:

«La recurrente sostiene que os requerimientos técnicos incluidos en el pliego de prescripciones técnicas impiden la libre concurrencia al procedimiento de licitación e incumplen los preceptos del TRLCSP en materia de procedimiento abierto.

En particular cita el artículo 117 que en su apartado 8 establece que salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen

o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención --o equivalente--.

Este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de sentar criterio en varias ocasiones sobre esta cuestión. Tal y como señalamos en nuestra resolución 824/2015:

"En efecto, en nuestra Resolución 116/2011 ya establecimos nuestra posición sobre esta materia. Citamos entonces el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 2/99, de 17 de marzo, que trata en uno de sus apartados la inclusión del término --o equivalente-- en la descripción de los productos. De acuerdo con el informe antes citado, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley de Contratos del Sector Público, actual 117 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo apartado 8 establece lo siguiente: "Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos.

Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención --o equivalente--". La interpretación de este precepto, es que solo debe prescindirse de la expresión --o equivalente-- en los casos que esté justificado por el objeto del contrato. Por otro lado, la observancia de los principios de igualdad de trato y no discriminación contenidos en los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público exige analizar también lo previsto en el apartado 2 del artículo 117 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, según el cual "Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia".

De ambos preceptos se puede deducir que las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción, circunstancias que se expresan en el citado artículo y que pueden concretarse en que:

- a) La referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados esté justificada por el objeto del contrato;
- b) La entidad adjudicadora no tenga la posibilidad de dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores, y
- c) La indicación de la marca esté acompañada de la mención --o equivalente--, condiciones que son acumulativas y que deberá demostrarse que se cumplen las tres.

En el mismo sentido se pronuncia nuestra Resolución 672/2015 que citaba la Resolución 102/2012, de 9 de mayo, indicando que la finalidad de la ley en este punto es evitar que queden injustificadamente excluidos de los procedimientos de licitación algunos licitadores, así como que de acuerdo con este precepto las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción.

Asimismo, en la Resolución 417/2013, de 26 de septiembre, con cita de la previa Resolución 17/2012, indicábamos que la finalidad de este precepto no es otra que evitar la posibilidad de que la decisión de adjudicación que deba adoptar el órgano de contratación quede prejuzgada por la propia definición de las especificaciones técnicas de la prestación. Y ello, con el objeto de evitar que mediante esta técnica queden injustificadamente excluidos de los procedimientos de licitación algunos licitadores. Como consecuencia de ello, la referencia a alguno de los supuestos indicados en el artículo en cuestión sólo es posible cuando no quepa hacer una descripción adecuada de la prestación utilizando los medios a que se refieren sus apartados 3 y 4, es decir, aplicando sistemas de referencias técnicas elaborados por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales. Además, en el caso de que así sea, deberá hacerse constar la expresión "o equivalente", con el objeto de permitir presentar ofertas de productos que puedan satisfacer de igual forma las necesidades que mediante el contrato pretende satisfacer el órgano de contratación.

Esta doctrina exige también recordar que el Reino de España fue objeto de un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1993) que declaró no conforme con la normativa comunitaria la redacción originaria del artículo 244 del Reglamento General de Contratación del Estado, en cuanto que el citado precepto sólo exigía la mención "o equivalente" en los casos de indicaciones de marcas, licencias o tipos, mientras que el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 77/62 (hoy art. 23.8 Directiva 2004/18/CE) exige dicha mención también en los casos en que las especificaciones técnicas se refieran a productos de una fabricación o de una procedencia determinada, exigencia ésta contemplada expresamente en el artículo 117.8 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público antes citado. Con esta disposición lo que se pretende es, como pone de relieve la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2005, en relación con análoga previsión de los textos legales anteriores al vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, "garantizar la apertura de la contratación mediante la libre competencia que afianza el principio de igualdad de oportunidades"».

Más recientemente, el propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ha dictado la Resolución núm. 500/2019, de 9 de mayo de 2019, dictada en el recurso 342/2019 C.A., en la que afirma:

«Dicho de otro modo, del citado precepto resulta que el órgano de contratación está obligado con carácter general a no incluir en las prescripciones técnicas referencias a marcas, patentes o tipos de los objetos del suministro, siendo imperativo que los defina ya en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, ya por referencia a especificaciones técnicas, o mediante la

combinación de ambos métodos, en los términos fijados por el apartado 5 del artículo 126 LCSP. Esto no obstante la LCSP permite definir los bienes objeto del suministro mediante marcas, patentes o tipos en dos supuestos especiales, en primer lugar, cuando así lo justifique el objeto del contrato, en segundo, con carácter extraordinario, cuando no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible de los bienes en la forma ordinaria prevista en el artículo 126.5 LCSP, en cuyo caso la referencia a marca, patente o tipo ha de ir acompañada de la mención «o equivalente». Es por tanto preciso que **en el expediente de contratación quede justificada la concurrencia de alguna de aquellas dos reglas especiales que permiten describir los bienes suministrados por referencia a marcas, patentes o tipos y, además, en el caso de que la regla especial se funde en la imposibilidad de descripción precisa e inteligible** por los métodos señalados en el artículo 126.5 de la LCSP, se acompañe la referencia a marca, patente o tipo de la concreta expresión “o equivalente”, sin que pueda el órgano de contratación decidir arbitrariamente como define los bienes objeto del contrato».

Lo cierto es que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales mantiene una doctrina constante al menos desde la Resolución núm. 116/2011, de 27 de abril de 2011, recaída en el recurso 096/2011, en el que se anuló la licitación estimando el recurso presentado. El Tribunal describía en estos términos el estado de la cuestión:

«Séptimo. De acuerdo con lo anterior, y relacionado con la observancia de los principios de igualdad de trato y no discriminación contenidos en los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público, aquí discutidos, habrá que estar también a lo previsto en el apartado 2 del artículo 101 de la Ley citada, según el cual “Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”. En consecuencia, de los preceptos anteriores (apartados 2 y 8 del artículo 101 LCSP), se puede afirmar que las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción, circunstancias que se expresan en el citado artículo y que pueden concretarse -según el informe 62/07, de 26 de mayo de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa».

La razón de la estimación radicó en que, habiéndose especificado marcas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, no había quedado suficientemente justificado en el expediente licitatorio que ello era requerido por el objeto del contrato:

“Octavo. Visto lo anterior, la cuestión pendiente de resolver es la de determinar si el expediente de referencia cumple o no con los requisitos antes citados. Sin necesidad de examinar los tres requisitos señalados en el apartado anterior, la respuesta debe ser negativa, pues en el expediente remitido a este Tribunal no consta justificación alguna que permita admitir la excepción de hacer referencia a una marca determinada sin incluir el término «o equivalente»”.

En consecuencia, puede sintetizarse la doctrina anterior en una doble conclusión. Primero, la utilización de denominaciones comerciales en la descripción del objeto del contrato es estrictamente excepcional y debe ser objeto de una motivación específica suficientemente justificativa. Una mera facilidad de adaptación motivada por ser la tecnología con la que los empleados públicos de una determinada entidad están

familiarizados difícilmente puede considerarse una motivación suficiente. Segundo, la utilización de la denominación comercial es un mero mecanismo de descripción del objeto del contrato, por lo que debe estar abierta la licitación a tecnologías con una funcionalidad similar. En otros términos, la utilización del término “o equivalente” no es un mero requisito formal, sino la expresión de un requisito sustantivo cuyo incumplimiento determinará la invalidez de la licitación. La alternativa será, claro, la utilización de un procedimiento negociado sin publicidad justificando de forma suficientemente satisfactoria que, o bien no existe competencia por motivos técnicos, o bien una concreta empresa posee derechos exclusivos en virtud del derecho de propiedad industrial, normalmente una patente. Si esta justificación no es posible, deberá utilizarse un procedimiento abierto o restringido, establecer la especificación de las necesidades a cubrir y articular los mecanismos que hagan posible una concurrencia que proporcione al órgano de contratación la oportunidad real de optar por la opción que comporte la mejor relación calidad-precio.

Dados los costes –económicos en sentido estricto y de adaptación y pérdida transitoria de eficiencia- de la migración entre entornos tecnológicos normalizados en muy escasa medida, existe un fuerte riesgo de compartimentación del mercado, en función de relaciones previas entre proveedores y clientes que, en mayor o menor medida, son cautivos de una determinada tecnología.

Una forma de evitar la supresión de la competencia es adelantar el momento de la licitación, estableciendo soluciones globales para cada Administración pública. La eficiencia aumentaría considerablemente si, por medio de esos procedimientos negociados, no se seleccionara un único proveedor de herramientas informáticas a través de la nube, sino que se abrieran varias vías de adquisición a distintos proveedores, más si por esa vía se conseguía asegurar mecanismos técnicos de compatibilidad de distintos proveedores globales.

La Administración digital requiere no sólo de normas de procedimiento adaptadas al entorno digital, sino también mecanismos de contratación eficaces que permitan externalizar la provisión y, en su caso, el diseño de las herramientas informáticas que deben permitir su implementación efectiva.

V. IDEAS PROPOSITIVAS PARA LA MEJOR ADQUISICIÓN DE SERVICIOS EN LA NUBE POR LOS PODERES ADJUDICADORES EN ESPAÑA, Y EN PARTICULAR, PARA LUCHAR CONTRA LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS PARTICULARES DE ESTE MERCADO/SERVICIO

1. Una “redimensión” estratégica en la adquisición de recursos tecnológicos en la nube

Nos encontramos en Europa y en España ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. En esta línea se posiciona claramente, por cierto, el Consejo de la Unión Europea, en el documento “Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública, se insiste en la necesidad de su función estratégica. En este documento se indica que **“Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública”** (negrita nuestra). Y para ello **se PIDE a la Comisión y a los Estados miembros que cooperen en la elaboración de directrices y criterios por medio de una metodología común para ayudar al sector público a aprovisionarse a través de cadenas de suministro transparentes, fiables, flexibles y diversificadas con el objetivo de reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública. Y se PIDE también a los Estados miembros que elaboren políticas y estrategias de compra integrales que, en particular, deben centrarse en sectores en los que la demanda pública tiene un impacto significativo, como los medicamentos, los productos sanitarios o las tecnologías de la información, teniendo asimismo en cuenta aspectos relativos a la resiliencia, la gestión de riesgos y la seguridad del suministro** (negrita nuestra).

Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo. La contratación pública puede ser una palanca del cambio económico. En consecuencia, la contratación pública puede –y debe, insistimos– ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben

canalizarse los fondos públicos¹⁰⁰. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales¹⁰¹. Y ello, como indica J. GONZALEZ GARCIA, desde una imprescindible lógica de sostenibilidad social y ambiental¹⁰².

Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en como utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de la contratación pública¹⁰³. Máxime en prestaciones novedosas y complejas como son las soluciones de computación en la nube donde su impacto económico es de gran intensidad y donde el riesgo de monopolios sobre la nube debe ser evitados. Una correcta planificación, y conocimiento del alcance y funcionamiento de las prestaciones en la nube facilitaría que las prácticas anticompetitivas (como la paquetización) que se están produciendo en la actualidad y que excluyen a los nuevos operadores de tecnologías en la nube se vayan corrigiendo”.

El artículo 1.3 LCSP supone una clara “innovación” sobre la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las PYMES. Se abandona así una visión presupuestaria de la contratación pública, que se reorienta a una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas¹⁰⁴. Desde esta nueva perspectiva estratégica hay que advertir de la incidencia de los artículos 131.2 145.1 LCSP, que indican que la adjudicación se realizara□ ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio y desaparece la mención de la “oferta económicamente más ventajosa”. Se utiliza, por tanto, el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la oferta más ventajosa¹⁰⁵. El cambio es de gran

¹⁰⁰ Por todos, J.A. MORENO MOLINA, *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

¹⁰¹ Así lo indicaba ya en J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 18.

¹⁰² J. GONZÁLEZ GARCÍA, “Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública”, *Revista Español de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, pp. 13-42. Como destaca G. VARA ARRIBAS, es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales. “Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Comunitario* núm. 26, 2008, p. 128.

¹⁰³ Interesa destacar ya en este momento la importancia de la planificación, tanto de necesidades como de desarrollo del procedimiento de contratación. Al respecto, vid. J. GONZÁLEZ GARCÍA, *Ley de Contratos del Sector Público y Entidades Locales: la exigencia de planificación de la contratación*, *Cuadernos de Derecho Local* núm. 48, 2018, pp. 247-264.

¹⁰⁴ Se avanza, pues, en la cultura de la contratación socialmente responsable. Cuestión en la que ya se había venido trabajando desde el Foro de contratación socialmente responsable (<http://www.conr.es>)

¹⁰⁵ La justificación de esta nueva visión de la contratación pública obliga a repensar la política de contratación pública, que debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir vía contrato público y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un

relevancia y explica la nueva regulación del artículo 146 LCSP ya no incluya el concepto precio como concepto principal sino el de costes o rentabilidad, así como que se ponga en valor los servicios intelectuales (opción reclamada desde los servicios de ingeniería y arquitectura)¹⁰⁶. La mejor calidad en la prestación del contrato público (cuya causa, no se olvide, es el interés público) se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia (y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental).

Interesa, a estos efectos, recordar que desde el Derecho europeo de la contratación pública el precio no parece el elemento esencial para su configuración como contrato público. La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisonal tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad que determinen las entidades adjudicadoras, lo que les llevará normalmente a un nivel superior de calidad en el conjunto de su actividad. Por tanto, la calidad de la prestación es un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual, como en la propia gestión del concreto contrato público¹⁰⁷. Como ya se ha señalado, sin un estándar homogéneo de calidad, no puede hacerse una comparación de ofertas real, porque para ello es imprescindible contar con criterios de comparabilidad homogéneos; sin criterio homogéneo de calidad se infringe el principio de igualdad de trato.

La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta¹⁰⁸. Así, en la adquisición de tecnología de

principio irrenunciable de la decisión a adoptar. Es más, conforma un elemento de lo que sería la correcta aplicación del principio de buena administración (en este sentido la Sentencia del Tribunal General de la UE (Sala tercera ampliada) de 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates*, ECLI:EU:T:2018:103, que lo vincula a la diligencia). Difícilmente se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y el contrato.

¹⁰⁶ La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisonal tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. La calidad de la prestación es, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público. Pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta. J.M. GIMENO FELIU, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, 2019, ob. cit., pp. 102-112.

¹⁰⁷ Interesa destacar ya en este momento la importancia de la planificación, tanto de necesidades como de desarrollo del procedimiento de contratación. Al respecto, vid. J. GONZÁLEZ GARCÍA, “Ley de Contratos del Sector Público y Entidades Locales: la exigencia de planificación de la contratación”, *Cuadernos de Derecho Local* núm. 48, 2018, pp. 247-264.

¹⁰⁸ Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso

nube lo realmente decisivo debe ser la rentabilidad a medio y largo plazo, para lo que deberá repensarse el fundamento y mecanismo de adquisición de esta. En este contexto, la seguridad y fiabilidad son condiciones imprescindibles y deben tenerse en cuenta las singularidades propias de este ámbito para facilitar un adecuado juego de los principios de competencia, excluyendo soluciones que conducen a modelos monopolísticos o anticompetitivos de hecho¹⁰⁹.

2. La adquisición de servicios de nube: ideas propositivas para una correcta gestión y adquisición de los mismos.

Del estudio de la práctica actual y de las necesidades de avanzar un modelo de seguridad jurídica que favorezca las inversiones en este mercado de “la nube” deben tenerse en cuenta las siguientes ideas propositivas (lo que obliga a identificar previamente por el gestor si en sus decisiones de adquisición de este tipo de prestaciones se están produciendo irregularidades)¹¹⁰.

a) Identificar necesidades, concretarlas y programar su contratación.

Hemos puesto ya de manifiesto en páginas anteriores la importancia que la correcta identificación de la necesidad que un poder adjudicador desea satisfacer con tecnología de nube posee para la correcta articulación del procedimiento de contratación. Para ello, es preciso superar, recurriendo a los instrumentos que proporciona la legislación contractual, los déficits existentes en el sector público. En el ámbito público con excesiva frecuencia se desconoce la virtualidad y posibilidades de la tecnología que nos ocupa –ciertamente, lo mismo sucede con otras- y por ello resulta difícil que se identifiquen adecuadamente las necesidades y las posibles soluciones contractuales para satisfacerlas. Por ello, y sin entrar ahora en el positivo efecto que políticas de “nube primero” ya implementadas por diversos Estados pueden tener a este respecto, lo cierto es que instrumentos como la pura y simple presentación comercial de la tecnología de computación en la nube por sus proveedores al sector público, la propuesta e impulso de consultas públicas al mercado, la contratación pública precomercial, que contribuye además a favorecer la inversión empresarial en investigación y desarrollo, o, por supuesto, la compra pública de innovación, debieran utilizarse en este campo, contribuyendo con ello a la extensión del conocimiento de la tecnología de computación en la nube en el sector público y, consecuentemente, de su importancia para impulsar de forma decidida el proceso de transformación digital.

de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).

¹⁰⁹ Pero como condición previa el órgano gestor tiene que analizar si puede estar recibiendo prestaciones de nube de forma irregular ya sea por encontrarnos con operadores con contratos públicos cuyo objeto NO era la nube y si, en contratos de licenciamiento, para su renovación se introducen soluciones de “empaquetamiento” que son contrarias a las reglas de adquisición de estos servicios.

¹¹⁰ Hay que advertir de las especialidades que para contratar estas prestaciones derivan de la seguridad nacional y defensa, que son objeto de regulación, en desarrollo de la normativa europea, por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

Esa reflexión previa acerca de necesidades y respuestas favorece una más correcta elaboración de la documentación contractual, concretando el objeto del contrato y, en su caso, los lotes que lo conformen, evitando prácticas anticompetitivas que, sobre la base de una necesidad concreta, generan servicios en nube forzada e innecesariamente vinculados a las soluciones que satisfacen la primera. Y hay que recordar que el artículo 99 LCSP ha venido a determinar que, siempre que la **naturaleza o el objeto del contrato** lo permitan, deberá preverse la **realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes** (cada lote será un contrato diferente)¹¹¹.

Además, ese trabajo previo permitirá una mejor planificación de la contratación de tecnología de computación en la nube en el marco de las contrataciones que vienen desarrollándose para transformar digitalmente el sector público. En definitiva, la colaboración entre el sector público y los proveedores tecnológicos en estas fases previas o iniciales del procedimiento de contratación –o en el seno del mismo en el caso de la compra pública de innovación– es tiempo ganado y, sin duda, contribuiría tanto a una mejor satisfacción de las necesidades del comprador público como a un funcionamiento más competitivo del mercado tecnológico.

b) Adecuado calculo del valor estimado del objeto de la prestación.

Identificada la necesidad que un poder adjudicador precisa y desea satisfacer con la compra pública de nube, evidentemente lo primero que se requiere que las fronteras de la prestación que se licita sean claras y respeten las exigencias de obedecer al concepto de “unidad funcional”, evitando una indebida “paquetización” (directa o indirecta) que excluya de facto de la licitación este tipo de prestación, que cuenta con identidad propia y que obedece a la naturaleza de contrato de servicios y no de suministro (que es la naturaleza de la adquisición de software, salvo en el caso de diseño a medida).

Hay que recordar que el órgano de contratación puede incluir en las bases de la contratación aspectos vinculados con la prestación que tienen la condición de ser gratuitos, como es el caso de las “mejoras” valoradas como criterio de adjudicación o, inclusive, la cesión gratuita del uso de la correspondiente maquinaria siendo el objeto de la contratación, al menos el principal, productos fungibles. En principio, siempre respetando al principio de proporcionalidad, estos aspectos no truncan el carácter oneroso del contrato público, ya que en el caso de las mejoras evaluadas como criterio de adjudicación (necesariamente limitadas, en todo caso, a una prestación adicional directamente vinculada con el objeto de la contratación), no se quiebra la onerosidad del contrato público, al residir ésta en la existencia de un precio cierto a cambio de la ejecución del contrato, sin que el hecho de poder ofertar una mejora implique que toda esa ejecución se va a realizar de manera gratuita (Resolución 423/2015, de 27 de mayo de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

¹¹¹ La discrecionalidad que se reconoce al órgano de contratación para la configuración del objeto del contrato, decidida la división, no es total, como indica, entre otras, la Resolución 124/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, que advierte que la decisión de división deberá acompañarse de una motivación adecuada y razonable del número de lotes y su distribución.

Sin embargo, no es posible desconocer el valor y la autonomía de los servicios de nube argumentando su diseño como “mejora”, pues con ello se altera el objeto de la prestación y se rompe el principio de competencia¹¹².

Desde esta perspectiva, cuando un órgano de contratación confecciona las bases para adquirir servicios de nube le corresponde definir correctamente, no solo el objeto del contrato, sino principalmente los derechos y obligaciones de las partes atendiendo a las prescripciones dispuestas en la LCSP, para lo que, desde un punto de vista económico, debe estimar el valor del contrato (artículos 100 y 101), fijando un precio cierto, precio que debe ser adecuado a mercado y, en principio, expresarlo en euros, que es la contraprestación que ese órgano de contratación está dispuesto, como máximo, a abonar al contratista por la ejecución de la prestación objeto del contrato. Asimismo se puede favorecer también la articulación de modelos de pago por resultados que pongan el acento en mayor seguridad, adaptabilidad, facilidad de gestión, reducción impacto ambiental, etc.

