

Perspectivas de la contratación electrónica en su proyección de futuro

D. Alfonso Ruiz de Castañeda de la Llave



La aplicación de la contratación electrónica en los contratos

Es evidente que las consideraciones que a continuación se formulan se dirigen a la identificación de acciones relativas a la contratación electrónica en el marco de la Administración Pública, de ámbito singularmente distinto a la aplicación del concepto en el sector empresarial privado dentro del marco de las transacciones comerciales.

Ante todo debe considerarse que la aparición de nuevas tecnologías de la información y de las posibilidades de intercomunicación permite aumentar la eficacia de las prácticas aplicadas en la contratación, diseñando nuevos sistemas de adquisición que agilicen los actuales procedimientos y reduzcan los costes y aportaciones de personal actualmente necesarios.

La expresión contratación electrónica puede dar lugar a diversas interpretaciones de su contenido. Desde una perspectiva de contenidos máximos su acción comprendería la totalidad de las actividades y acciones que en un contrato confluyen, es decir, preparación del proyecto de contratación, licitación, procedimiento y trámite de selección de proveedores y prestadores de servicios, adjudicación, trámite documental de contratación, aspectos relativos a la ejecución y cumplimiento de las prestaciones contratadas, recepción del objeto del contrato, pago y liquidación, confluendo, por tanto, en la expresión contratación electrónica la ejecución e interrelación de complejos aspectos de gestión administrativa, económica y técnica regulados por normas distintas. Desde una perspectiva de contenidos mínimos, comprendería las actividades preparatorias del proyecto de contrato y la ejecución parcial de procedimiento de adjudicación del contrato, al concluir con la mera ejecución externa del principio de publicidad, es decir, el órgano de contratación emite la publicidad de la pretendida adjudicación de un contrato mediante el uso de medios electrónicos. Entre ambos contenidos podemos deducir la existencia de múltiples opciones que abarquen unos u otros aspectos, si bien la pretendida acción de modernización de las Administraciones Públicas debe tender como objetivo a la consecución de la opción máxima siempre que sea posible, en la comprensión de que si bien es plenamente aplicable a la compra de productos menores (compras por catálogo), hoy perfectamente aplicable en la operatividad de los contratos menores, resulta inviable en la contratación de la ejecución de obras donde la tecnicidad propia de su singularidad no permite que todas las comunicaciones e intercambios documentales se produzca mediante el empleo de estas herramientas, por lo que es necesario concluir que, si bien se plantea como meta a alcanzar, deben conocerse los límites naturales derivados de su aplicación práctica.

La acción, sin embargo, debe obligar a superar cierta inmovilidad aún latente en algunas Administraciones Públicas o, mejor dicho, en algunos órganos de las Administraciones Públicas, transitando de una burocracia basada en el documento papel que debe tener un contenido formal estricto, verificable por el órgano competente que, a criterio de algunos, resulta insustituible, y que, incluso cuando en su apertura ha llegado al uso medios informáticos, operan con los denominados sistemas cerrados que impiden no solo el intercambio de información sino el acceso a la propia información por quien es titular de los datos aportados, a una Administración gestora de los servicios públicos mediante el uso de herramientas y procedimientos abiertos que, con las imprescindibles cautelas, permitan solucionar un sin número de trámites innecesarios.

Es evidente que la acción de máximos contenidos obligará a la Administración a superar las

actuales trabas que generan sus propios sistemas normativos, abandonando conceptos de preeminencia de lo que cada cual considera desde su opinión como más importante en el procedimiento o si se quiere de inexcusable aplicación práctica, por un sistema donde la interrelación de preceptos se interprete y aplique en busca de una mejor prestación de servicios a las personas. En tal sentido, no es posible olvidar que las normas que regulan la contratación en el ámbito de las Administraciones Públicas, contenidas en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y en las disposiciones que la complementan como normas reglamentarias, no regulan aspectos relativos a la gestión del gasto, ni establecen, salvo supuestos concretos vinculados a sus propias características, reglas determinantes del régimen jurídico y la organización de las Administraciones o del sistema relativo a la ordenación del procedimiento de gestión de los expedientes administrativos, a la adopción de actos y a su impugnación, por lo que la evolución normativa precisa para hacer efectiva en el futuro la plena aplicación de la contratación administrativa mediante el uso de equipos y tecnologías de la información requiere la adaptación de todas las normas que a la misma afectan de forma que se superen determinadas inconvenientes derivados de la aplicación de normas promulgadas para su aplicación en un contexto burocrático diferente.

