

**LA CONTRATACION PUBLICA ELECTRONICA Y EL
MUNDO LOCAL**

**JOSE MARIA GIMENO FELIU
PROF. TITULAR DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE ZARAGOZA**

(gimenof@unizar.es)

INTRODUCCION: LAS EXPERIENCIAS PREVIAS EN LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS

La incidencia en el mundo administrativo de los nuevos procedimientos electrónicos de contratación pública, en cuanto que competencia básica, deben ser analizada a la luz de la Directiva 2004/18, de contratos públicos (que que precisa los principios del Tratado de igualdad de trato y libertad de circulación para esta materia crucial para un efectivo mercado interior¹) y la reciente Ley 30/2007, de contratos del sector público². Las observaciones que realizamos en este trabajo, por

¹ Sobre el concreto alcance de los mismos en los mercados públicos puede consultarse J.A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006. También J.M: GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, Civitas, Madrid, 2006.

² En la tramitación de las Directivas comunitarias de contratación pública pueden tenerse en cuenta los siguientes documentos: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras [COM(2002) 236 final - 2000/0115(COD); con Posición común (CE) nº 33/2003, de 20 de marzo de 2003, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios -DOUE C 147 E, 24-6-2003 (2003/C 147 E/01). Entre sus novedades puede señalarse que la Comisión propone la introducción de mecanismos de compra electrónica, la introducción de un nuevo procedimiento (el denominado dialogo competitivo) y el reforzamiento de los criterios de selección y adjudicación, la posibilidad de concluir acuerdos-marco, la clarificación de las disposiciones relativas a las especificaciones técnicas, introducción de un vocabulario común de contratos públicos. Sobre esta propuesta de reforma resulta de interés el trabajo de R. WAINWRIGHT, "Marchés publics. Refonte des Directives" , *Revue de Marché Commún et de la Unión Européenne* núm 444, 2001, pp. 394-400; BERMEJO VERA,

tanto, deben ser de carácter general.

En todo caso, esta posibilidad, debe recordarse, no es sino una de las modalidades de la incorporación de las TICs en el mundo de la actuación administrativa³, aunque la contratación pública, por su impacto económico, es un excelente banco de pruebas⁴

Existen experiencias “electrónicas” adoptadas ya por las instituciones comunitarias –como el proyecto SIMAP- que permiten afirmar que la decisión para abordar esta cuestión está ya madura⁵. Puede afirmarse que el campo de la contratación pública es especialmente idóneo para el desarrollo e implantación de las nuevas tecnologías que nos ofrece la sociedad de la información –la propuesta de reforma de las Directivas de contratación pública prevé que en el 2003 el 25 por ciento de los contratos públicos realizados hubieran utilizado medios electrónicos–justifica en el dato de que la Comisión detectó cómo el número de iniciativas de licitación electrónica ha aumentado, procurando ahorro y beneficios a las administraciones públicas y también a las empresas. Así, el programa de la Unión sobre el intercambio electrónico de datos (IDA, según sus siglas en

“Objetivos, principios y prospectiva de la política comunitaria de contratos públicos”, Revista Galega de Administración Pública núm. 29, 2002, pp. 141-164. Igualmente, sobre el contenido de la Directiva contratos públicos, con visión propedéutica, puede consultarse el trabajo de FERNANDEZ GARCIA, M., “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo”, RAP 166, 2005, pp 281-320

³ Cuyo marco normativo básico se encuentra en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

⁴ Vid también sobre esta cuestión mi trabajo *La nueva contratación...*, ob. Cit., pp. 228-250.

⁵ Vid. T. MEDINA, “La contratación pública electrónica: balance actual de su regulación en Europa”, en libro col. Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los poderes públicos, Civitas, Madrid, 2006, p. 528- 534.

inglés), permitió -y permite- cotejar y publicar ejemplos de buenas prácticas. En esta misma línea, el plan de acción *eEurope* ha identificado la licitación electrónica como un área clave donde los adelantos tecnológicos pueden suponer un impacto significativo. Publicar licitaciones en Internet revela una mayor transparencia y reduce los costes.