En estos contratos la retribución puede consistir en un modelo de pago por uso, y eso es una particularidad respecto a otros contratos. Cuanto más se consume, la “tarifa” se escalan a la baja. El precio no es fijo (pero sí su determinación) y puede reducirse en función del consumo bajo el contrato. Este modelo es una “puerta de entrada” para adquirir servicios de nube por pequeños poderes adjudicadores y facilita medidas de compra conjunta y utilización de modelos de racionalización técnica.

c) Modelos de compra conjunta

La complejidad de adquirir servicios de tecnología de nube aconseja fórmulas de cooperación administrativa que permitan una correcta “escala de gestión”¹¹³. El artículo 38 de la Directiva 2014/24 regula la compra conjunta esporádica (como sería el caso que nos ocupa):

“Artículo 38. Contratación conjunta esporádica

1. Dos o más poderes adjudicadores podrán acordar la realización conjunta de determinadas contrataciones específicas.

2. Cuando un procedimiento de contratación se desarrolle en su totalidad de forma conjunta en nombre y por cuenta de todos los poderes adjudicadores interesados, estos tendrán la responsabilidad conjunta del cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la presente Directiva. Ello se aplicará también en aquellos casos en que un solo poder adjudicador administre el procedimiento, por cuenta propia y por cuenta de los demás poderes adjudicadores interesados.

Cuando un procedimiento de contratación no se desarrolle en su totalidad en nombre y por cuenta de los poderes adjudicadores interesados, estos solo tendrán la responsabilidad conjunta por aquellas partes que se hayan llevado a cabo conjuntamente.

¹¹² Ahora bien, el pago de ese precio no tiene que ser necesariamente una compensación monetaria, pues igualmente podría efectuarlo a través de otra u otras contraprestaciones que no sean en dinero en los casos en que la LCSP u otra norma con rango de Ley así le faculte (art. 102.2 LCSP).

¹¹³ En la doctrina hay que referir la excelente obra colectiva dirigida por P. VALCARCEL, *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, 2016. También el trabajo de M. OLLER RUBERT, “Centrales de contratación”, en libro col. *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1869- 1876.

Cada poder adjudicador será único responsable del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la presente Directiva con respecto a las partes que lleve a cabo en su propio nombre y por cuenta propia”.

Esto significa que el Derecho europeo hace jurídicamente posible encomendar por un poder adjudicador a otro poder adjudicador la adquisición de suministros o servicios u obras, con el fin de simplificar la tramitación y obtener mayores eficiencias administrativas y de prestación, asumiendo el encomendante el pago de la prestación por él solicitada.

Además, la Directiva regula también fórmulas de compra conjunta estables. A ello se dedica el artículo 39:

“Artículo 39. Contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, los poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros podrán actuar conjuntamente en la adjudicación de contratos públicos utilizando uno de los medios previstos en el presente artículo.

Los poderes adjudicadores no harán uso de los medios previstos en el presente artículo con el propósito de sustraerse a la aplicación de disposiciones imperativas de Derecho público, de conformidad con el Derecho de la Unión, a las que estén sujetos en su Estado miembro.

2. Ningún Estado miembro prohibirá que sus poderes adjudicadores recurran a actividades de compra centralizadas ofrecidas por centrales de compras situadas en otro Estado miembro.

En relación con las actividades de compra centralizadas ofrecidas por una central de compras situada en un Estado miembro que no sea el del poder adjudicador, los Estados miembros podrán no obstante optar por especificar que sus poderes adjudicadores solo puedan recurrir a las actividades de compra centralizadas que se definen en el artículo 2, apartado 1, punto 14, letras a) o b).

3. La prestación de las actividades de compra centralizadas por una central de compras situada en otro Estado miembro se llevará a cabo de conformidad con las disposiciones nacionales del Estado miembro en el que se encuentre la central de compras.

Las disposiciones nacionales del Estado miembro en que se encuentre la central de compras se aplicarán asimismo a lo siguiente:

a) *la adjudicación de un contrato mediante un sistema dinámico de adquisición;*

b) ***la convocatoria de una nueva licitación en virtud de un acuerdo marco;***

c) *la determinación, con arreglo al artículo 33, apartado 4, letras a) o b), de cuál de los operadores económicos partes en el acuerdo marco desempeñará una labor determinada”.*

La finalidad de estos preceptos es fomentar la cooperación organizativa a escala nacional y europea para facilitar la gestión administrativa y la mejor selección de operadores económicos –y de sus ofertas- cuando se trata de la adquisición de suministros y servicios complejos para poderes adjudicadores, facilitando una mejor

eficacia y una mayor eficiencia¹¹⁴. Estamos ante un supuesto de cooperación que no conlleva transferencias financieras entre los poderes y entidades adjudicadores participantes, excepto las correspondientes al reembolso del coste real de las obras, los servicios o los suministros derivados¹¹⁵.

Por lo demás, hay que reseñar que el artículo 31.2 y 3 LCSP, al regular la auto-organización y los sistemas de cooperación vertical y horizontal afirma que:

*“ 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, **las entidades pertenecientes al sector público podrán en todo caso, acordar la realización conjunta de contrataciones específicas.***

3. Cuando un procedimiento de contratación se desarrolle en su totalidad de forma conjunta en nombre y por cuenta de varias entidades, estas tendrán la responsabilidad conjunta del cumplimiento de sus obligaciones. Ello se aplicará también en aquellos casos en que una sola entidad administre el procedimiento, por cuenta propia y por cuenta de las demás entidades interesadas.

Cuando un procedimiento de contratación no se desarrolle en su totalidad en nombre y por cuenta de las entidades interesadas, estas solo tendrán la responsabilidad conjunta por aquellas partes que se hayan llevado a cabo conjuntamente. Cada entidad será única responsable del cumplimiento de sus obligaciones con respecto a las partes que lleve a cabo en su propio nombre y por cuenta propia”¹¹⁶.(negrita nuestra)

Un ejemplo de compra conjunta para la adquisición de servicios en nube lo tenemos, recordamos, en la *licitación de un acuerdo marco para la provisión de*

¹¹⁴ Sobre esta cuestión ya me referí en mi trabajo “La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismo de gestión eficiente de la organización en el modelo local”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 23-86. En esta misma línea, en referencia al nuevo marco normativo, puede consultarse G. RACCA, “Nuove prospettive per l’aggregazione dei contratti pubblici nel contesto europeo”, en libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, 2014, Civitas, Cizur Menor, 455-492, P. VALCARCEL FERNANDEZ, Central Purchasing Bodies in Spain, *Centralising Public Procurement. The Approach of EU Member* y la obra conjunta dirigida por P. VALCARCEL *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*. Cizur Menor: Aranzadi.

¹¹⁵ Paradigmática en la interpretación de esta regulación es la STJUE de 9 de junio de 2009, (*Comisión Vs. República Federal de Alemania*, apdo. 47), que admite la posibilidad de articular una colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionales al considerar que no existe un contrato público sino una fórmula organizativa y no contractual, en tanto se acreditaba la concurrencia de una serie de circunstancias que permitían tal consideración. La Sentencia se refiere a un acuerdo de cooperación entre cuatro Landkreise de Baja Sajonia (Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. y Stade) y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, para la eliminación de sus residuos en la nueva instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, construida a instancias de la ciudad de Hamburgo. En tal supuesto no se articuló la cooperación a través de una organización distinta de los Landkreise y la ciudad de Hamburgo, sino a través de un “contrato de colaboración” entre todas ellos.

¹¹⁶ Posibilidad de compra conjunta reconocida por la Junta Consultiva de Contratación Pública en su Informe al Expediente 51/18, de 10 de diciembre de 2018. Acuerdos marco y contratación conjunta esporádica de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social. IBERMUTUAMUR. En la doctrina puede consultarse el trabajo de M. OLLER RUBERT, “Centrales de contratación”, en libro col. *Tratado de contratos del sector público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1869-1876*.

plataformas de computación en la nube a través del proyecto comunitario OCRE – IaaS+ Cloud Framework Procurement 2020, cofinanciado por la Unión Europea.

En todo caso, no hay que confundir esta opción con las centrales de contratación, que son servicios especializados que actúan adquiriendo suministros y servicios para otros entes del sector público, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos¹¹⁷.

d) La decisión sobre el modelo de racionalización: del Acuerdo Marco al Sistemas dinámicos de adquisición de compras

Hasta la fecha se viene utilizando como mecanismo de adquisición de servicios en la nube los Acuerdo Marco, que de hecho están permitiendo una previa homologación de las empresas prestadoras. Sin embargo, hay que hacer notar que este modelo de Acuerdo Marco está pensado para adquisición de necesidades repetitivas cuyo número no se determina con carácter previo. Lo que no sucede siempre con los servicios de nube, pues su adquisición puede no ser de “servicios repetitivos”, sino continuos, aunque puede también consistir en el desarrollo de aplicaciones. En todo caso, el avance tecnológico aconseja, máxime en este sector, la utilización de la modalidad del sistema dinámico de adquisición de compras.

Los sistemas dinámicos de adquisición de productos o servicios, diseñados desde la óptica de rentabilidad/calidad y no del precio, pueden ser la mejor solución procedimental para de forma rápida y con la máxima concurrencia, eficiencia y calidad, dar correcto cumplimiento a la adquisición de servicios y tecnología en la nube entre empresas previamente homologadas. La LCSP recoge los sistemas dinámicos de adquisición en sus artículos 223 a 226¹¹⁸, junto a los acuerdos marco y las centrales de compra.

Los acuerdos marco han sido hasta ahora una opción ordinaria, pues constituyen una técnica de contratación que permite a uno o varios poderes adjudicadores establecer las condiciones que van a regir los contratos a celebrar con uno o varios operadores económicos durante un período determinado (los denominados “contratos basados”) ¹¹⁹. La resolución del TACRC 94/2020, de 23 de enero, se pronuncia sobre el plazo de duración de los contratos basados en un acuerdo marco y destaca que la posibilidad de que un contrato basado prolongue su vigencia una vez expirado el acuerdo marco del que trae causa (posibilidad recogida implícitamente en el artículo 219.3 de la LCSP, a cuyo tenor “la duración de los contratos basados en un acuerdo marco será independiente de la duración del acuerdo marco”), se reconoce también en el Considerando 62 de la Directiva 2014/24/UE, que aclara que “*mientras que los contratos basados en un acuerdo marco se adjudiquen antes del final de la validez del propio acuerdo marco, no es necesario que*

¹¹⁷ I. GALLEGU CÓRCOLES, “La agregación de la demanda local: la creación y adhesión a las centrales de contratación”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 50, 2019, p. 110.

¹¹⁸ M. ALBA PACHECO, “Los nuevos procedimientos de contratación y los sistemas para la racionalización de la contratación de las Administraciones Públicas”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 23 (2017), monográfico “Ley de Contratos del Sector Público 2017. Hacia una contratación socialmente eficiente”, págs. 2889-2903.