En la evolución de la contratación electrónica se denota una sensible influencia sobre la evolución de los denominados conceptos jurídicos y su aplicación práctica, evolución que sin duda continuará fluyendo en un avance permanente, mediante la confluencia de criterios hoy distantes que tienen un papel transcendente en la contratación. Sirva, a título de ejemplo, una breve referencia a los trabajos de debate en el seno del Consejo de la Comunidad Europea para la elaboración de las actuales Directivas 97/52/CE, que modifica las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios, de suministros y de obras, respectivamente, en el sector público, 98/4/CE, que modifica la Directiva 93/38/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los denominados sectores excluidos, con ocasión de la aportación a las mismas de los contenidos del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio. Inicialmente el texto del proyecto de Directiva que se estudiaba consideraba plenamente aplicable la contratación electrónica con los efectos jurídicos dimanantes de tal acción, excluyendo todo trámite singular aplicable cuando las ofertas no se presentaban directamente ante el órgano de contratación. Unos Estados miembros admitían la figura y la apoyaban decididamente, de manera que en todos los órganos de contratación de cualquier Estado miembro fuera perfectamente aplicable y, por tanto, las empresas podrían presentar las ofertas basadas en tal principio. Otros Estados miembros, con serias reservas sobre garantías de las transacciones electrónicas que permitieran mantener el secreto de las ofertas, la identificación absoluta del emisor de la oferta y garantía de su presentación, el envío de documentos imprescindibles en formatos y contenidos concretos, se oponían a que el texto de la Directiva determinara que debían someterse sin más a tal procedimiento de contratación. La solución adoptada que figura el actual texto de la Directiva refiere que se podrán emplear medios que garanticen el secreto de las ofertas y su apertura igualitaria, debiendo presentar, si las normas jurídicas lo exigieran, copias certificadas de los documentos requeridos, opción que desde tal texto permite a cualquier Estado miembro establecer la plena operatividad de la llamada contratación electrónica, si bien el ámbito normativo, como luego comentaremos, resta por definir la aplicación derogaciones singulares de las Directivas cuando se empleen tales medios, como plazos distintos de vencimiento de la presentación de proposiciones, nomenclaturas de identificación del objeto del contrato, etc.

Los primeros intentos de apertura de la contratación mediante el uso de sistemas informáticos y de telecomunicaciones

La efectividad de una buena política referida a la publicidad de los contratos genera, sin ningún género de dudas, una importante aportación a la plena aplicación de la apertura del mercado permitiendo una mejor y mayor difusión de los contratos. En la medida que tal publicidad venga condicionada por la superación de obstáculos por el órgano de contratación o por las empresas, supondrá una disminución clara de la aplicación del principio de publicidad y por tal implicará directamente una acción de cierre localista de los contratos.

Para hacer plenamente efectivo el cumplimiento del principio de publicidad y no discriminación mediante la apertura de los mercados relativos a la contratación del sector público, el sistema SIMAP (Sistema de Información de los Contratos Públicos), desarrollado por la Comisión Europea en colaboración con los Estados miembros, constituye una posición de partida en la futura aplicación de la contratación electrónica.

El primer intento introductor de los sistemas telemáticos en la contratación pública lo constituye el desarrollo del proyecto piloto SIMAP, proyecto completado en su fase de desarrollo y hoy ya en explotación que, no obstante las ventajas que ofrece, no cumplimenta las necesidades o perspectivas planteados por los Estados miembros. Mediante el sistema SIMAP un órgano de contratación transmite, mediante el uso de medios informáticos, a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas (OPOCE), y, por tanto, a la Comisión Europea, el contenido del anuncio del contrato que pretende adjudicar y que debe ser publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), y posteriormente, mediante el mismo sistema envía el contenido del anuncio de la adjudicación del contrato realizada, que también debe ser publicado en el Diario Oficial.