Las actuaciones de la Comisión en esta materia han pretendido incrementar la transparencia, en particular en el ámbito de la formación de los responsables de los poderes adjudicadores o de las empresas, de la normalización de los anuncios y de la calidad de la información sobre la contratación pública. Así, para incrementar la calidad de la información sobre contratos públicos y lograr que sea más fácil de traducir, remitir, leer y comprender, la Comisión fomenta la normalización a escala europea, e incluso internacional, en los ámbitos de especial importancia para la apertura de la contratación pública. Asimismo, ha creado formularios normalizados para simplificar la redacción y la lectura de los distintos modelos de anuncios prescritos en las directivas⁶. Además, tras una experiencia piloto muy alentadora, la Comisión y los Estados miembros se han decidido a generalizar la aplicación del proyecto SIMAP. A partir de ahora, se podrán redactar y publicar anuncios por vía electrónica, incluido

⁶ La Comisión, en estrecha colaboración con los Estados miembros, ha lanzado el proyecto SIMAP (sistema de información sobre contratos públicos), que se propone optimizar la utilización de las nuevas tecnologías de la información en el ámbito de la contratación pública. No sólo se trata de mejorar la calidad y fiabilidad de la información existente sino también de fomentar el desarrollo de nuevos procedimientos de adjudicación electrónicos para ofrecer a las administraciones públicas una mejor relación calidad/precio y la consiguiente reducción de los costes que redundará en beneficio del contribuyente europeo.

Internet, utilizando un programa informático gratuito desarrollado en el marco del proyecto SIMAP. Mediante el proyecto SIMAP, la Comisión trata de fomentar la utilización de las tecnologías de la información existentes. Asimismo, se propone estimular los nuevos avances, en particular, desarrollando el concepto de "perfiles de compradores", muy valorado ya en otras zonas del mundo. Dichos perfiles permitirán a los entes adjudicadores facilitar por vía electrónica las especificaciones técnicas así como otros documentos necesarios para la preparación de las ofertas. Además, dichos perfiles suministrarán información complementaria sobre los procedimientos de compra de las entidades, los responsables de las compras, las licitaciones en curso y sus pliegos de condiciones correspondientes, así como sobre los futuros programas de compras. Los perfiles de compradores estarán disponibles en el sitio SIMAP (<http://simap.eu.int>). La Comisión facilitará a los adjudicadores un programa informático para la elaboración de dichos perfiles. Asimismo, con objeto de acelerar la transmisión de la información más importante, la Comisión ha autorizado la consulta gratuita de la base de datos TED, que suministra información a los posibles proveedores sobre las numerosas licitaciones lanzadas por las entidades adjudicadoras. Además, a través del sitio SIMAP (<http://simap.eu.int>) se podrá acceder a un instrumento de búsqueda que permitirá identificar las licitaciones que puedan resultar interesantes tanto en TED como en otras bases de datos⁷.

⁷ La Comisión ha elaborado un glosario, el CPV (Common Procurement Vocabulary) que, contrariamente a las nomenclaturas existentes, responde a las exigencias específicas en el sector de la contratación pública y está disponible en todas las lenguas oficiales de la Comunidad. Se pretende fomentar el uso de dicha nomenclatura para la definición del objeto del contrato y ampliar su utilización a las bases de datos nacionales o internacionales. Así, el CPV debería contribuir a dotar de mayor transparencia a los anuncios y a hacerlos más accesibles en todas las

Por último, debe hacerse referencia al Programa IDAB, presentado para el periodo 2005-2009, cuya base legal es la Decisión 2004/387/CE, del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos. La finalidad de este programa es crear y gestionar redes que permitan el intercambio de las experiencias de las Administraciones Públicas.

1. Hacia la e-administración en la contratación pública

Un escenario de transformación de la contratación pública es el derivado de la implantación de procedimientos telemáticos que nos han de conducir hacia la denominada e-administración y e-Administración⁸. Y es que la denominada sociedad de la información se está incorporando paulatinamente a la actuación de las Administraciones públicas hablándose ya de una Administración electrónica, en las que las TICs se presentan como una eficaz herramienta para el efectivo cumplimiento de los fines públicos⁹. Obviamente las TICs en contratación pública deben abordarse

lenguas de la Unión. Asimismo, debería facilitar la compatibilidad técnica entre las diferentes fuentes de información sobre contratos. Téngase en cuenta el Reglamento (CE) n.º 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, modificado por los Reglamentos (CE) n.º 2151/2003 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003 y de 15 de marzo de 2008)

⁸ Especialmente ilustrativo sobre esta transformación de nuestro Derecho Administrativo es la monografía de VALERO TORRIJOS *El régimen jurídico de la e-administración. El uso de procedimientos informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo*, Comares, Granada, 2004.

