

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. ESTADO DE LA CUESTIÓN

RUBÉN MARTÍNEZ GUTIÉRREZ
PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO



UNIVERSIDAD DE
MURCIA

ÍNDICE

- ◆ INTRODUCCIÓN. Concepto de contratación pública electrónica
- ◆ LAS DIRECTIVAS DE 2014 (Plataforma de contratación y perfil del contratante, DEUC, e-Certis, subasta electrónica, sistemas dinámicos de adquisiciones, etc.)
- ◆ NOVEDADES Y TRANSPOSICIÓN. ALGUNAS PROPUESTAS
- ◆ CONCLUSIÓN: e-Contratación, control de la discrecionalidad en la adjudicación de los contratos y transparencia
- ◆ RESUMEN

INTRODUCCIÓN

◆ CONCEPTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA (E-PROCUREMENT):

SENTIDO AMPLIO:

“CUALQUIER MEDIDA QUE SUPONGA UNA APLICACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS AL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN, SIN QUE ELLO IMPLIQUE QUE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO SE REALICE POR MEDIOS ELECTRÓNICOS”

SENTIDO ESTRICTO:

“DISTINCIÓN ENTRE UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA (PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN COMPLETADO ÍNTEGRAMENTE POR MEDIOS ELECTRÓNICOS)”

◆ LAS DIRECTIVAS DE 2014 (Y TAMBIÉN NUESTRO TRLCSP) MANEJAN AMBOS CONCEPTOS DE CPE:

- AMPLIO: APLICACIÓN DE LAS TIC EN LAS FASES DE INFORMACIÓN, PUBLICIDAD DE LOS PLIEGOS Y EN LAS COMUNICACIONES ENTRE LAS PARTES
- ESTRICTO: SUBASTA ELECTRÓNICA, SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN Y ALGUNAS MODALIDADES DE ACUERDOS MARCO (CON CAT. ELECTR. Y CON SE)

LAS DIRECTIVAS DE 2014: LAS OBLIGACIONES DE E-CONTRATACIÓN

- Perfil del contratante, Plataforma de Contratación del Estado y obligaciones de publicación DOCE
- Comunicaciones electrónicas y presentación de ofertas en forma de catálogos electrónicos
- DEUC y e-CERTIS
- Subastas electrónicas
- Sistemas dinámicos de adquisición

LAS DIRECTIVAS DE 2014

◆ PERFIL DEL CONTRATANTE Y PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN (ya reguladas TRLCSP):

- Sede electrónica: www.contrataciondelestado.es
- Perfil del contratante: Sentido de la figura: aumentar la difusión de la información sobre el tipo de contratos que efectúan las Administraciones. Dotar de publicidad a las licitaciones programadas, los requisitos, pliegos y las adjudicaciones provisionales y definitivas (Figura de CPE en sentido amplio). La Directiva Contratos, art. 53.1, publicación obligatoria de los pliegos – disponibilidad electrónica en el perfil del contratante (apartado 3.2.4 Resolución – BOE 17/03/2016)
- Plataforma de Contratación: Dar publicidad de los procedimientos de contratación mediante Internet (perfil del contratante, licitaciones, pliegos, resultados, etc.)

LAS DIRECTIVAS DE 2014

◆ Comunicaciones electrónicas (22 DCPUE) y presentación de ofertas en forma de catálogos electrónicos (36 DCPUE):

- Las comunicaciones electrónicas (que incluyen la presentación de ofertas, no solo las notificaciones) serán la regla general en la contratación en todas las fases del procedimiento, art. 22.1 Directiva, salvo las excepciones de los párrafos 2º y 4º del 22.1:
 - A) Violación de seguridad o información especialmente delicada, párrafo 4º
 - B) Excepciones a las comunicaciones electrónicas en la presentación de ofertas, párrafo 2º: 1. Carácter especializado contratación con aplicaciones y programas específicos. 2. Los aplicativos no sean abiertos o soportados por programas abiertos. 3. Equipos ofimáticos especializados. 4. Modelos físicos o a escala no susceptibles de presentación electrónica
 - Justificación de la excepcionalidad mediante "informe específico", art. 84 Directiva,
 - C) Supuestos excepcionales de comunicación oral