¹¹⁹ Resolución núm. 979/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 26 de octubre de 2018.

la duración de los contratos individuales basados en un acuerdo marco coincida con la duración de dicho acuerdo marco, sino que puede ser más corto o largo, según proceda”.

El artículo 223.1 de la LCSP regula el funcionamiento de los SDA al señalar que los órganos de contratación podrán articular sistemas dinámicos de adquisición de obras¹²⁰, servicios y suministros de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan sus necesidades, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada¹²¹. Se trata de un proceso totalmente electrónico, con una duración limitada y determinada en los pliegos, que está abierto durante todo el período de vigencia a cualquier empresa interesada que cumpla los criterios de selección¹²². La participación en el sistema es gratuita para las empresas, a las que no se podrá cargar ningún gasto. Al ser un modelo de licitación íntegramente electrónico, la adjudicación de estos contratos específicos se produce mediante medios electrónicos, adjudicando el contrato a la mejor oferta según criterios definidos. Se trata, en todo caso, de un modelo pensado para las compras repetitivas no diferenciadas. De lo que se deduce que no parece como la opción de alcance ordinario, pues un poder adjudicador que necesite determinados servicios en la nube puede utilizar (y convenirle) otro tipo de selección.

Esta técnica presenta importantes ventajas y debería desplazar la utilización del acuerdo marco como modalidad de racionalización. Y ello por su carácter abierto, lo que permite implementar los avances tecnológicos y revisar la cualificación de las posibles empresas licitadoras y por la agilidad en la toma de decisiones. Además, **permite abrir completamente la contratación pública al mercado**, solventando uno de los problemas principales que tiene el uso de los acuerdos marco. Los sistemas dinámicos de adquisición pueden gestionarse mediante mecanismo de cooperación administrativa en fórmulas de las contrataciones conjuntas ya explicadas.

e) La opción de los procedimientos negociados con publicidad.

La LCSP habilita este procedimiento, que puede ser “ordinario” en la adquisición de servicios en la nube en tanto permite un adecuado equilibrio entre la mejor selección de la oferta y la necesaria transparencia y objetividad¹²³. El procedimiento de licitación con negociación podrá utilizarse cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando para dar satisfacción a las necesidades del órgano de contratación resulte imprescindible que la prestación, tal y como se encuentra disponible en el

¹²⁰ Sin embargo, para el Consejo de Estado (informe 514/2006, de 25 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público) resultaba criticable la extensión de la figura a los contratos de obras, ya que el sistema implantado por la Directiva 2004/18 estaba pensado para su aplicación en ciertos contratos de suministro o, a lo sumo, en ciertos contratos de servicios. La virtualidad de los sistemas dinámicos en contratos de obras se antojaba altamente complicada, a juicio del Consejo de Estado.

¹²¹ J. DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, “Sistemas dinámicos de adjudicación: unos cambios de calado”, *Tratado de Contratos del Sector Público* (dir. GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLES, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2077 a 2110.

¹²² R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “Los procedimientos de contratación electrónica. Subasta electrónica y sistemas dinámicos de contratación”, en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (dir. GIMENO FELIÚ), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 1218 y ss.

¹²³ Sobre el fundamento y finalidad de este procedimiento, por todos, I. GALLEGU CÓRCOLES, “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 220-222

mercado, sea objeto de un trabajo previo de diseño o de adaptación por parte de los licitadores.

b) Cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras.

c) Cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma.

d) Cuando el órgano de contratación no pueda establecer con la suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica, en los términos establecidos en esta Ley.

e) Cuando en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente sólo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables.

f) Cuando se trate de contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio.

Como afirmara la STJUE de 5 de octubre de 2000, asunto C-337/1998, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, ECLI:EU:C:2000:543, «las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contratos...». Así, en relación con la caracterización de la negociación, el art. 166.2 LCSP dispone que el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan ser objeto de negociación con las empresas; la descripción de las necesidades de los órganos de contratación y de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse, el procedimiento que se seguirá para negociar y los elementos de la prestación objeto del contrato que constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas. En definitiva, la información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la contratación y decidir si solicitan participar en el procedimiento.

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberá advertirse si el procedimiento de negociación se realizará en fases sucesivas, con reducción de la oferta. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o candidatos adecuados (art. 169.3 LCSP). Durante el curso de estas negociaciones podrán modificarse las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación siempre que no se afecten los requisitos mínimos. De esta forma, podrán ir mejorándose las ofertas.

El principio de igualdad de trato se proyecta en las siguientes determinaciones:

a) Durante la negociación, las mesas de contratación y los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto (art. 169.4 LCSP).

b) Los órganos de contratación informarán por escrito de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación.

c) Cuando se produzcan cambios en la documentación de la contratación, los poderes adjudicadores darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan presentar una nueva oferta revisada

d) En el curso del procedimiento, las mesas de contratación y los órganos de contratación cumplirán con su obligación de confidencialidad, por lo que no revelarán a los demás participantes los datos designados como confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador sin el previo consentimiento de este. Este consentimiento no podrá tener carácter general, sino que deberá especificar a qué información se refiere.

e) Cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todos los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas.

f) En el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas, de las razones para su aceptación o rechazo y de las ventajas obtenidas en la negociación.

Las ventajas de este procedimiento en la adquisición de servicios en la nube complejos es evidente, pues permitirá seleccionar la mejor prestación y conseguir en necesario equilibrio de costes y calidad y seguridad de la prestación.

f) Los criterios de adjudicación y su vinculación a la lógica de calidad-precio.

Los criterios de adjudicación son un elemento determinante para alcanzar la mejor adjudicación, por lo que su diseño, ponderación y sistema de puntuación deben estar debidamente alineados con este objetivo¹²⁴. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, ha destacado la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Por otra parte, hay que recordar que la calidad de la prestación es el elemento esencial tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público. Pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta

Así, el diseño de los criterios de adjudicación conforma un elemento esencial para preservar el principio de buena administración (por todas STJUE 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates*, ya citada, que lo vincula a la diligencia). Difícilmente se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando entre los criterios de adjudicación no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y el contrato. En la LCSP vigente los criterios de adjudicación tienen la función de decidir la mejor oferta en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*), con la finalidad de “acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo”, una práctica desaconsejada desde hace tiempo en el ámbito más general de la gestión eficiente, como estableció William Edwards Deming

¹²⁴ Por todos, R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en *Tratado de Contratos del Sector Público*, E. GAMERO CASADO e I. GALLEGÓ CÓRCOLES (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1402 y ss.

entre otros, en sus influyentes trabajos al respecto. Por ello, resulta muy aconsejable establecer umbrales a superar en los criterios de adjudicación que valoran aspectos técnicos, sea con carácter objetivo o discrecional. Es la regla general en los procedimientos negociados y en el dialogo competitivo y resulta posible –y conveniente– en los procedimientos abiertos. Así se ha declarado en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de septiembre de 2018, Montte SL contra Musikene, ECLI:EU:C:2018:75, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante resolución de 21 de octubre de 2016, en relación a la normativa española, al admitir que en los procedimientos abiertos se puede incorporar fases para valorar aspectos técnicos que de no superar el umbral permite la exclusión de la oferta. Esta sentencia avala, por tanto, el elemento cualitativo de toda oferta como un elemento determinante de la contratación pública y evita que ofertas técnicas deficientes puedan ser adjudicatarias en virtud del peso del criterio precio. La causa es que la calidad debe servir para la “discriminación de ofertas” y para generar una adecuada tensión competitiva, tanto a nivel de fijar una solvencia empresarial adecuada como de fijar los criterios de adjudicación.

Desde esta perspectiva conviene analizar el criterio precio, que no juega un rol determinante en la LCSP (el Derecho europeo de la contratación pública, no contiene una regulación específica sobre el precio de los contratos públicos). Así, el precio será un criterio, entre otros, y no el principal, por lo que su ponderación deberá ser pensada y motivada, atendiendo a la finalidad del sistema de fijación de criterios de adjudicación, “olvidando”, por tanto, una indebida visión economicista que asigne una excesiva ponderación. Esta nueva función del precio (valor) vinculado a la calidad ha sido reconocida por el Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 822/2019 cuya argumentación conviene transcribir:

«Dicho esto, sin embargo, este Tribunal, que bajo el imperio del TRLCSP se mostró contrario a esa fórmula de evaluación de las ofertas económicas (cfr.: Resoluciones 906/2014, 542/2015, 873/2016 -citada por la recurrente- o 230/2018 -que transcribe la 857/2018, invocada asimismo por la recurrente-), ha modificado ya tal criterio inicial, según hicimos constar en nuestra Resolución 976/2018, en la que, además, se tuvo en cuenta igualmente, el cambio normativo que supuso la Directiva 2014/24/UE y la LCSP. Dijimos entonces y reiteramos hoy:

«(...) 2ª. Los argumentos anteriores justificativos de por qué este Tribunal no comparte algunas de las consideraciones más arriba reseñadas, se refuerzan de forma notable a la vista del contenido de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP, que la traspone al ordenamiento español, hasta el punto de que hace decaer completamente los argumentos que apoyan las consideraciones expuestas que no compartimos, en especial, la relativa a la presunta inadmisibilidad legal del establecimiento de un índice de saciedad en la configuración y aplicación del criterio precio cuando opera conjuntamente con otros criterios objetivos y/o subjetivos.

Efectivamente, la Directiva 2014/24/UE mantiene que la adjudicación de los contratos debe hacerse sobre la base del criterio de la oferta económicamente más ventajosa, que, a su vez, se ha de determinar “...desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos,

medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate.” (Art. 67. de la Directiva 2014/24/UE). Por tanto, no determina en ningún caso que en esa relación coste - eficacia o en la relación calidad - precio, siempre se haya de aplicar el criterio precio en su modulación de precio más bajo.

Es más, la propia Directiva admite que no se valore la minoración del criterio coste o precio, en cuanto admite que se opere sobre un coste o precio fijo, cuando determina en su artículo 67.2, que: “El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad”.