⁹ Vid. MESTRE DELGADO, J.F., "Nuevas tecnologías y Administración pública", DA 265-66, 2003, pp. 117-136 y AGUIRREAZCUENAGA, I., Y C: CHINCHILLA MARIN, " El uso de medios electrónicos, informáticos y

desde el conocimiento y adecuación del marco general en la denominada e-Administración¹⁰. La Administración Pública con una decidida vocación de incorporación a la llamada sociedad de la información, es decir, con la voluntad de plena incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación a sus actividades administrativas, consciente de que constituyen un factor estratégico para la gestión, necesario para incorporarse al desarrollo vertiginoso del progreso de la tecnología a través de productos que ofrezcan un valor añadido, ha comenzado paulatinamente a adaptar las normas y leyes de forma que permitan el uso de soluciones tecnológicas. La Administración Electrónica (e-Administración) es un nuevo modelo de gestión pública, que está basado en el uso intensivo de las Tecnologías de la Información y las comunicaciones, y cuyos objetivos son: Conseguir la mejora de los procesos internos de las organizaciones públicas; conseguir la mejora de los servicios ofrecidos a los ciudadanos, empresas y otras administraciones públicas¹¹.

Pioneras en la implantación de los medios electrónicos a la contratación pública han sido las instituciones comunitarias conscientes de

telemáticos en el ámbito de las Administraciones Públicas”, REDA 109, 2001, pp. 35-59.

¹⁰ Vid. PUNZON MORALEDA (Dir.), *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

¹¹ Hay una serie de factores que están contribuyendo a que la Administración Pública evolucione hacia una Administración Pública Electrónica. Estos factores son: la utilización de nuevas tecnologías y sistemas de comunicación; el nuevo enfoque en las modalidades de la prestación de servicios; la creciente importancia que ha adquirido el ciudadano frente a la Administración; la necesidad de facilitar la relación de las administraciones entre sí, y el resto de actores implicados. Vid. una visión general en S. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ “La Administración y las nuevas tecnologías”, ob. Cit., pp. 221-237.

las ventajas que reportarían en estos mercados¹². Esta falta de competencia abierta y eficaz ha sido uno de los obstáculos más claros y anacrónicos para la completa realización del mercado interior. Y ello es lo que ha justificado la apuesta por las TICs en la contratación pública, que pretenden cambiar esa dinámica¹³. En todo caso conviene realizar una advertencia previa: las TICs por sí mismas, no son la panacea y deben ser objeto de una adecuada utilización¹⁴. Además, la solución a algunos de los problemas de ineficacia (o de pura ineficiencia en algunos casos) de los que adolece nuestro sistema actual de contratación pública. Tal y como ha advertido ya parte de la doctrina científica, los medios electrónicos son una solución más, que no la

¹² Debe advertirse, siguiendo a X.PADROS, que la utilización de medios electrónicos en el campo de la contratación pública ha de tener muy en cuenta las distintas fases de la contratación administrativa y ello porque mientras que la fase de preparación del contrato se desarrolla básicamente dentro del ámbito interno de la Administración y entre órganos administrativos y la fase de ejecución implica fundamentalmente relaciones específicas entre Administración y un contratista o una agrupación de contratistas, en la fase de adjudicación es dónde se sitúa el núcleo duro de las relaciones multilaterales: de la Administración con una potencial pluralidad de licitadores. Por tanto, es en esa fase de adjudicación, en la que hay que combinar de modo equilibrado las exigencias de transparencia y de confidencialidad que impone nuestro sistema de contratación, donde el nivel de exigencia en la seguridad de las relaciones electrónicas debe ser más alto. "La contratación pública electrónica", en Jornadas La Contratación Pública en Europa organizadas por IEAP-CER, Barcelona, 28 de noviembre de 2003. Destaca también la relevancia de las TIC en la contratación pública S. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ "La Administración y las nuevas tecnologías", Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid núm. 7, 2002, pp. 215-220.