La acción de SIMAP pretende la simplificación de los procedimientos de elaboración de anuncios, suprimiendo posibles errores en la confección y posterior traducción del anuncio cursado. SIMAP implica el uso de formularios estándar de los anuncios de los contratos, identificando el objeto del contrato mediante el uso de una nueva nomenclatura CPV (Vocabulario Común de Contratos) que permite, al introducir el código correspondiente, la traducción del objeto del contrato a las distintas lenguas oficiales, nomenclatura elaborada a partir de la Nomenclatura de Actividades Económicas (NACE), que en el futuro pretende sustituir a tanto a ésta que encuentra su referencia en la Directiva 93/37/CEE, respecto de los contratos de obras, como a la nomenclatura CPC, aplicable en los contratos de suministros y en los contratos de servicios, según las referencias de las Directivas 93/36/CEE y 92/50/CEE, respectivamente, y a la nomenclatura CPA aplicables en los contratos de servicios, según la referencia de la esta última Directiva. Por tanto, SIMAP constituye una potente herramienta de cara a la apertura de la contratación pública y un singular avance en el proceso de la contratación electrónica.

Pero SIMAP no constituye en si mismo la panacea de la contratación mediante el uso de medios electrónicos. Debe valorarse al propio tiempo como la Comisión Europea traslada a los Estados miembros los trabajos de elaboración del anuncio que debe ser publicado en el DOCE y como introduce una potente herramienta de control y de seguimiento económico de las conductas de los Estados miembros identificándolas con los distintos órganos de contratación o áreas geográficas o de acción económica. Mediante SIMAP la Comisión Europea conoce, por la aportación a bases de datos auxiliares generadas desde el propio sistema, que órganos de contratación efectúan la publicación de sus contratos y cuales no cumplen tal obligación, conoce que tipo de obras, que servicios o que productos se demandan desde los distintos poderes adjudicadores, estableciendo al propio tiempo una potente herramienta de proyección futura de expectativas económicas, elaborada por agentes externos a la Comisión Europea como son los órganos de contratación, datos que no se consolidan como de acceso exclusivo de la Comisión o de los Estados miembros, y, por último, significa una potente aportación de datos a la función estadística que la Comisión Europea debe desarrollar a efectos de su contraste con la aportada por los Estados miembros.

Desde la posición de los órganos de contratación la información de SIMAP aporta un considerable valor añadido al poder acceder estos a la información de conductas procedimientos, condiciones o precios operativos en otros órganos de contratación del ámbito comunitario respecto de una acción proyectada ya sea referida a obras, a suministros o a servicios que se pretendan contratar. Sin embargo, desde la posición de las PYMES representa un serio peligro que obligará a su tecnificación para permitir el mantenimiento de su ámbito empresarial frente a las grandes empresas que verán sensiblemente reducidos los medios de conocimiento de los contratos que se licitan mediante el simple acceso a la información contenida en SIMAP.

La ejecución de la fase de explotación de SIMAP requiere la aplicación de nuevas normas que regulen las ventajas de su uso, respetando la opción de aquellos órganos de contratación que no deseen emplearla, reduciendo los plazos durante los cuales el contrato no puede ser adjudicado por estar abierto el plazo mínimo de recepción de proposiciones o solicitudes de participación. Recuérdese en este sentido que el plazo de 52 días desde el envío del anuncio a la OPOCE aplicable en el procedimiento abierto para recibir proposiciones en el órgano de contrato, se justifica en que antes de la operatividad de SIMAP el órgano de contratación enviaba el anuncio siguiendo los contenidos establecidos en los anexos de las Directivas, debiendo la OPOCE efectuar la confección del anuncio del contrato que se publica en el DOCE para lo cual disponía de un plazo de 12 días, es decir, el anuncio cursado se publicaba a los 12 días del envío del anuncio, con lo que los licitadores posibles disponían de un plazo de 40 días para presentar sus proposiciones. Con SIMAP tal trámite desaparece al enviarse el anuncio mediante el uso de formularios estándar y de una nomenclatura identificativa del objeto, con lo que los elementos de carácter técnico de confección del anuncio por la OPOCE se suprimen, por lo que el plazo de presentación de proposiciones puede reducirse a 40 días, plazo que coincide y respeta el establecido en el Acuerdo sobre Contratación Pública, y que respeta también la posición de las empresas interesadas en la adjudicación del contrato. Evidentemente las mismas consideraciones que se refieren al procedimiento abierto pueden hacer respecto del procedimiento restringido o del procedimiento negociado con publicidad en el DOCE.

