

La contratación pública electrónica como garantía de integridad, publicidad y transparencia

Por Jaime Pintos Santiago [1]

No se puede dudar, ya que nos encontramos en la era de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones electrónicas (TIC), consecuencia del avance de nuestra sociedad en los dos últimos siglos y contribuidoras del innegable desarrollo global que vivimos hoy en día, muchas veces desproporcionado en sus desajustes sociales entre Estados, territorios y poblaciones.

En este escenario, hay que tener en cuenta que la contratación pública supone un importante elemento del comercio internacional y nacional, es decir, tiene un peso específico suficientemente significativo en el entorno económico.

En el Derecho de la Unión Europea las Directivas comunitarias, han servido claramente para la unificación de los procedimientos de contratación en los Estados miembros de la Unión y por tanto, del Derecho administrativo de esos mismos Estados, Derecho en el que también están jugando su baza destacada las TIC y por ende, la contratación pública electrónica.

De esta forma, desde la base del Derecho de la Unión Europea y de los principios recogidos en los arts. 103 y 105 de la Constitución española, así como de los límites y garantías constitucionales y legales derivados del art. 18.4 de la Constitución (punto en el que adquiere especial relevancia toda la normativa que regula protección de datos de carácter personal), estamos asistiendo en las dos últimas décadas, a la transformación de lo que conocemos como “administración electrónica”.

Transformación que empezó a operarse, a nivel de Derecho nacional, en la primera redacción de la Ley Nº 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque antecedentes normativos de carácter reglamentario hubo otros, como por ejemplo el Real Decreto Nº 2291/1983, de 28 de julio, sobre órganos de elaboración y desarrollo de la política informática del Gobierno (BOE Nº 204, de 26 de agosto de 1983) o la Orden, de 19 de febrero de 1990, por la que se crea en el Consejo Superior de Informática la Comisión de los Sistemas y Tecnologías de la Información y se regulan su composición y funciones (BOE Nº 50, de 27 de febrero de 1990).

Le siguieron la Ley Nº 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con el fin de permitir el establecimiento de registros telemáticos para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones por medios telemáticos y permitiendo la notificación por medios telemáticos, si el interesado señalaba dicho medio como preferente o lo consentía expresamente.

Luego, la Ley Nº 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos que recogía las comunicaciones electrónicas con la novedad por primera vez, en nuestro Derecho positivo de la posibilidad de implantar reglamentariamente la obligatoriedad de comunicarse con las Administraciones Públicas, utilizando solo medios electrónicos. También, el art. 28 de esta norma recogía los requisitos para entender válida la práctica de la notificación por medios electrónicos, fijando un plazo de 10 días naturales, para que se entienda que la notificación ha sido rechazada, desde que existiendo constancia de la puesta a disposición de la notificación, no se haya accedido al contenido de la misma, premisa que aunque con un plazo distinto, se incorporó las sucesivas leyes de contratos públicos. Se trata la anterior de una presunción que consiste en convertir la inactividad del administrado en un rechazo tácito de la notificación; sin embargo, cuando de oficio o a instancia del interesado, se pruebe que ha existido imposibilidad técnica o material de acceso a la notificación, esa presunción iuris et de iure se convierte en una presunción iuris tantum, impidiendo, a priori, que se entienda rechazada la notificación, algo de especial relevancia en la práctica.

También, a título de ejemplo, se puede citar la modificación de la Ley Nº 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria que permitió con carácter potestativo las notificaciones electrónicas o el Real Decreto Nº 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regulaba la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, hoy derogado. Por último, debemos referir las Leyes Nº 39 y Nº 40/2015, las siamesas que apostaron por la administración electrónica, y también la Nº 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

En materia de contratación pública, expresamente, pese a que el Real Decreto Legislativo Nº 2/2000, de 16 de junio, por el que aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones no señalaba referencia alguna al uso de las TIC, en nuestro Ordenamiento interno, ya existían algunas experiencias previas en materia de contratos, como las recogidas por la disposición adicional décima del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto Nº 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP); por la Orden EHA/1077/2005, de 31 de marzo, por la que se establecen los formatos y especificaciones de los medios informáticos y telemáticos para la remisión de datos de contratos al Registro Público de Contratos; por la Orden EHA/1744/2005, de 3 de junio, por la que se establecen las condiciones generales, formularios y modelos para la presentación y tramitación telemáticas de solicitudes de clasificación de empresas y se aprueba la aplicación telemática para su tratamiento; por la Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se aprueba la aplicación Conecta-Patrimonio para la presentación telemática de proposiciones a los concursos de adopción de tipo de bienes y servicios de adquisición centralizada, así como de peticiones de suministros y servicios derivados de dichos concursos o por la Orden EHA/1307/2005, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación (BOE Nº 114, de 13 de Mayo de 2005). También, la Ley Nº 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local contemplaba el impulso de la utilización voluntaria de las TIC.