¹³ Vid. S. ARROWSMITH "An assesment of the new legislative package on public procurement", Common Market Law Review núm. 41 (5), 2004, pp. 1277-1325.

¹⁴ No es utilizable para todo tipo de contrato y la implantación debe ser progresiva, para evitar disfunciones innecesarias en la transición del papel al medio electrónico. Esta opinión es compartida por T. MEDINA ARNAIZ, "El uso de medios electrónicos en los procesos de contratación electrónica: ¿realidad o ficción?", en libro col. *Estudios Jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Editado con motivo XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos, 2005, pp. 475-476.

única, para cumplir con ese deber público de ser eficaces. El poder real de la tecnología, afirma SEGARRA TORMO, no reside en poder hacer funcionar mejor los viejos procesos, sino en romper las viejas reglas y crear nuevas maneras de trabajar¹⁵. Esta magistral afirmación hay que ponerla en relación con lo que apunta MARTÍN REBOLLO, al señalar que la tecnología ayuda, pero no suple la necesidad de actualizar tanto la estructura normativa, como las pautas de los procedimientos y los talentos personales¹⁶.

Obviamente, la incorporación de las TICs en la contratación pública es una apuesta que responde a la existencia de unos factores previos que la posibilitan y que, resumidamente podemos concretar en los siguientes¹⁷:

- *La universalización de Internet*, que se nos presenta como un fenómeno cultural y social, al constituir una red de redes de comunicación de alcance universal, y su uso se ha extendido a las empresas y organizaciones de todo tipo.

- *La normalización de protocolos, formatos y lenguajes informáticos*, gracias al establecimiento de un conjunto de protocolos de

¹⁵ SEGARRA TORMO, S. "El papel de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en la reforma administrativa", en el volumen dirigido por SAINZ MORENO, "Estudios para la reforma de la Administración Pública", INAP, Madrid, 2004, pp. 556 - 557.

¹⁶ MARTÍN REBOLLO, L. en la ponencia sobre "La modernización administrativa: el sueño recurrente", dentro del curso organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo "Transformaciones y retos del Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: *la realidad y el deseo*", Santander, 21 de julio de 2004.

¹⁷ *Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*. Ministerio de Hacienda-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, pág.62-63.

comunicaciones y de normas de codificación, intercambio y presentación de la información universalmente adoptados.

- *La existencia y despliegue de una infraestructura de seguridad de la información y de las comunicaciones.*

- *Las demandas y expectativas de ciudadanos y empresas que conlleva una creciente exigencia para acelerar la implantación de servicios electrónicos y hará cada vez menos tolerables los retrasos asociados a la tramitación de procedimientos por medios tradicionales. Y es que el eventual retraso respecto de otras grandes organizaciones en la incorporación de las nuevas tecnologías a los procedimientos de adquisiciones públicas puede afectar negativamente a la percepción que las empresas tienen de las Administraciones Públicas como clientes; haciéndolas menos atractivas para potenciales proveedores por los elevados costes de gestión asociados a la participación en licitaciones públicas. De este modo, puede disminuir su capacidad de atraer las mejores ofertas y de beneficiarse de las ventajas y economías de escala que la dimensión de las compras públicas debería suponer para las Administraciones Públicas.*

La mejora en la eficiencia al utilizar la contratación pública resultará verdaderamente notable. Como ya hemos advertido previamente, la contratación electrónica aumenta el ahorro, y consecuentemente el beneficio, tanto para las Administraciones como para las empresas. La contratación pública a través de Internet ofrece, además de los beneficios financieros, un acceso más sencillo a los mercados mundiales al proporcionar más visibilidad y unos procesos administrativos más simples. Estos nuevos horizontes pueden ser particularmente beneficiosos para las

PYME, al permitirles buscar oportunidades fuera de su entorno más inmediato. En el caso de las administraciones públicas, la licitación electrónica puede posibilitar un proceso integrado, desde la preparación y notificación electrónica y publicación de la licitación, al pago final y cierre del contrato. Esto puede incluir el acuse de recibo de las licitaciones electrónicas, evaluar, adjudicar, expedir y dirigir el contrato electrónicamente y realizar pagos *online*. Para las empresas, abre la posibilidad de utilizar técnicas de preselección automáticas para buscar licitaciones interesantes en todo el mundo. También permite la utilización de formularios electrónicos normalizados que deben ser rellenados una única vez, la entrega electrónica de la licitación, la firma en línea del contrato y facturación electrónica¹⁸.