La contratación pública por medios electrónicos en Europa a partir de SIMAP

La aplicación de SIMAP supone, como brevemente hemos comentado, la apertura de nuevos sistemas y el uso de nuevas tecnologías aplicadas a la contratación pública. Pero SIMAP solo es la punta emergente del nacimiento de la contratación electrónica en el sector público de los distintos Estados miembros de la Comunidad Europea, sin negar o pretender desconocer que ya existen Administraciones Públicas, como Finlandia, donde la contratación electrónica ya es plenamente en operativa, habiendo superado los obstáculos de carácter jurídico que su aplicación práctica impone.

En la acción SIMAP la Comisión Europea ha presentado su objetivo de lograr que en al concluir el año 2003 el 25 por 100 de los contratos que se liciten en la Comunidad Europea se efectúe mediante la aplicación de la contratación electrónica, cuota que ya se apunta como realizable por algunos Estados miembros, como el Reino Unido. Por tanto, será el tiempo y la adaptación de las nuevas tecnologías a la simplificación de métodos y la mejora de las prestaciones de servicios y a la modernización de las Administraciones Públicas, en la relación entre Administración y administrado, la que por si misma imponga la consecución de tales objetivos.

Sin embargo, debemos citar, en el curso del actual debate en seno del Comité Consultivo para los Contratos Públicos, los principales inconvenientes que se atribuyen a la aplicación de la contratación electrónica en la actualidad. Diversos países, cinco del ámbito de la Comunidad Europea y uno del ámbito del Espacio Económico Europeo, señalan dificultades referidas a la falta de reconocimiento jurídico de la firma electrónica, problema que, no obstante, no se plantea como dificultad en otros Estados. En otros supuestos se plantea el rigor jurídico que impone que toda la documentación conste en el expediente como tal, o dicho de otra forma la necesidad de que el expediente conste en formato papel, si bien otro grupo de países plantea la posibilidad de aplicar sistemas duales que habiliten ambas formas de soporte documental, ficheros informáticos y documentos formales. En otros casos se plantea la necesidad de separar en la contratación electrónica los aspectos que se refieren a lo que se denomina como procedimiento de adjudicación de los contratos, comprensivo de las actuaciones preparatorias del contrato, publicidad, procedimiento de licitación, adjudicación y contratación, de los aspectos que se refieren a la ejecución del contrato y a los procedimientos de pago, aspectos que en el contexto de las Directivas quedan plenamente separados, al referirse éstas exclusivamente al procedimiento de adjudicación del contrato y no al cumplimiento de los mismos. Finalmente, y esta es la acción

promocionada por la Comisión Europea, podemos citar el desarrollo de proyectos piloto que identifiquen aspectos comunes de aplicación.

Es evidente que el inicio de SIMAP supondrá en el futuro su expansión a los sistemas internos de publicidad, en los que el órgano de contratación, lejos de la complicada trama burocrática actual, podrá cumplimentar el contenido del anuncio reflejado en un formulario tipo, que contendrá toda la información necesaria para que las empresas puedan deducir su interés de participación en el procedimiento de adjudicación, acción que necesariamente conllevará la mejor preparación de las empresas para competir en un mercado de relevante importancia, la mejor calidad de las proposiciones, el incremento de la competitividad de las empresas y la recepción de un mayor abanico de ofertas en los órganos de contratación.