PRINCIPIOS DE NO DISCRIMINACIÓN, INTEROPERABILIDAD Y E-FIRMA (GARANTÍAS)

LAS DIRECTIVAS DE 2014

◆ **Comunicaciones electrónicas (22 DCPUE) y presentación de ofertas en forma de catálogos electrónicos (36 DCPUE):**

Los catálogos electrónicos deben considerarse como sistemas de comunicación electrónica, más concretamente, como un sistema de presentación electrónica de ofertas en los procedimientos de contratación. Los catálogos electrónicos deben considerarse como instrumentos electrónicos de presentación de ofertas de contratación, propios de la concepción amplia de contratación pública electrónica, y que podrán utilizarse en cualquier tipología de procedimientos de licitación regulados por la DCPUE, aunque es cierto que la propia norma comunitaria se refiere especialmente a dos tipos de procedimientos: los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisiciones.

Posible vinculación de los operadores económicos a las ofertas previas presentadas en forma de catálogo electrónico

LAS DIRECTIVAS DE 2014

◆ Documento europeo único de contratación y base de datos (archivo de documentación contractual e-CERTIS):

- **DEUC:** El documento europeo único de contratación consistirá en una declaración formal y actualizada del operador económico que indique que no es de aplicación el motivo de exclusión pertinente y/o que se cumple el criterio de selección pertinente, y facilitará la información pertinente según lo requiera el poder adjudicador. Dicho documento indicará además la autoridad pública o el tercero encargado de establecer los documentos justificativos e incluirá una declaración formal en el sentido de que el operador económico podrá, previa petición y sin demora, facilitar dichos documentos justificativos”.

LAS DIRECTIVAS DE 2014

◆ Documento europeo único de contratación y base de datos (archivo de documentación contractual e-CERTIS):

- **e-Certis:** debe concebirse como un archivo, depósito o base de datos en línea de información y documentación contractual en el ámbito de la Unión Europea, que lógicamente debería ser el elemento motriz del sistema interconectado de bases de datos nacionales de los Estados Miembros y del sistema de archivo del documento electrónico europeo único de contratación.

- **Tanto el DEUC como e-CERTIS:** Sistemas obligatorios en fecha de 18 de octubre de 2018. El acceso a la documentación contractual y su comprobación por los poderes adjudicadores debería realizarse mediante accesos automatizados a bases de datos o registros "vivos" (incluyendo TGSS, hacienda-AEAT, etc.)

LAS DIRECTIVAS DE 2014

◆ SUBASTAS ELECTRÓNICAS: Directiva 2004/18/CE, arts. 1.7 y 54, trasposición en los mismos términos al art. 148 TRLCSP. Art. 35 Directiva 2014:

- Concepto (1.7 Dir. 2004): "Proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticos"

- Nota: no debe identificarse con la subasta tradicional (adjudicación exclusiva por precio) ya que está pensada para adjudicaciones según el criterio de oferta económicamente más ventajosa: valoración del precio y elementos de la oferta, cuantificables de manera automática, susceptibles de ser expresados en cifras o porcentajes). Limitación: no aplicable a contratos cuyo objeto o prestación tenga carácter intelectual

LAS DIRECTIVAS DE 2014

◆ SUBASTA ELECTRÓNICA: (...)

- Tipo de procedimientos: Para procedimientos abiertos, restringidos y negociados (la subasta electrónica es un sistema de adjudicación, no un procedimiento: el procedimiento puede ser abierto, restringido o negociado y adjudicarse mediante subasta electrónica)

- El pliego de condiciones de la subasta electrónica debe respetar un contenido mínimo (apartado 4º del artículo 148 TRLCSP – DCPUE, Anexo VI, se mantiene el régimen anterior):
 - a) los elementos a cuyos valores se refiera la subasta electrónica;
 - b) en su caso, los límites de los valores que podrán presentarse, tal como resulten de las especificaciones del objeto del contrato;
 - c) la información que se pondrá a disposición de los licitadores durante la subasta electrónica y el momento en que se facilitará;
 - d) la forma en que se desarrollará la subasta;
 - e) las condiciones en que los licitadores podrán pujar, y en particular las mejoras mínimas que se exigirán, en su caso, para cada puja;
 - f) el dispositivo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión (Actuación administrativa automatizada – art. 41 LRJSP).