Además, en el caso de las Administraciones Públicas y poderes adjudicadores, la licitación electrónica posibilita un proceso integrado, que incluye desde la preparación, notificación y publicación del contrato hasta el

¹⁸ Sin embargo, el acceso transfronterizo a la contratación pública a través de Internet en la Unión es sólo posible si pueden evitarse los obstáculos (bautizados *eborders* en inglés) mediante un alto grado de interoperabilidad. La Comisión ya está abordando estos desafíos por medio de sus programas SIMAP y TED que proporcionan, respectivamente, información de fondo sobre mercados de adquisición y facilitan las búsquedas de licitaciones en el Diario Oficial de la UE. Mientras estos dos proyectos cubren la fase de publicación, el programa IDA aborda en la actualidad las cuestiones transfronterizas en todas las etapas del proceso de licitación. Entre las fronteras electrónicas identificadas en la actualidad están: falta de interoperabilidad entre firmas electrónicas diferentes; falta de interoperabilidad entre tarjetas inteligentes y lectores de tarjetas inteligentes, como dispositivos de firma; falta de normalización de los catálogos electrónicos, y o falta de normalización para interpretar los documentos escritos en lenguaje de marcado extensible (XML, según sus siglas en inglés). El estudio de cada caso y las propuestas para derribar las fronteras electrónicas se complementan con encuentros regulares entre expertos que trabajan en este terreno de los Estados miembros, del Área Económica Europea y de la Comisión para intercambiar información y experiencias.

pago final del mismo, todo ello por vía electrónica¹⁹. Se abre, por tanto, la nueva cultura de la licitación electrónica que ha de venir acompañada, lógicamente, de la progresiva incorporación de la firma digital²⁰.

Pero no debe olvidarse que también existen unos riesgos cuyo conocimiento previo y adecuado análisis deben servir para dimensionar adecuadamente -lo que es especialmente importante en el caso de la Administración local- el alcance de las decisiones a adoptar en relación a esta cuestión. Entre los riesgos a tener en cuenta pueden citarse los siguientes: a) riesgo del desarrollo normativo y reglamentario (dispersión, lagunas y contradicciones), b) riesgos relativos a la privacidad y confidencialidad, c) riesgos relativos al desarrollo tecnológico, d) riesgos de disponibilidad de los equipamientos y sistemas informáticos (dificultad de uso de las aplicaciones informáticas o insuficiente interoperabilidad), e)

¹⁹ GIMENO FELIÚ, J.M. “*La utilización de las nuevas tecnologías en la contratación electrónica*”, en la jornada organizada por PLYCA sobre “*La contratación pública electrónica en marcha*”, Zaragoza, 28 de octubre de 2004.

²⁰ Por lo que se refiere a la utilización de la firma electrónica en el ámbito de la contratación pública, como uno más de los usos que puede tener en el ámbito de las Administraciones Públicas, tal y como señala J. DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, las principales ventajas se presentan en el ámbito de las notificaciones a terceros de las distintas resoluciones de los procedimientos de contratación, que producirán los mismos efectos que la notificación en domicilio o edictal, así como en la posibilidad de acreditar la identidad del licitador que realiza una oferta por medios electrónicos respondiendo a un anuncio de un poder adjudicador. “*La firma electrónica en la Administración pública. Especial referencia a la contratación administrativa*”, *Cuadernos de Gestión Pública Local*. Instituto Superior de Economía Local - Diputación de Málaga. Málaga, primer semestre de 2004, p. 100. Sobre la utilización de la firma electrónica en la presentación de ofertas por parte de los licitadores, *vid* el mismo autor “*Las ofertas y la contratación electrónica*”, en *Contratación Administrativa Práctica* núm. 36, Noviembre de 2004, pp. 24-32.

riesgos derivados de al insuficiente formación o falta de los adecuados recursos personales y f) riesgos derivados con la gestión del cambio²¹.