“A partir de ese texto normativo hemos de considerar que si el factor coste puede adoptar la forma de un precio fijo no susceptible de mejora por minoración, con mayor motivo debe admitirse un precio no fijo pero limitado por un índice de saciedad, que puede minorarse más allá de ese límite pero sin favorecerse por un incremento de puntos en su valoración. En el mismo sentido, es indudable que esa Directiva atribuye al poder adjudicador la libertad de delimitar los criterios de adjudicación dentro del respeto a los requisitos que establece, cuando en su artículo 67.5 determina que: “5. El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada”. En fin, la LCSP ha incorporado las directrices de la Directiva 2014/24 al ordenamiento español, recogiendo los criterios antes citados en lo relativo a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y a la incorporación de criterios sociales y medioambientales y de innovación, que modulan la relación coste-eficacia y la relación calidad-precio, así como los principios de eficiencia y economía en el gasto público. En particular, este último principio es indudablemente matizado, en lo que aquí concierne, en el artículo 1.3, de la LCSP cuando determina que:

“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”. Lo anterior, vinculado a la autorización normativa sobre que el factor coste pueda operar como coste o precio fijo de forma que los licitadores compitan solo en función de criterios de calidad, es lo que determina que no pueda ya, actualmente, afirmarse en modo alguno que no es admisible legalmente establecer en el PCAP índices de saciedad que limiten en la aplicación de la valoración de la oferta económica mediante el criterio precio la atribución del máximo de puntos posibles a la ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minoren el precio más allá del citado límite.» En suma, lejos de suponer una infracción del Ordenamiento Jurídico determinante de nulidad de pleno derecho, la cláusula cuestionada es conforme a Derecho, lo que determina la inadmisibilidad del recurso en lo que se refiere a la impugnación indirecta del Pliego.»

En todo caso, los criterios de adjudicación deben alinearse con el objetivo de la mejor calidad y donde criterios ambientales deben ser un elemento determinante. La sostenibilidad ambiental debe ser ya el presupuesto habilitante de toda decisión pública

sin que puedan ser frenos para ello una mal entendida competencia que atiende al precio y no a la rentabilidad (económica y social) del servicio. Por ello en la decisión de adquirir servicios en la nube puede ser de especial interés tender a la consideración del coste del ciclo de vida. El diseño y selección de los proyectos a financiar con recursos públicos debe “pensar en verde” (y en “sostenibilidad social”)¹²⁵, no como exigencia estética, sino como herramienta generadora de valor¹²⁶. Esta exigencia de sostenibilidad ambiental debe articularse en la priorización de los proyectos de infraestructuras a financiar, que deberán cumplir los objetivos de la Agenda Verde Europea y acomodarse a las directrices dictadas por las instituciones comunitarias (no puede olvidarse la exigencia de neutralidad climática). No sólo es posible, sino conveniente, valorar los aspectos medioambientales en al contratación pública con los requisitos ya expuestos¹²⁷.

g) Un correcto diseño de la vigilancia del contrato de servicios en la nube

Establecer condiciones de ejecución que permitan cumplir adecuadamente con la prestación es imprescindible y forma parte de una correcta arquitectura del pliego, en especial las que se refieren a la “visión estratégica” de cualquier tipo de contrato público¹²⁸. La sentencia de 30 de enero de 2020 del TJUE, Tim, C-395/18, apartado 38, afirma al respecto: *“Los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, (...) un requisito de este tipo constituye, en la configuración general de la citada Directiva, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros”*¹²⁹.

Pero en los servicios de nube será preciso extremar la vigilancia, que se debe extender a no solo los contratos de nube, sino también a otros contratos de suministro

¹²⁵ Por todos, T. MEDINA ARNÁIZ, “Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad”, Papeles de relaciones ecosociales y cambio global, núm. 121, 2013, pp. 87-97 y J.M. GIMENO FELIU, “La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad”, Revista Economía Industrial núm. 415, 2020, pp. 89-97.

¹²⁶ J. PERNAS, con acierto, nos recuerda que la implementación de políticas activas de economía circular puede suponer un beneficio económico neto de 1,8 billones de euros de aquí a 2030, la creación de más de un millón de nuevos puestos de trabajo antes del 2030 y, además, una notable reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. “La “contratación circular”: el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos”, en: <http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-contratacion-circular-el-papel-de-la-compra-publica-en-la-realizacion-de-una-economia>.

¹²⁷ Sobre esta cuestión vid J.F. MESTRE DELGADO, “Contratos públicos y políticas de protección social y medio ambiental”, REALA núm. 291, 2003, pp. 705-730. En este sentido, y a modo de ejemplo, resulta de interés el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña 4/2003, de 29 de abril, sobre incorporación de criterios medioambientales en la contratación administrativa. También el Informe 1/2006, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “Buenas prácticas medioambientales a considerar en la contratación de las obras públicas”.

¹²⁸ Por todos, ahora, B. PALACÍN SÁENZ, “La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?”, en *Gabiler*, núm. 7, Septiembre 2016.

¹²⁹ Existe ya experiencias y guías sobre cómo introducir estos criterios. En la literatura más reciente destaca el libro de M. PARDO LÓPEZ y A. SÁNCHEZ GARCÍA, *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

de licencias de software en los que se puede estar recibiendo servicios de cloud de forma irregular.

Lo anterior aconseja una adecuada supervisión (no meramente formal) sobre el correcto cumplimiento de la política de adquisición de servicios en la nube. Lo que aconseja reforzar los conocimientos de quienes asumirán esta labor (dentro del “Plan Nacional de Competencias Digitales”, se prevé de manera específica la formación en competencias digitales de las personas al servicio de las Administraciones Públicas. Se aconseja que esa formación se oriente a la capacitación en Cloud Computing). No puede desconocerse el hecho de que, en muchos casos, el déficit de la función de policía en el desarrollo de la prestación de servicios públicos por los contratistas es la verdadera causa del mal funcionamiento de los mismos¹³⁰. Función de policía en la prestación de los servicios públicos que, como bien ha advertido el profesor T. R. FERNÁNDEZ, es la verdadera esencia de la doctrina de G. JÉZE en relación a los servicios públicos¹³¹. Por ello, nunca podrá abdicar una Administración diligente de los principios de adecuado control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, máxime en ámbitos tan sensibles como el que se describe.

Para dar respuesta a esta posible problemática, el pliego debe hacer referencia a **la figura del responsable del contrato, de carácter obligatorio**, *ex* artículo 62 LCSP, para todo poder adjudicador y tipo contractual¹³². El responsable del contrato (puede ser

¹³⁰ Por supuesto que esa decisión puede ser comprensible y razonable o ser injustificada y arbitraria, o explicarse solamente con argumentos banales o demagógicos -con diferentes niveles entre una y otra calificación. Pero, así como en las relaciones entre particulares no siempre es jurídicamente preciso conocer cuáles son los motivos que han llevado a una parte a incumplir un contrato, cuando se trata de la Administración, que en teoría *sirve y pertenece a todos*, esas razones han de ser conocidas y públicamente expuestas, como consecuencia de la exigencia general de motivación en todos los actos de la Administración. Eso significa que también las razones profundas que empujen a la Administración a llegar a esa decisión merecerán su propia valoración y control jurídico.

¹³¹ T.R. FERNANDEZ, “León Duguit en España y en español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, p. 44. Por ello, justificar una prerrogativa pública para “reinternalizar” en los supuestos de disfunciones del modelo de colaboración público-privada, cuando éstas son causa de una incorrecta diligencia administrativa en el diseño y control de estas modalidades de prestación del interés público resulta, cuando menos, una paradoja.

¹³² Esta figura, como nos recuerda J.C. GÓMEZ GUZMÁN en su blog *auditoriadecostes*, en la entrada sobre el responsable del contrato, es común en las legislaciones de contratos públicos de países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, en la legislación americana, en las *Federal Acquisition Regulations* (FAR) –Subpart 42.3– se regulan las funciones del *contract administration office* (CAO) con, entre otras, las siguientes responsabilidades cuando éste se designe: a) Desarrollar y aplicar procedimientos eficientes para llevar a cabo las acciones de aseguramiento de la calidad del contrato; b) Realizar todas las acciones necesarias para verificar si los suministros o servicios cumplen los requisitos de calidad del contrato; c) Mantener, como parte de su labor de inspección del contrato, registros adecuados que reflejen la naturaleza de las acciones de aseguramiento de la calidad de los contratos, incluyendo, cuando proceda, las observaciones realizadas y el número y tipo de defectos hallados; decisiones relativas a la aceptabilidad de los productos, los procesos y los requisitos, así como acciones para corregir los defectos. d) Aplicar instrucciones específicas del órgano de contratación; e) Informar al órgano de contratación sobre cualquier defecto observado en el diseño o en los requisitos técnicos, incluidos los requisitos de calidad, del objeto del contrato; y f) Recomendar cualquier cambio necesario al contrato, como especificaciones, instrucciones u otros requisitos que proporcionen operaciones más eficaces o eliminen costes innecesarios.

una persona jurídica), tiene un elenco abierto de competencias, que deben determinarse por el órgano de contratación en los pliegos, que pueden abarcar obligaciones de aseguramiento de la transparencia y de vigilancia sobre diversos aspectos que interesan al órgano de contratación, como de preservar la adecuada calidad de la prestación y el adecuado mantenimiento del reparto de riesgos¹³³. Y para las concesiones el artículo 62.3 indica que *“la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra”*. Interesa destacar como el control de la calidad y la correcta satisfacción del interés público inherente a toda concesión se conforman como ejes irrenunciables y señas de identidad de la nueva gobernanza en el funcionamiento de la colaboración público-privada¹³⁴.

Por otra parte, para esta nueva “estrategia de cumplimiento y gobernanza de las concesiones”, hay que reseñar la nueva previsión del artículo 190 LCSP, en relación con las prerrogativas, al señalar que *el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato*. Este reconocimiento a la inspección del contrato refuerza la idea de la importancia del correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales y debe ser, sin duda una herramienta esencial para asegurar el correcto cumplimiento.

En todo caso le corresponde proponer la imposición de penalidades (art. 194 LCSP), informar, en los supuestos de prórrogas, sobre si el retraso en la ejecución es o no imputable al contratista (art. 195 LCSP) y dictar instrucciones interpretativas en los contratos de servicios (art. 311 LCSP). Responsable del contrato que deberá contar con la capacitación suficiente para detectar disfunciones e imponer las medidas necesarias para el correcto cumplimiento de las distintas obligaciones y estándares de calidad, aspecto este esencial que, en un ámbito como el tecnológico, tremendamente dinámico y de complejidad creciente, debiera condicionar, más si cabe que con carácter general, la designación de la persona responsable del contrato.

La correcta vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista través de un responsable del contrato profesionalizado es la pieza basilar del modelo de gobernanza en la contratación pública, pues, como ha advertido A. SANMARTIN MORA, la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado, y que sea el contratista quien defina el nivel de

¹³³ Una cláusula sencilla en un pliego, como propone M. RUIZ DAMIEL, podría consistir en lo siguiente: *Además de las recogidas expresamente en la Ley, el ejercicio de las facultades inherentes a la potestad de dirección del contrato, así como proponer al órgano de contratación el ejercicio de las prerrogativas que le correspondan por razones de interés público. Igualmente le corresponderá acreditar la conformidad de la prestación con lo previsto en el contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 198 y asistir al acto de recepción del contrato en calidad de representante de la Administración o en su caso, dar la conformidad final al contrato*. “El responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, obcp.es (18 de junio de 2018).