Modificaciones del régimen jurídico de la contratación en la Comunidad Europea

Las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE precisan de adaptaciones singulares para permitir la operatividad de la contratación electrónica de forma que desde la perspectiva comunitaria con decisiva influencia en las normas nacionales derivadas de su transposición se factible su aplicación práctica sin que se produzca causa de infracción como sucedería en la actualidad respecto de su contenido normativo. Consciente de ello la Comisión Europea ya ha planteado la cuestión ante el Comité Consultivo para los Contratos Públicos, estableciendo paralelamente una necesaria modificación de las normas del Acuerdo sobre Contratación Pública, modificaciones que estarían dirigidas, en principio, a resolver los problemas que se refieren a su aplicación concreta, pero que sin duda por las necesidades de preparación de los textos que deben ser sometidos al procedimiento de adopción de la Directiva entre el Consejo y el Parlamento, se deduce fácilmente que en ningún caso estarán aprobados en la premura necesaria para su más rápida aplicación. Para solucionar tal problema la Comisión plantea con la anuencia de los Estados miembros, la introducción de proyectos piloto de contratación electrónica en los que se produzcan la exclusión de aplicación de normas concretas de las Directivas que resultan incompatibles con su desarrollo, que en términos técnicos de la Comisión se viene a denominar la derogación singular de las Directivas para tales supuestos, manteniéndose en todo caso una rigurosa exigencia de las garantías de confidencialidad de las ofertas.

Entre las medidas que deben adoptarse podemos citar como las más importantes las siguientes:

- el establecimiento de formularios estándar que conteniendo los elementos del anuncio permitan su aplicación en los procedimientos de contratación electrónica, sin que por ello puedan sustituir a los anuncios que deben permanecer para su aplicación en la contratación actual;
- la unificación de las nomenclaturas diversas en la nomenclatura CPV, que se crea con un sentido de permanente evolución;
- la autorización de los procedimientos de contratación electrónica regulando sus propias especialidades derivadas como plazos, aportación de documentos, constitución de garantías, etc;
- reducción de los plazos de presentación de proposiciones y su aplicación alternativa con proposiciones presentadas en forma escrita en soporte papel;
- presentación de proposiciones por medios electrónicos y transmisión de documentos anexos;
- verificación y acreditación de la firma electrónica y de la transmisión de documentos en base a soporte original, con vinculación inexcusable de la transmitente.
- la introducción de normas adecuadas que permitan su adecuación a los cambios constantes de las nuevas tecnologías.

La contratación electrónica en España. Proyección de futuro

La introducción de la contratación electrónica en España nace como una necesidad unida a la modernización de las Administraciones Públicas y de la mejora en los servicios prestados por éstas. En tal sentido, para el estudio de su implantación se ha constituido en el Ministerio de Administraciones Públicas un grupo de trabajo que determina su viabilidad mediante el diseño y aplicación de un proyecto piloto que permita deducir las experiencias necesarias.

Pero no sólo el desarrollo de proyectos pilotos permitirá la implantación futura de la contratación por procedimientos electrónicos. La aplicación de la contratación electrónica futura solo puede plantearse en el marco de la capacidad de autoorganización de las Administraciones Públicas y por tanto aplicable desde el convencimiento de que las ventajas que ofrece han de superar las iniciales resistencias a las innovaciones. Por tanto, todas las medidas desde la perspectiva de promulgación de normas debe estar presidida de la opción a la aplicación de sistemas duales, es decir, en soporte papel, en soporte electrónico o en ambos coincidentes. La adaptación de la normativa actual y la incorporación de las futuras normas que se adopten por la Comunidad Europea permitirá, mediante su aplicación, resolver obstáculos que hoy se presentan de difícil solución. Así, deben resolverse problemas normativos relacionados con la aportación documental a los expedientes y la acreditación de la firma electrónica, la constatación de que aquellos datos que ya dispone la Administración no deben serle exigidos a la empresas licitadoras sino que deben incorporarse por la propia Administración, la búsqueda de sistemas operativos de datos acreditados ante otras Administraciones o ante otros órganos de contratación (escrituras, poderes, etc.).