Con todo, este trabajo nos obliga a una precisión conceptual previa a efectos de poder delimitar que entendemos por contratación pública electrónica y si esta abarca o no a los medios electrónicos²². En mi opinión, las TICs en la contratación pública habilitan tanto al empleo de los medios electrónicos combinando su carácter de herramienta de apoyo (fundamentalmente por lo que se refiere a las comunicaciones) como a la posibilidad de convertirlas en mecanismos independientes de toma de decisiones (veremos si son factibles las adjudicaciones electrónicas automáticas)²³.

²¹ Vid. J. DOMINGUEZ-MACAYA, "Presente y futuro de la contratación electrónica" en libro col. *Contratación del Sector Público Local*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 2018 a 2323.

²² Por un sentido amplio, englobando medios y procedimientos se decanta GALLEGO CORCOLES, "Contratación pública electrónica", en libro col. PUNZON MORALEDA (Dir.), *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 228. También PUNZON MORALEDA, J., y F. SANCHEZ RODRIGUEZ, "El uso de las nuevas tecnologías en la Administración Pública: la contratación pública electrónica prevista en la Directiva 2004/18/CE", REDETI núm. 24, 2005, pp. 63-96.

²³ La distinción de ambas facetas la tomamos de PALOMAR OLMEDA, quien, hablando de un concepto más amplio, la informática, diferencia la de tipo decisional, aquella que mediante la utilización de sistemas expertos, permite aplicar a los supuestos concretos las normas jurídicas en las que se disuelve (preferentemente a utilizar en el ejercicio de potestades regladas) de la que presenta un carácter de apoyo o instrumental, esto es, el conjunto de medios de este orden que sirven para la simplificación de tareas y para la realización más rápida y segura de las actividades materiales que componen el conjunto de la actividad administrativa. "Algunos instrumentos para la redefinición del Derecho público del futuro", *Revista Vasca de Administración Pública* nº 45 – II, p. 35. En relación con ésta distinción, he señalado que las nuevas Directivas de contratación pública, a las que más adelante nos referiremos, hacen pivotar su apuesta sobre, por un lado, la utilización de los medios electrónicos como herramienta de apoyo en la tramitación de los expedientes de contratación, y

2. Medios y procedimientos en la contratación pública en España. La LCSP

Es esta, conviene insistir, una de las principales novedades de la Directiva 2004/18 y de la trasposición mediante la LCSP, que modifica sustancialmente la situación que regula la LCAP y su normativa de desarrollo, donde sólo el art. 80.4 del RD 1098/2001, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas²⁴, incorpora alguna previsión específica al admitir el uso del correo electrónico para el anuncio del envío de la documentación necesaria para participar en la licitación, sólo será válido si se atiende a unos requisitos²⁵: a) Si se admite en el Pliego de condiciones administrativas. b) Si existe constancia de la recepción y transmisión. c) Si consta la fecha y contenido íntegro de la comunicación. d) Si se identifica fehacientemente al remitente y al destinatario. Novedad que deberá traducirse en nuevas formas en la tramitación y en la adjudicación de

por otro, en la implantación de procedimientos electrónicos de contratación pública. Documento de trabajo: "La utilización de las Nuevas Tecnologías en la Contratación Pública" (DTECONZ 2004-03). Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2004, p. 6.

²⁴ Sobre este tema puede consultarse también las reflexiones de F. GARCIA RUBIO, "El uso de las nuevas tecnologías en la contratación administrativa", Revista de la contratación administrativa y de los contratistas núm. 12, 2002, pp. 37-41.

²⁵ En todo caso, en lo no previsto específicamente debe acudir al marco normativo general. Sobre este tema puede consultarse también las reflexiones de F. GARCIA RUBIO, "El uso de las nuevas tecnologías en la contratación administrativa", Revista de la contratación administrativa y de los contratistas núm. 12, 2002, pp. 37-41.

la contratación pública en España²⁶.