¹³⁴ Sobre la figura del responsable del contrato interesa el trabajo de J. DE LA MORENA LÓPEZ, “Responsable del contrato “in vigilando”, Gabilex, núm. extraordinario vol. II, marzo 2019, pp. 643-656

calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por ello, es necesario que los gestores cuenten no solo con conocimientos especializados relacionados con los aspectos legales, sino también con aquellos que se relacionan con la gestión de proyectos y de riesgos. Y en ausencia de personal cualificado, en especial por Administraciones locales, deberá utilizarse los mecanismos de cooperación supramunicipal existentes¹³⁵.

h) La innovación en los modelos de adquisición de tecnología.

La Directiva 2014/24 se posiciona claramente por posibilitar que los compradores públicos puedan adquirir productos y servicios innovadores que promuevan el crecimiento futuro y mejoren la eficiencia y la calidad de los servicios públicos. Esta Directiva da un paso más en la contratación pública de innovación, contribuyendo a que los Estados miembros flexibilicen los procedimientos de adjudicación y en beneficio de otras políticas públicas, mediante¹³⁶:

a) *Investigación e innovación, que son imprescindibles para alcanzar un crecimiento futuro inteligente, sostenible e integrador.*

b) *Fomento de asociaciones europeas de innovación, a través de la intervención de agentes de los sectores públicos y privados, con el objeto de acelerar la asimilación de la innovación y generando un atractivo comercial.*

c) *Mayor facilidad de acceso a las PYMEs al mercado de contratación, por su potencial de adaptación al entorno.*

d) *Redacción de especificaciones técnicas que permitan la diversidad de soluciones técnicas.*

Con el citado objetivo en mente, se formula un **concepto de innovación** sumamente amplio para evitar interpretaciones dispares en los Estados miembros¹³⁷. El artículo 2.1.22 de la citada Directiva, entiende que consiste:

¹³⁵ Esta situación aconseja un debate, que va más allá del objetivo de este trabajo, sobre el nivel adecuado donde deben residenciarse las competencias y prestaciones de servicios aceptando la premisa de que no es posible el uniformismo del régimen jurídico y debe atenderse por ello a la diversidad tanto del pequeño municipio como del gran Ayuntamiento. En la revisión del modelo (al margen de los legítimos apriorismos políticos) debe tenerse en cuenta la mejor satisfacción de las prestaciones a los ciudadanos, resultando conveniente insistir en la idea de cooperación y asistencia, donde pueden jugar un papel relevante estructuras administrativas de carácter supramunicipal. Como indica F. VELASCO CABALLERO, una administración local es tendencialmente ineficaz cuando la ley le atribuye competencias que, por sus dimensiones o escala, no se pueden ejercer adecuadamente por su titular (“La planta local de España: Criterios para la toma de decisiones”, *La Organización Local. Nuevos Modelos*, J. M. GIMENO FELIU (coord.), Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 138). Ante tal situación la cuestión no radica tanto en quien la debe detentar sino cómo es posible una mejor gestión competencial.

¹³⁶ Sobre el fundamento de esta regulación es de interés el trabajo de M.A. BERNAL BLAY, “Compra pública de innovación: una aproximación pro-competitiva”, en libro col. *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el derecho administrativo*, Civitas, Cizur Menor, 2017, pp. 83-106. También J.M. GIMENO FELIU, “La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación”, *Revista Ius Publicum* núm. 1, 2018.

¹³⁷ Existe ya un *soft law* que da soporte al nuevo escenario: 1. Comunicación *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles* (COM (2007) 799 final); 2. *Iniciativa emblemática de Europa 2020 - Unión por la innovación: convertir*

“en la introducción de un producto o servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización de lugar del trabajo o las relaciones exteriores”¹³⁸.

Los compradores públicos deben poder adquirir productos y servicios innovadores que promuevan el crecimiento futuro y mejoren la eficiencia y la calidad de los servicios públicos. El Considerando 47 de la Directiva 2014/24/UE dispone expresamente que

“los poderes públicos deberán hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación, por ser considerada uno de los principales motores del crecimiento futuro y ocupar un lugar central de la Estrategia Europea 2020”.

Junto a ello, este considerando destaca diversos aspectos positivos derivados de la adquisición de bienes, obras y servicios innovadores. Por un lado, incide en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, además de responder a desafíos fundamentales para la sociedad. Por otro lado, contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, además de lograr ventajas económicas, medioambientales y sociales, ya que generan nuevas ideas y las plasman en productos y servicios innovadores, por lo que fomentan el crecimiento económico sostenible.

Por ello, en la compra de tecnología en la nube el alcance de la innovación debe ser un elemento decisivo en la motivación de la decisión de adquisición, debiendo reflejar como criterios de selección de la oferta los indicadores de mayor calidad e innovación. Y donde parece conveniente que las especificaciones técnicas formuladas lo sean en términos de rendimiento o de exigencias funcionales (*performance-based, or functional -or “outcome”- specifications*)¹³⁹.

las ideas en empleo, crecimiento ecológico y progreso social (COM (2010) 546 final); 3. Comunicación “Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación” (COM (2011) 808 final), adoptada el 30 de Noviembre de 2011. 4. Reglamento UE 1290/2013, de 11 de diciembre, por el que se establecen normas de participación y difusión aplicables a Horizonte 2020. Una breve, pero excelente reflexión sobre la evolución de la importancia de la innovación en la contratación pública, puede consultarse en el trabajo de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “The relevance of promoting collaborative and joint cross border public procurement for buying innovative solutions”, *IUS PUBLICUM*, núm. 1, 2017, pp. 1-50.

¹³⁸ El término innovación, a los efectos de la Directiva, no sólo se refiere a lo que es nuevo –sea un producto, servicio o proceso–, sino también a lo que ha sido significativamente mejorado. Sobre el procedimiento y su justificación vid. M.A. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, “Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la asociación para la innovación”, en el vol. col. J.M. GIMENO FELIU (Dir.), *Las nuevas Directivas de contratación pública*, Observatorio de Contratos públicos, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 341.

¹³⁹ Se definen como aquéllas que describen la función, objetivo o rendimiento que se pretende alcanzar, en vez de especificar el producto o servicio concreto que es objeto del contrato. En otras palabras, las especificaciones funcionales se centran en las necesidades reales que el contrato busca satisfacer y dejan que el mercado sugiera el mejor camino para su consecución, sin establecer elementos técnicos obligatorios. Con fecha 20 de noviembre de 2013 se publicó la Norma UNE-EN 16271:2013 *Gestión del Valor. Expresión funcional de necesidades y pliego de especificaciones funcionales. Requisitos para la expresión y validación de las necesidades a satisfacer por un producto en el proceso de adquisición u obtención del mismo*. Esta Norma es la versión oficial en

i) Hacia un modelo profesionalizado horizontal: centrales de compra.

Para finalizar hay que advertir que la adquisición de recursos tecnológicos “en la nube” aconseja a repensar la escala organizativa, con el objetivo de facilitar la más eficaz y eficiente solución con alcance universal para cualquier tipo de poder adjudicador. Lo que no significa centralizar, que puede tener efectos perversos tanto en la competencia como en resultado de la prestación final¹⁴⁰.

La atomización administrativa en España (y escasamente cooperativa) impide una adecuada gestión del cambio en estos ámbito más complejos. Así, repensar la atribución de la gestión contractual en los pequeños municipios a favor de los gobiernos intermedios parece una adecuada solución. Al igual que fomentar la compra agregada y las centrales de compras conjuntas (como estrategia de profesionalización)¹⁴¹. El artículo 2.15 Directiva 2014/24/UE define «Actividades de compra centralizadas»: como alguno de los tipos de actividades siguientes, realizado con carácter permanente: la adquisición de suministros o servicios destinados a poderes adjudicadores;

(a) la adquisición de suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores;

(b) la adjudicación de contratos públicos o la celebración de acuerdos marco de obras, suministros o servicios destinados a poderes adjudicadores.

A partir de esta definición, una «central de compras» se configura como un poder adjudicador que realiza actividades de compra centralizadas y, eventualmente, actividades de compra auxiliares (art. 2.16 Directiva contratación pública). El régimen jurídico de las actividades de compra centralizada y centrales de compra se contiene en el art. 37 de la Directiva, que insiste que los poderes adjudicadores pueden recurrir a una central de compras tanto como «mayoristas» - es decir, comprando, almacenando y revendiendo- como en los casos en los que la función de la central de compras es de intermediación -es decir en los supuestos en los que se fijan los términos de los contratos, acuerdos marco o sistemas dinámicos de contratación que serán posteriormente utilizados por los poderes adjudicadores.

Los principales objetivos de esta técnica organizativa, con fundamento en la cooperación en intereses comunes, son la seguridad jurídica y confianza de los potenciales licitadores, permitiendo una eficaz transparencia que, acompañada de simplificación de los procedimientos permita obtener vía economía de escala obtener una

español de la Norma Europea EN 16271:2012, y fue elaborada por el comité técnico AEN/CTN 144 *Gestión del Valor. Análisis del Valor. Análisis Funcional*, cuya Secretaría desempeña IAT.

¹⁴⁰ Es clásica la referencia a N. DIMITRI, F. DINI y G. PIGA, “When should procurement be centralized?”, en el libro N. Dimitri, G. Piga, & G. Spagnolo (Eds.), *Handbook of Procurement*, 2006, p. 49.

¹⁴¹ Me remito a las reflexiones expuestas en J.M. GIMENO FELIU, “La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismo de gestión eficiente de la organización en el modelo local”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 23-86, B. NOGUERA DE LA MUELA, “El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Compra conjunta y centrales de COMPRA”, en libro col. dirigido por J.M. Gimeno *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 233-276, M. OLLERT RUBERT, “Centrales de contratación”, en Gamero y Galle- go (dir.), *Tratado de Contratos del Sector Pu- blico*, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 1855-1872, e I. GALLEGU CORCOLES, “La agregacio- n de la demanda local: la creacio- n y adhesio- n a las centrales de contratacio- n”, publicado en el nu- mero 50 de *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 2019.

mayor eficiencia de los recursos públicos¹⁴². La principal potencialidad de estas Centrales derivará tanto de la profesionalización de la concreta organización como de la implantación de medios y procedimientos electrónicos de contratación.

Al margen de todo ello, es preciso destacar que el Derecho europeo de la contratación pública reconoce una gran libertad de configuración de las centrales de contratación. En algunos casos, este cometido de intermediación puede desempeñarse ejecutando de manera autónoma los procedimientos de adjudicación pertinentes, sin recibir instrucciones de los poderes adjudicadores adheridos, y en otras ocasiones se seguirá las instrucciones de éstos. Igualmente, las centrales, pueden actuar con o sin remuneración. Pero es más, la creación de centrales de compra no es sólo una posibilidad que puede incorporarse o no al Derecho nacional.