Este es el panorama en el que aterriza la Ley Nº 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al transponer la Directiva Nº 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Esta Directiva y también, la Directiva Nº 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004,

sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, ya incorporaban entre sus previsiones, el uso de las TIC, al introducir los sistemas dinámicos de adquisición como un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, así como las subastas electrónicas; y es que las Directivas N° 2004/18/CE y N° 2004/17/CE proporcionaron un marco abierto, y voluntario en gran medida, a los Estados miembros, para llevar a cabo la contratación por medios electrónicos, estableciendo eso sí, normas para la licitación por vía electrónica y requisitos relativos a las técnicas de adquisición basadas en las TIC.

Le siguió a esta norma el TRLCSP2011, hasta que la llegada de la cuarta generación de Directivas en materia de contratación pública y, finalmente, la Ley N° 9/2017, de Contratos del Sector Público.

Centrándonos ya en la contratación pública electrónica, cabe destacar la herramienta del perfil de contratante, cuya creación obedece a la incorporación a nuestro Derecho, del perfil de comprador previsto en el art. 35 y en el anexo VIII de la Directiva N° 2004/18/CE, la cual solo vinculaba en principio, obligatoriamente al mismo, a servir de soporte de publicidad de los anuncios de licitación previa.

Mención aparte merece pues, hoy en día, el perfil de contratante por su potencialidad y utilidad en el marco de la contratación electrónica y también, de la garantía de los principios generalmente aplicables a la contratación pública, porque junto al principio de igualdad y de prohibición de toda discriminación y en íntima conexión con él y con el principio de integridad, se deben aplicar en todo caso y a lo largo de todo el proceso de contratación, los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, que resultan notablemente reforzados, con la introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación y la trazabilidad que los mismos aportan.

Ya apuntaba el Considerando 12° de la Directiva N° 2004/18/CE, que las nuevas técnicas electrónicas de compra deberán en todo caso, ser utilizadas dentro del respeto de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. Por ejemplo, para garantizar el respeto del principio de transparencia, la Directiva establecía que solo fueran objeto de subasta electrónica los elementos que pudieran ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, solo los elementos que fueran cuantificables de modo que pudieran expresarse en cifras o en porcentajes.

Es así que la transparencia en la contratación pública ha tenido en los últimos tiempos, un importante refuerzo, como consecuencia de la introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación, con la aparición de nuevas técnicas electrónicas de compra y publicidad, desempeñando un papel estrella en esa función el perfil de contratante, cuya finalidad, se sabe, es asegurar la transparencia de la actividad contractual de los órganos de contratación.

Para ello, el perfil de contratante adquiere, en la nueva LCSP, una funcionalidad concreta más allá de servir de medio adicional de la publicidad y permite incrementar

significativamente, la visibilidad de la contratación electrónica y el nivel de transparencia e integridad, al establecer mayores obligaciones de publicidad, siendo ahí donde radican sus capacidades de seguir siendo explotado en los sentidos indicados.