LAS DIRECTIVAS DE 2014

◆ SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN:

- Concepto (art. 1.6 Dir.): “un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones”
- Tipo de contratos: obras, servicios y suministros de uso corriente (Consejo de Estado Informe 514/2006 critica que se extienda a los contratos de obras)
- Empleo de las normas del procedimiento restringido: en todo lo no regulado específicamente para los SDA, rigen las normas del procedimiento restringido (art. 28 DCPUE), especialmente en cuanto a los plazos del procedimiento de licitación

NOVEDADES Y TRANSPOSICIÓN

CUESTIONES PREVIAS A VALORAR:

1. Planificación de la implantación
2. Modificación de la organización administrativa y su adaptación al modelo de gestión electrónico
3. Implantación de las modificaciones primero a nivel interno, dentro de la organización administrativa, y posteriormente a nivel externo, ofertando procedimientos y servicios a los ciudadanos y empresas
4. Inversión económica inicial y apuesta por la reutilización y transferencia de tecnología
5. Utilización de la e-Contratación para controlar la discrecionalidad siendo más objetivos en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, intentando evitar adjudicaciones arbitrarias

NOVEDADES Y TRANSPOSICIÓN (II)

PLAZOS DE TRANSPOSICIÓN Y NOVEDADES:

1. Plazo de transposición general: **18 de abril de 2016** (régimen jurídico de los catálogos electrónicos como medio de presentación de ofertas en licitaciones, de las subastas electrónicas, de los sistemas dinámicos de adquisiciones, etc.)

2. Excepciones que afectan al régimen de la contratación pública electrónica:

A) El **establecimiento obligatorio de las comunicaciones electrónicas** en la contratación pública, a más tardar a **18 de octubre de 2018**).

B) El **Documento Europeo Único de Contratación** (y con él el documento equivalente para España), el 18 de abril de 2018.

NOVEDADES Y TRANSPOSICIÓN (III)

2. Excepciones (fecha de 18 de abril de 2016) que afectan al régimen de la contratación pública electrónica:...

C) El establecimiento del **registro público electrónico y base de datos de custodia del DEUC** (y sus equivalentes para España), a más tardar el **18 de octubre de 2018**.

D) Regulación de **e-Certis y de sus interconexiones con los registros españoles de documentación contractual**, a más tardar el **18 de octubre de 2018**.

NOVEDADES Y TRANSPOSICIÓN (IV)

3. Sistema de facturación electrónica, España dispone de la LFERC desde 2013 que determina la **obligatoriedad de este sistema de facturación en nuestro país a más tardar el 15 de enero de 2015**. No obstante, la **Directiva de facturación electrónica** en la contratación pública de 2014 ha establecido como tope la fecha de transposición y de funcionamiento del sistema de e-facturación trazado en ella a **27 de noviembre de 2018**. Evidentemente, si se mantiene la legislación española y la obligatoriedad en nuestro país para enero de 2015, sería conveniente que dicha legislación se adapte cuanto antes, al menos respecto a la operatividad del sistema de e-facturación y las cuestiones de interoperabilidad, a lo determinado por la Directiva de 2014, ya que en noviembre de 2018 el estado español deberá cumplir estas obligaciones.

ALGUNAS PROPUESTAS DE TRANSPOSICIÓN A ESPAÑA

- 1.** Transposición conjunta de la Directiva de Contratos y de la Directiva de Facturación electrónica en un único texto legal en España antes de la fecha de entrada en vigor general de las Directivas.
- 2.** Establecimiento de un Anexo en la nueva Ley de Contratos en el que se establezca las condiciones de utilización obligatoria, en determinados supuestos, de sistemas de contratación pública electrónica en sentido estricto: subastas electrónicas, sistemas dinámicos de adquisiciones, acuerdos marco con presentación de ofertas en forma de catálogos electrónicos o con adjudicación mediante e-subasta , etc. Objetivo: control de discrecionalidad y mayor objetividad

ALGUNAS PROPUESTAS DE TRANSPOSICIÓN A ESPAÑA (II)