La previsión del artículo 227 LCSP determina el alcance de esta figura, que mejora técnicamente al texto de la norma nacional precedente. Así, *“las centrales de contratación actuarán adquiriendo suministros y servicios para otros entes del sector público, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos”*. Aunque se incorporan las dos modalidades de central de contratación que hemos señalado -mayorista e intermediaria- el modelo de compra centralizada que se impuesto en la práctica es el de central que opera como intermediaria. Por supuesto, tal y como exige el Derecho europeo, las centrales de contratación se sujetarán, en la adjudicación de los contratos, acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que celebren, a las disposiciones de la presente ley y sus normas de desarrollo (en concreto, para el caso que nos ocupa, a las ideas propositivas expuestas para esta materia). En la práctica, la adhesión a una central externa no suele implicar la obligatoriedad de compra por parte de los entes adheridos. Por lo demás, casi todas las centrales realizan de forma absolutamente mayoritaria labores de intermediación, a través del empleo de acuerdos marco o sistemas dinámicos de adquisición de compras.

La finalidad o funciones de esta central de compras, como mecanismo de cooperación, insistimos, podrán consistir en:

1. adquirir suministros y servicios para otros órganos de contratación, o
2. adjudicar contratos, o
3. celebrar acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos.

De todas estas características, nos interesa destacar que el hecho de que la adhesión a la central no implique obligatoriedad de compra conlleva la necesidad de que se realice una doble adhesión -la primera a la central, la segunda a un procedimiento de contratación completo-. Este sistema de doble adhesión pretende superar la resistencia

¹⁴² Según el Informe 5/09, de 18 de diciembre, de la comisión permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del gobierno de las Islas Baleares: “el objetivo de las centrales de contratación es conseguir una mayor eficacia de la actividad contractual de los entes públicos, tanto desde el punto de vista de gestión, ya que concentra la tramitación de los procedimientos en órganos especializados, evitando que haya una multiplicidad de órganos de contratación dedicados a la adquisición de productos similares y favoreciendo la simplificación administrativa, como desde el punto de vista económico, ya que se aprovecha la reducción de costes que se puede obtener mediante adquisiciones a gran escala, lo que permite una mayor eficiencia de los recursos”.

a la pérdida de poder de decisión en la gestión y decisión de compra por parte de las entidades adheridas, que siempre supone un freno a la expansión de la central.

Centrales de compras como ejercicio de profesionalización y como ejercicio de cooperación, en especial, a escala local¹⁴³.

¹⁴³ Sin duda los entes locales intermedios deberían avanzar en la constitución de estas centrales de compras para ayudar a la correcta migración en un ámbito tan sensible como el d tecnológico. Vid. J. COLÁS TENAS, “Las centrales de contratación provinciales” *Cuadernos de derecho local* núm. 38, 2015, pp. 81-115 y J.M. GIMENO FELIU. “Centrales de compra, cooperación y administración local. Ventajas y límites”. www.obcp.es (13/10/2014).

CONCLUSIONES

I.- Los servicios de nube han adquirido una importante dimensión y se posicionan como necesarios en una estrategia pública de futuro inmediato, lo que aconseja reflexionar sobre como provisionarlas, en un contexto normativo que no fue pensado en su momento para responder a esta problemática. Lo que de *lege ferenda* aconsejaría un análisis y solución singular, que generase seguridad jurídica para todas las partes y que, además, garantizase la correcta calidad de la prestación y la seguridad de la información. Nos encontramos ante una importante oportunidad de cambio, a nivel de regulación y también de las diversas prácticas administrativas de compra pública, que puede facilitar el acceso a las nuevas tecnologías de las decisiones públicas.

II.- La práctica en la adquisición de servicios de tecnologías en la nube revela ciertas disfunciones (en muchos casos, prácticas anticompetitivas) derivadas de la no adaptación del marco normativo a la realidad y de ciertas “inercias” que llevan a mantener relaciones con los proveedores de software ya conocidos y ya presentes en el sector público desde hace décadas. Lo que genera un riesgo de compartimentación del mercado, en función de relaciones previas entre proveedores y sector público que, en mayor o menor medida, quedan cautivos de una determinada tecnología de nube, en función de quién es su proveedor en exclusiva de licencias de software. Como se ha expuesto, las inercias, derivadas en ocasiones de una indebida comprensión de la naturaleza de la prestación, conducen a prácticas restrictivas de la competencia, además de no favorecer un análisis prospectivo de la mejor solución a las necesidades que cubren los servicios de nube.

En este sentido, por ejemplo, la introducción de referencias a concretas marcas o modelos, en vez de a necesidades funcionales, es una práctica claramente ilegal. Sólo con carácter excepcional, que además debe ser objeto de motivación específica, puede utilizarse la mención de una concreta marca comercial en la descripción del objeto del contrato. Una mera mención formal, añadiendo el término “o equivalente” no es ni lejanamente suficiente para cumplir con los requisitos legales. Además de esta práctica, que es flagrante, existen otras que son más difíciles de detectar y combatir, por ejemplo, la adjudicación de contratos menores a un proveedor tecnológico que posteriormente exigen al órgano de contratación adjudicarle licitaciones más grandes (por encima del umbral del contrato menor) porque el proveedor ya está dentro. La memoria justifica la adjudicación directa (exclusividad o el negociado) basándose en razones técnicas o de eficiencia. O también la “paquetización” en la que proveedores de licencias de software exigen de una forma u otra a los clientes del sector público utilizar/comprar sus respectivas nubes para poder utilizar sus licencias de software exclusivas (bajo contratos cuyo objeto no es la nube).

III.- Frente a inercias interpretativas, la situación “global” obliga a repensar soluciones jurídicas en la contratación pública de servicios en la nube que promuevan la eficacia de las políticas públicas y que concilien los intereses

públicos en juego, diseñando procedimientos eficaces y eficientes que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten la generación de monopolios *de facto* que pueden ser un freno a la necesaria política de digitalización de nuestro país. Lo que, de *lege ferenda*, aconsejaría un análisis específico y una solución normativa específica, que acompañase la estrategia europea en este campo, que generase seguridad jurídica para todas las partes y que, además, garantizase la correcta calidad de la prestación y la seguridad de la información. Además, con ello se lograría proteger a las entidades públicas adjudicatarias contra la sospecha de la influencia que pueden tener en sus actuaciones determinadas regulaciones extracomunitarias y además lograr un completa seguridad en soberanía ciudadana sobre los datos.

Tal norma podría regular la exigencia de un certificado de “nube de confianza”, que supondría un importante paso adelante en la estrategia para contar con datos seguros y evitar la sospecha de miradas “extraterritoriales”. Este certificado de datos de confianza se otorgaría a los prestatarios de servicios de datos en la nube que cumplan con una lista de criterios validados por una autoridad nacional o europea. Los receptores del sello de nube de confianza garantizarían la protección máxima de los datos a las empresas y a las administraciones que los elijan, puesto que el certificado deberá garantizar un nivel de seguridad muy elevado para luchar contra los ciberataques, cada vez más numerosos.

IV.- Todo procedimiento de contratación requiere un análisis previo de la necesidad de contratar y de las concretas necesidades que han de cubrirse con el proceso de compra pública (que detecte malas prácticas o ineficiencias por cierre indebido del mercado). En este análisis se debe tener en cuenta que muchos órganos de contratación pueden estar cubriendo sus necesidades tecnológicas (de nube u otras) de forma irregular. Esto puede hacer que de facto la necesidad de sacar licitaciones específicas de tecnologías en la nube desaparezca o no exista, pues ésta se está cubriendo bajo contratos de suministro de licencias que realmente no incluían nube en su objeto (algo que como hemos visto es irregular y discrimina a los operadores que no ofrecen el software). Esta situación además hace que, posteriormente, si el órgano de contratación tiene la necesidad de sacar una licitación específica de nube (ya sí independiente en el objeto del licenciamiento), tenga que adjudicársela al mismo proveedor justificándolo o basándose en razones técnicas o de eficiencia (por el coste de migrar a otra nube).

Además de tener en cuenta esto, para determinar las concretas necesidades, se deberá tener en cuenta los diversos modelos de computación en la nube, en función de la titularidad y control de los servidores, la diversidad de los niveles de servicio que pueden proporcionar los proveedores de nube pública, o las implicaciones del alojamiento de datos en servidores ajenos en función de los niveles de protección aplicables a los mismos, entre otros factores, imponen que cualquier entidad del sector público que afronte el proceso de migración analice antes sus necesidades, la naturaleza de los datos que gestiona, si precisa acudir a tecnología de nube o bastan otro tipo de tecnologías o productos y, en el caso de que opte por tecnología de nube, qué tipo de nube resulta la más adecuada. Este análisis de necesidades, que ha de integrarse plenamente con los de las implicaciones desde la perspectiva de la confidencialidad o de la protección de datos, es sin duda complejo.

Asimismo, toda política de nube, como ocurre con las que hemos examinado, debe incorporar objetivos diversos. Entre ellos, **resulta esencial el establecimiento de un modelo de gobernanza que responda a las necesidades del sector público y coordine su aplicación, construyendo un ecosistema de aplicaciones y servicios**

reutilizables y homogeneizando en lo posible diseños y soluciones para definir un régimen de gestión de los datos. Igualmente esencial, por las razones que han quedado expuestas al referirnos a la concreción de la necesidad de contratar y de las necesidades a cubrir, definir un marco de adopción de tecnologías en la nube que permita ordenar el proceso de toma de decisión, en función de las necesidades, o de migración de sistemas o infraestructuras a entornos en la nube, así como la programación de planes de formación de recursos humanos orientados tanto a la identificación de necesidades como a las decisiones de implantación o los procesos de contratación de tecnologías en la nube.

En este sentido, **la nube pública es más eficiente, tanto desde una perspectiva puramente económica y de seguridad de la prestación, como desde la ambiental, al permitir una escala que reduce el consumo y permite la alimentación específica con energías renovables, dimensión que también debe ser tomada en cuenta en la contratación pública.** En consecuencia, siempre que ello sea posible, por ser compatible con una adecuada protección adecuada de los datos que vayan a almacenarse – especialmente de los de carácter sensible o de protección reforzada–, deberá licitarse esta modalidad de servicios en la nube.

V.- La correcta tipificación de la prestación se revela como un elemento de indudables consecuencias prácticas, pues el régimen jurídico que deriva de una u otra calificación condiciona la propia decisión contractual. La tipificación de las prestaciones de nube encaja habitualmente, con claridad, en el régimen del contrato de servicios en tanto se adquiere el acceso a recursos tecnológicos (no se compra infraestructura física digital). Y dado que es una consecuencia de la aplicación del derecho europeo de **contratación la respuesta debe ser uniforme (o la misma)** en todo el ordenamiento jurídico nacional. La calificación del contrato como contrato de servicios tiene importancia desde al menos cuatro puntos de vista, alguno de ellos ya enunciado anteriormente. Uno primero, relativo a la solvencia que se debe exigir, que es bien distinta en suministros que en servicios (donde, por cierto, la cláusula de progreso obliga a una solvencia dinámica).