Pero tal acción debe necesariamente estar acompañada de otras. Así, podemos citar:

- El desarrollo de actividades formativas del personal, acción en la que la Administración debe decididamente vincularse buscando la calidad de la formación y el cumplimiento de los objetivos formativos, sin lo cual es infructuosa toda acción, creando auténticos cuadros de profesores que avalen tal acción.
- La coordinación normativa necesaria que evite la aprobación de normas que si bien pueden tener efecto en el sentido en que se promulgan no distorsionen sistemas confluyentes.
- Concienciar a los órganos de contratación de las ventajas de la aplicación de técnicas informáticas.
- Aplicación paulatina de la contratación electrónica en cuanto se refiere a la preparación del contrato y el procedimiento de adjudicación, coexistiendo temporalmente con el soporte papel del expediente.
- Vigilancia en la coparticipación de diferentes medios de presentación de ofertas que no suponga la exclusión de aquellos licitadores que no dispongan de medios informáticos o no opten por su uso en la presentación requerida.
- Análisis de la aportación de la contratación electrónica para la vinculación a la misma de las acciones relativas a la ejecución del contrato, su pago y comunicaciones derivadas entre distintas órganos de las Administraciones Públicas.

Respecto del ámbito normativo las modificaciones precisas de las normas actuales no han de requerir alteraciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que en su actual contenido permiten perfectamente la aplicación de la contratación electrónica, sino que deben incorporarse a la legislación de contratos en la precisión reglamentaria necesaria de desarrollo de la Ley, permitiendo la adopción de normas de adecuación más flexibles frente al complicado sistema de modificación de normas de rango de ley, excepción hecha, por supuesto, de las llamadas leyes de acompañamiento.

La implantación de la contratación electrónica en el sector público permitirá a los órganos de contratación la búsqueda de empresas contratistas en función de perfiles determinados identificados en sus distintos centros proveedores de información y al propio tiempo la difusión hacia las empresas de informaciones complementarias necesarias y útiles para los potenciales contratistas, con especial relevancia respecto de la simplificación de trámites y acciones como sucederá con la descentralización de acciones de publicidad y de comunicación de oportunidades. Por último, la posibilidad de difusión de los pliegos en páginas de Internet del órgano de contratación, de forma que no puedan existir barreras geográficas o administrativas en el acceso de las empresas a los mismos.

Desde la aportación de ideas que entendemos favorables a la pretendida acción debemos citar la creación de registros de licitadores y la plena operatividad ante cualquier órgano de contratación de los ya existentes. Evidentemente, frente a la reiterada aportación documental de escrituras, poderes de representación, certificaciones de cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, certificaciones de clasificación, etc., los registros de licitadores constituyen una ayuda inestimable para la gestión de las Mesas de contratación que pueden ver reducido sensiblemente el tiempo destinado a la verificación de los documentos aportados por cada empresa licitadora. La aportación del certificado de inscripción en el registro de licitadores del órgano de contratación o de otros registros constituidos con el mismo fin y alcance, incluso accesibles por conexión informática, deben eximir a las empresas de un considerable trabajo burocrático no exento de defectos ocasionales y aportar los consecuentes beneficios a la Administración. Así, por ejemplo, próximamente, en el mes de diciembre, está prevista la puesta a disposición de órganos de las Administraciones Públicas, de empresas y de particulares el acceso al Registro Oficial de Contratistas dependiente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que podrán conocer las empresas clasificadas o localizar la posible clasificación de una empresa, además de poder obtener las empresas clasificadas en un subgrupo determinado, mediante la simple conexión al Registro por medio de Internet. El servicio que ahora se inicia, pretende en el futuro sustituir la presentación de los certificados de clasificación por las empresas pasando a ser verificado tal dato por la Mesa de contratación en la acción de calificación documental.

Finalmente, indicar que la contratación electrónica no puede sustituir completamente a la acreditación en soporte papel del expediente, que sin duda deberá verificarse por el órgano de contratación mediante la correspondiente impresión de los ficheros informáticos recibidos al efecto de instruir el correspondiente expediente que en su caso deba aportarse ante órganos de la propia Administración (Intervención), de otras Instituciones (Tribunal de Cuentas) o, en su caso, de los tribunales de justicia, además de otros posibles incidentes como la ejecución de una garantía, sin olvidar las dificultades que la contratación electrónica presenta en la aplicación de tal sistema en la licitación de los contratos de obras.