3. Establecer una buena regulación legal de las comunicaciones electrónicas en la contratación ya que en breve serán obligatorias. La regulación debe conectarse con las comunicaciones y notificaciones electrónicas reguladas en la Ley 39/2015, que establece el régimen general de las notificaciones electrónicas

4. Establecer la presentación obligatoria de ofertas electrónicas mediante el sistema de catálogos en determinados procedimientos de licitación para agilizar la tramitación

ALGUNAS PROPUESTAS DE TRANSPOSICIÓN A ESPAÑA (III)

- 5.** Establecer un sistema de publicidad de la información y documentación contractual por medios electrónicos que permita publicar conjuntamente en los boletines oficiales, en el perfil del contratante y en la PCSP (también punto de acceso general de e-Contratación) (obligatorio)
- 6.** Regular la obligatoriedad del documento europeo único de contratación en España, facilitando a los operadores económicos su presentación, y también la posibilidad de que dicho documento se interconecte a bases de datos y registros electrónicos de documentación (como e-Certis). Las AAPP podrán comprobar más fácilmente (y ágilmente) la idoneidad de los operadores económicos con información actualizada.

CONCLUSIÓN GENERAL

Las TIC son elementos básicos para garantizar y potenciar los principios clásicos de la contratación pública y gracias a la transparencia, la publicidad y los sistemas electrónicos de selección de la oferta económicamente más ventajosa como son las subastas electrónicas y los sistemas dinámicos de contratación, el control de las Administraciones se realizará de manera plena en dos fases o momentos:

- 1. La publicidad de los documentos de la contratación y la presentación del mayor número de ofertas posible** gracias a la difusión electrónica mediante los sistemas definidos por las Directivas comunitarias y por la normativa española de contratación pública;
- 2. Ayudar a evitar las adjudicaciones arbitrarias** por parte de los órganos de contratación gracias a la **selección automatizada mediante los sistemas de subasta electrónica o sistemas dinámicos de contratación**, que aseguran la elección de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración (que eso sí, ha tenido que definir previamente sus criterios de selección, produciéndose un adelanto de la discrecionalidad administrativa del órgano de contratación muy interesante para evitar selecciones arbitrarias de contratistas).

RESUMEN NOVEDADES DIRECTIVAS

EL IMPACTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN LA TRANSPOSICIÓN A ESPAÑA DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE

Rubén Martínez Gutiérrez, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo [Acr. Profesor Titular de Universidad], Universidad de Alicante (ruben.martinez@ua.es). Esta comunicación/póster se basa en la monografía que en breve se publicará titulada *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, Tirant Lo Blanch, Valencia, en prensa (2015), 292 páginas.

I. NOCIÓN AMPLIA Y ESTRICTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

NOCIÓN AMPLIA: aplicación y/o utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación en la contratación pública. Esta noción incluye cualquier aplicación de las TIC al procedimiento de licitación, en cualquiera de sus fases, sin que ello implique necesariamente la perfección del contrato por medios electrónicos

NOCIÓN ESTRICTA: procedimientos de contratación desarrollados exclusivamente por medios electrónicos, es decir, aquellos procedimientos que han sido completados desde su inicio (acceso a la documentación del procedimiento de contratación y presentación de las ofertas) hasta su fin (adjudicación, formalización del contrato y pago) por medios electrónicos

II. TRANSPOSICIÓN A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

El futuro texto legal de contratación español debería regular en un único texto pero en Capítulos o Títulos diferenciados: 1. Las herramientas o instrumentos propios de la noción amplia: comunicaciones electrónicas, presentación de ofertas en forma de catálogos electrónicos, perfil del contratante, Plataforma de Contratación del Sector Público, disponibilidad electrónica de los pliegos, depósito de certificados en línea e-Certis, Documento Europeo Único de Contratación, etc. 2. Los sistemas de contratación pública enteramente electrónicos: subasta electrónica, sistemas dinámicos de adquisiciones y celebración de acuerdos marco con técnicas e instrumentos electrónicos (con presentación de ofertas en forma de catálogos electrónicos y adjudicación de las licitaciones mediante subasta electrónica. 3. La facturación electrónica en la contratación pública: integrando también en la legislación de contratos la actual Ley 25/2013 de impulso de la factura electrónica y de creación del registro contable de facturas en el Sector Público, aprovechando que la misma debe adaptarse a la Directiva 2014/55/UE