Es por esta y otras razones que sabemos que la contratación pública electrónica nos va a reportar beneficios: centraliza la información y permite así compartirla con mayor agilidad; automatiza los procedimientos, de conformidad con la normativa haciéndolos más simplificados y más y mejor documentados, regidos y controlados, permitiendo por ejemplo, controles automatizados o la detección de alertas (de anuncios o plazos sin ir más lejos); consigue unos contratos públicos más accesibles, a través de la eliminación de las barreras geográficas y también físicas, incrementando de este modo, la concurrencia competitiva y por tanto, no solo el ahorro económico resultante de esta competencia, sino también la mejora de los servicios y una mayor especialización, que como consecuencia, también provocan una mejora de la eficiencia y de la eficacia, con el consiguiente ahorro directo en logística y a su vez, nuevamente, en costes, tanto para la Administración, como para los operadores económicos, por ejemplo con la eliminación del papel, la reducción de los desplazamientos, el ahorro de espacio físico para labores como las de archivo, etc. y es que el documento electrónico y su archivo permiten una mejor custodia, preservación e integridad, permitiendo el acceso a la documentación exclusivamente a las personas autorizadas para ello, consiguiendo al mismo tiempo, con la eliminación y automatización de todas estas tareas burocráticas, un ahorro estimable de tiempo que se podrá dedicar a otras actividades más productivas; supone igualmente una fuente invaluable de información, permitiendo optimar los recursos a través del trabajo propio de la “minería de datos”, identificando, por ejemplo, dónde se producen los cuellos de botella de los procedimientos para redistribuir así mejor los esfuerzos; por último y como ya hemos indicado anteriormente a lo largo de estas líneas, supone un aumento de la garantía de los tan importantes e imprescindibles principios generales de la contratación pública. Nos aporta las ventajas del Big Data, para lo que es imprescindible la obligatoria, pero parece que olvidada, interoperabilidad.

Precisamente, es con la promoción de la contratación pública electrónica, que se pueden generar ahorros significativos, que permitan a la sociedad un desarrollo equilibrado, igualitario y más sostenible, mejorando los resultados, al permitir también a los poderes adjudicadores evitar, detectar y corregir los errores derivados de una interpretación incorrecta de las normas de contratación pública, consiguiendo al mismo tiempo, una herramienta estadística, de control del gasto y de control automatizado previo y coetáneo, extraordinaria para la gobernanza económica, a efectos de impulsar la buena gestión y la transparencia, la libertad de acceso a la información, la igualdad y no discriminación, la publicidad y la necesaria ausencia de corrupción, más aun en una materia como la contratación pública, que constituye uno de los ámbitos vertebrales de la actuación administrativa, con un gran significado económico, medioambiental y social, con un papel clave en la estrategia Europa 2020.

Por tanto, podemos concluir con firmeza, que la contratación pública electrónica ha venido para quedarse, con todas las cosas positivas que la misma nos pueda aportar, de cara a la optimización del uso de los recursos públicos. Solo queda esperar que eso se produzca en las mejores condiciones posibles y que los recursos previsiblemente ahorrados sean idóneamente reutilizados en otros sectores más esenciales y necesitados para el conjunto de la sociedad.

Se trata, la contratación electrónica, por tanto, ante todo de un reto político y económico, pero también, de las organizaciones y las personas que las componen, que no puede superarse sin una firme voluntad al más alto nivel de decisión y sin un modelo nacional de contratación pública electrónica, claro, definido, transparente y eficiente[2], que otorgue confianza legítima y seguridad jurídica a los operadores públicos y privados, lo que conlleva la necesidad de que las plataformas de licitación públicas promovidas por las Administraciones Públicas, actúen en un marco de competencia igualitario y no falseado desde la atalaya pública.[3]

Notas

[1] Abogado-consultor especialista en contratación pública. Director del Título Propio de Especialista en Contratos Públicos de la UDIMA. Doctor en Derecho. Funcionario de carrera en excedencia. www.jaimepintos.com.

[2] Frente a la eficiencia no contrastada (al menos, conocida de manera pública) en el caso español, encontramos el caso del Ministerio de Economía de Holanda, que ha publicado el Informe que encargó a la empresa ATOS, para analizar la viabilidad de su plataforma de contratos estatal y los costes de su funcionamiento. El informe concluye con la recomendación de no continuar con Tendered, en determinados servicios como el de notificaciones o la licitación electrónica, por no estar justificado ante los altos costes de su funcionamiento, frente a las soluciones privadas existentes que prestan estos servicios en el mercado holandés, poniendo de relevancia además que tras varios años de funcionamiento, no tienen una cobertura legal 100 % (al no disponer de todos los tipos de procedimientos). Además, este informe alerta (pág. 22) de la demanda actual ante el Tribunal de Justicia Europeo, sobre posible ayuda estatal ilegal a Tendered, que en estos momentos, encuentra recurrida por las empresas privadas del sector. Al informe, se puede acceder en el siguiente enlace: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/03/06/onderzoek-naar-tendered>

[3] Véase “Capítulo XI. La contratación pública electrónica. Las debilidades del diseño legal y su articulación” de GIMENO FELIU, J.M., en la obra La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones. 1ª ed., abril 2019.