Esa diferencia de prestaciones entre suministro y servicios permite evitar una indebida paquetización pues no encajaría en los requisitos del contrato mixto, y habilitaría la posibilidad de introducir concretos lotes.

La necesidad de una correcta calificación, y su consideración como servicios, impacta también en la opción de cómo oferta, como operador económico, dichos servicios, integrando solvencia con otras empresas especializadas en la implementación de soluciones tecnológicas en los poderes adjudicadores. Existen, también, diferencias en lo relativo al plazo de duración del contrato, pues, aunque rige para suministros y servicios de prestación sucesiva el común de cinco años, en servicios dicho plazo puede ser superior, excepcionalmente, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación.

Además, ha de tenerse presente también el régimen de los productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial (art. 308.1 LCSP), que ha de considerarse detenidamente para no encarecer el precio, desincentivar la licitación o, simplemente, hacer inviable la concurrencia de potenciales prestadores concretos del

servicio. El sector público, obviamente, recurre a tecnología en la nube para resolver sus necesidades tecnológicas para la gestión de sus competencias utilizándola y, en ocasiones, promoviendo su adopción o cesión a otros entes del sector público. Sin embargo, obtener dichas soluciones tecnológicas puede resultar incompatible, con frecuencia, con la privación de cualquier posibilidad de explotación comercial de las mismas al contratista que las ha desarrollado que derivaría de la atribución general e incondicionada de la propiedad intelectual o industrial al ente público contratante. Por ello, el artículo 308.1 de la LCSP establece un régimen flexible y razonable a este respecto que ha de utilizarse teniendo muy presente, en este caso, las funciones estratégicas que la contratación pública debe perseguir, especialmente para la generación y promoción de un tejido empresarial innovador de pequeñas y medianas empresas.

Finalmente, **una última cuestión relevante es la relativa a la gestión presupuestaria del gasto y, en conexión con esto, a la elegibilidad** para justificar fondos europeos, pues los contratos de suministros encajan en capítulo VI, de inversiones, frente a los contratos de servicios, que se incluyen en capítulo II, de gastos corrientes.

VI.- El objeto de toda licitación no puede sumar prestaciones diferentes y diversas sobre el argumento de que se trata de un mismo proveedor, o mejoras adicionales, máxime cuando las prestaciones obedecen a calificaciones jurídicas distintas como se deriva de la consideración de suministro de ciertos productos tecnológicos (como ofimática) frente a servicios de nube. La práctica de “paquetización” es contraria las reglas y principios de la contratación pública y del derecho de la competencia. Y ello porque integra el objeto solo las prestaciones que puedan “...cumplir por sí mismas una función económica o técnica” (art. 1.7 Directiva 2014/24 de contratación pública). La «unidad funcional», es un concepto jurídico indeterminado que debe ser entendido como aptitud para que el conjunto de prestaciones que integran el objeto de un contrato. Al respecto, indicaba la Junta Consultiva de Contratación de Canarias en su Informe 1/2010, de 3 de febrero, que existiría un único contrato “cuando haya coincidencia en los tres elementos esenciales que integran el concepto doctrinal de contrato como institución jurídica: sujeto, objeto y causa: «es decir cuando la prestación a realizar para atender una necesidad haya de contratarse con un mismo sujeto, para realizar un mismo objeto, y motivado por una misma causa. Por el contrario, deberán formalizarse contratos distintos desde el momento en que la adecuada ejecución de la prestación a realizar motive que uno de esos tres elementos varíe, aunque haya coincidencia en los otros dos”. En consecuencia, una primera reflexión es la necesidad de delimitar la autonomía contractual de los servicios de o en la nube, que cuentan con una clara identidad propia. Asimismo, hay que preservar la confidencialidad de aquellos elementos de funcionamiento de la empresa que tengan la consideración de secretos comerciales, dado que *el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido la protección de los secretos comerciales como un principio general del Derecho de la Unión y, por ello, con especial protección.*

En línea con lo anterior, la adecuada **calificación de las prestaciones de servicios en nube como servicios y no como suministro refuerza la necesidad de su licitación separada.** Los contratos mixtos, como sería un contrato en el que se licitase conjuntamente la adquisición de elementos de hardware y software –un típico contrato de suministro en la inmensa mayoría de los casos- con un servicio de nube, debería ser objeto de una motivación muy específica y convincente como requisito de validez. En todo caso, cuando se produzca una licitación agregada, los servicios en la

nube deberían conformar uno o varios lotes específicos, con una clara especificación de cuál es la prestación principal de cada uno de ellos y el régimen jurídico aplicable.

VII.- En la calidad de la adquisición de servicios en la nube parece conveniente, al igual que en los países europeos, exigir una cualificación previa, que garantice la idoneidad de la empresa prestadora del servicio y que aporte confianza respecto al cumplimiento de obligaciones que preserven al soberanía de los datos así como la seguridad de los mismos. En determinados casos puede especificarse la necesidad de separación jurídica en caso de empresas no europeas con el fin de preservar la independencia frente a normativa de otros países, lo que requeriría una previsión normativa específica. Asimismo, los criterios de selección deberán ser preponderantes en los aspectos técnicos, incluyendo como elemento determinante las condiciones de sostenibilidad de la prestación. Estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atiendan a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio único como factor determinante en la compra pública de servicios de y en la nube.

Frente a posibles planteamientos que pivotan sobre el criterio precio frente al de valor, interesa recordar que el principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, lo que redimensiona la visión estratégica de la contratación pública desde una perspectiva amplia del derecho a una buena administración.

En la adquisición de servicios en la nube lo realmente importante es **preservar la correcta calidad de la prestación. Un correcto diseño de la vigilancia del contrato es un elemento que puede contribuir enormemente a ello.** Será preciso tener en cuenta tanto la cualificación de quien ejerza las funciones de responsable del contrato –que puede ser una persona física o jurídica–, como las concretas facultades que deberá tener atribuidas y que deberán hacerse constar en el Pliego de cláusulas administrativas.

No puede desconocerse el hecho de que, en muchos casos, el déficit de la función de policía en el desarrollo de la prestación de servicios públicos por los contratistas es la causa principal del mal funcionamiento de éstos. Por ello, nunca podrá abdicar una Administración diligente de los principios de adecuado control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos. Para dar respuesta a esta posible problemática, el pliego debe hacer referencia a la figura del responsable del contrato, de carácter obligatorio, ex artículo 62 LCSP, para todo poder adjudicador y tipo contractual. Por otra parte, para esta nueva “estrategia de cumplimiento y gobernanza de las concesiones”, hay que reseñar la previsión del artículo 190 LCSP, en relación con las prerrogativas, al señalar que el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato. Este reconocimiento a la inspección del contrato refuerza la idea de la importancia del correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales y debe ser, sin duda una herramienta esencial para asegurar el correcto cumplimiento.

En todo caso le corresponde proponer la imposición de penalidades (art. 194 LCSP), informar, en los supuestos de prórrogas, sobre si el retraso en la ejecución es o no imputable al contratista (art. 195 LCSP) y dictar instrucciones interpretativas en los contratos de servicios (art. 311 LCSP). Responsable del contrato que deberá contar con la capacitación suficiente para detectar disfunciones e imponer las medidas necesarias para el correcto cumplimiento de las distintas obligaciones y estándares de calidad. Para ello debería preverse un modelo de incentivos positivos y negativos vinculados a la correcta ejecución.

Asimismo, el alcance de la innovación debe ser un elemento decisivo en la motivación de la decisión de adquisición, debiendo reflejar como criterios de selección de la oferta los indicadores de mayor calidad e innovación. Y donde parece conveniente que las especificaciones técnicas formuladas lo sean en términos de rendimiento o de exigencias funcionales (*performance-based, or functional -or “outcome”- specifications*).

Cambiar la formas de gestionar la adquisición de los servicios de nube obliga a repensar la gestión administrativa desde la lógica de la profesionalización, la simplificación y la cooperación. Y para ello puede ser elemento de cambio que permita el mejor escalamiento de los resultados pretendidos la constitución de centrales de compras encargadas, según convenga, de la tramitación o de la propia gestión integral, en todas las fases, de la prestación.

Como epílogo conclusivo se recomienda -además de una revisión y ajuste de las formas de contratar estos recursos tecnológicos,- por la importancia estratégica del sector, en el que la seguridad jurídica es especialmente relevante para favorecer inversiones y donde los diferentes intereses públicos afectados aconsejan soluciones equilibradas, **promover una norma con rango legal que de solución jurídica específica, respetando obviamente los principios de transparencia e igualdad de trato, a la adquisición de estos servicios tecnológicos,** en rápida evolución, y respecto a los que tiene enorme relevancia garantizar la seguridad de la información.

Y, en especial, en esta norma deben incluirse previsiones para dar seguridad a las entidades públicas y a las adjudicatarias en cuanto a la normativa aplicable, la previsión de posibles interferencias de normas establecidas en otros ordenamientos jurídicos y establecer unos concretos niveles de seguridad, jurídica y técnica, en el tratamiento de los datos.

En este sentido, podría ser útil la regulación de un certificado “Nube de confianza”, que permita establecer ex ante que un determinado operador cuenta con los mecanismos organizativos y técnicos para garantizar la seguridad de los datos, tanto en sentido jurídico como técnico. Este certificado de datos de confianza se otorgará a los prestatarios de servicios de datos que cumplan con una lista de criterios establecidos por una autoridad nacional o europea.

Esta norma legal debe promover como factor determinante la calidad de la prestación (que, no se olvide, puede tener la consideración de infraestructura crítica en ciertos casos). Esta norma supodrá una “relectura” de los criterios **aplicativos actuales,** que generan importantes disfunciones en este campo y debe facilitar y promover un cambio de mentalidad de los distintos actores implicados para abandonar las prácticas del precio más bajo o del mantenimiento del proveedor conocido como factor determinante para la selección de un único proveedor y avanzar hacia un modelo multi-criterio, apoyado en el valor, y, en su caso, multi-adjudicatario.

En todo caso **la gestión de los fondos Next Generation, en el contexto de cumplimiento de los hitos y objetivos del PRRR de España pueden ser la**

oportunidad para avanzar hacia una moderna, sostenible, innovadora y competitiva política de adquisición de prestaciones de computación en la nube¹⁴⁴. Los PERTES aprobado contienen importante medidas vinculadas a la digitalización, que hacen de las prestaciones de la nube una de las políticas palanca.

¹⁴⁴ Por todos, J.M. GIMENO FELIU, *“Los fondos europeos next generation como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal”*, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 214, 2021 y el número extraordinario de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 20, dedicado a: *Fondos Europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: Ejecución y auditoría*.