II. 1. LA TRANSPOSICIÓN A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE LOS INSTRUMENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN SENTIDO AMPLIO

A. COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS: Obligatoriedad en todo procedimiento de contratación, tradicional o electrónico, a más tardar el 18 de abril de 2018. La regulación de las comunicaciones electrónicas debe ser acorde a la establecida en los artículos 27 y 28 LAECSP. La presentación de ofertas en forma de catálogos electrónicos es una modalidad de comunicación electrónica que podrá imponerse por el poder adjudicador (vinculación con el artículo 27.6 LAECSP)

B. DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN Y REGISTRO E-CERTIS, E INTERCONEXIÓN A LOS REGISTROS ESPAÑOLES DE DOCUMENTACIÓN CONTRACTUAL: Sistemas obligatorios en fecha de 18 de octubre de 2018. El acceso a la documentación contractual y su comprobación por los poderes adjudicadores debería realizarse mediante accesos automatizados a bases de datos o registros "vivos" (incluyendo TGSS, hacienda-AEAT, etc.)

C. PERFIL DEL CONTRATANTE, PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO, DISPONIBILIDAD ELECTRÓNICA DE LOS PLIEGOS DE LA CONTRATACIÓN Y PUBLICIDAD OFICIAL DE LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CONTRACTUAL: Establecimiento de un sistema automatizado de transparencia, publicidad e información contractual que simultáneamente proceda a la publicación conjunta en PC, PCSP, BOE y , en su caso, plataforma SIMAP y DOUE. Consideración de la PCSP como punto de acceso general de información, documentación y e-licitaciones públicas

D. FACTURA ELECTRÓNICA Y REGISTRO CONTABLE DE FACTURAS DEL SECTOR PÚBLICO: Integración en la nueva LCSP de los aspectos relativos a la e-facturación regulados por la Ley 25/2013, transponiendo ya el contenido de la Directiva 2014/55/UE en la nueva LCSP

II. 2. LA TRANSPOSICIÓN A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE LOS INSTRUMENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN SENTIDO ESTRICTO

A. DOBLE POSIBILIDAD DE TRANSPOSICIÓN: 1. Simple extrapolación del contenido de la Directiva a la nueva Ley española. 2. Enriquecimiento, precisión y desarrollo específico y ambicioso de la subasta electrónica, de los sistemas dinámicos de adquisiciones y de los acuerdos marco con presentación de ofertas en forma de catálogos electrónicos y adjudicación de los contratos mediante e-subasta. El legislador español debería optar por la segunda posibilidad (simplificación, agilidad, eficacia, objetividad, etc., Informe CORA)

B. ESTUDIO ESPECÍFICO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PARA ANALIZAR SU POSIBLE AUTOMATIZACIÓN COMPLETA MEDIANTE SISTEMAS DE CPE EN SENTIDO ESTRICTO: Análisis de supuestos de elección absolutamente reglada de la oferta económicamente más ventajosa (adjudicación por precio) o de adelanto de la discrecionalidad a la fase de elaboración de los pliegos y baremos de adjudicación y su incorporación al software o plataforma de contratación cuando exista combinación de valores (p. ej. precio + calidades). Cumplimiento de los requisitos de automatización de procedimientos arts. 38 y 39 LAECSP

C. ESPECIFICACIÓN DE UN ANEXO EN LA NUEVA LCSP QUE DETERMINE PROCEDIMIENTOS O SUPUESTOS DE CONTRATACIÓN A REALIZAR OBLIGATORIAMENTE POR TODAS LAS AAPP MEDIANTE SISTEMAS DE CPE EN SENTIDO ESTRICTO: claramente posible en los reglados tales como aquellos de adjudicación mediante único valor precio, en los contratos menores cuya adjudicación sea por precio, o también cuando se prevea una concatenación de contratos en obras, suministros o servicios en un determinado sector y quiera potenciarse la constante competencia entre los operadores económicos, etc.

¡Muchas gracias por su
atención!

RUBÉN MARTÍNEZ GUTIÉRREZ
Ruben.martinez@ua.es



UNIVERSIDAD DE
MURCIA