Debe advertirse que este sistema de contratación pública electrónica no debe ser confundido con el concepto heredado del derecho privado de las “compras en Internet”, tal y como acertadamente ha puesto de relieve A. RUIZ DE CASTAÑEDA, quien nos advierte de que todo intento de aproximación a las ventajas que ofrece el mercado para su implantación en la Administración, con el fin de hacer más ágiles los procedimientos de contratación que pueden beneficiarse de las mismas, conlleva un análisis de los condicionantes que deben quedar adaptados a la denominada contratación o compras por Internet. De cara a la aplicación a las Administraciones Públicas de tales prácticas y métodos debe considerarse inicialmente que las características autoorganizativas de las prácticas comerciales de las empresas chocan frontalmente con las normas reguladoras de la contratación pública y de la gestión del procedimiento de autorización de gastos y de reconocimiento y pago de las obligaciones contraídas establecidas en las normas presupuestarias de las diferentes Administraciones públicas. Mientras que en el tráfico comercial de las empresas no existen normas reguladoras específicas y toda relación se sustancia por medio de los pactos concertados y en los usos del comercio, la

²⁶ Valora positivamente las medidas adoptadas la vigente LCSP J. DOMINGUEZ-MACAYA, “La contratación electrónica en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Análisis y propuesta de mejora”, Diario La Ley núm. 6656, 21 de febrero de 2007, pp. 1-4.

actuación de las Administraciones Públicas se encuentra condicionada por los trámites y requisitos establecidos en las distintas normas reguladoras²⁷.

A) LOS MEDIOS ELECTRONICOS EN LA COMPRA PUBLICA.

Ya en la exposición de motivos de la Directiva núm 18 se establece la expresa aplicación a las transmisiones de información por medios electrónicos de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, y de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior²⁸. En todo caso, y como advierte también la exposición de motivos citada, “los medios electrónicos han de estar en pie de igualdad con los medios clásicos de comunicación e intercambio de información y que, en la medida de lo posible, el medio y la tecnología elegidos deben ser compatibles con las tecnologías utilizadas en los demás Estados miembros”.

La Directiva, lógicamente, define el “medio electrónico” como aquel medio que utilice equipos electrónicos de tratamiento (incluida la comprensión digital) y almacenamiento de datos y que se sirva de la

²⁷ RUIZ CASTAÑEDA, “La Administración Pública y el sistema de compras por internet”. *Cuadernos de Gestión Pública Local*. Instituto Superior de Economía Local - Diputación de Málaga. Málaga, primer semestre de 2004, p. 78. Igualmente GALLEGO CORCOLES, “La contratación...”, ob. Cit., p. 223.

²⁸ Una valoración en esta línea puede verse en los trabajos de GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ *El Contrato administrativo*, Civitas, 2003, pp. 155-162 y en la citada ponencia de X. PADROS “La contratación pública electrónica”, ob. Cit.,

difusión, el envío y la recepción alámbricos, por radio, por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos (artículo 1.13). La apuesta que se realiza en esta normativa pivota sobre dos posibilidades distintas, por un lado, la utilización de los medios electrónicos como “herramienta de apoyo” en la tramitación de los medios de contratación pública y, por otra, el la implantación de procedimientos electrónicos de contratación pública. En cualquier caso, y como punto de partida debe tenerse en cuenta que los dispositivos de recepción electrónica de la documentación que resultará exigible deberán garantizar, como mínimo y por los medios técnicos y procedimientos adecuados, que: 1.-Las firmas electrónicas exigibles a la distinta documentación -ofertas, solicitudes de participación, envíos de planos y proyectos, etc- se deben ajustar a las disposiciones nacionales en aplicación de la Directiva 1999/93/CE; 2.- Quede constancia precisa de la hora y la fecha de la recepción; 3.-se prevea personas autorizadas -mediante firma electrónica—a la lectura de la documentación presentada distinguiendo o limitando dicho acceso siendo sólo posible el acceso a la totalidad del expediente electrónico con la totalidad de las firmas autorizadas. Estas personas guardarán el debido secreto que garantice al objetividad de la tramitación y 4.- se garantice que no existen “filtraciones” en los datos transmitidos antes de la finalización de las distintas fases de la tramitación, articulando al efecto mecanismos que detecten, en su caso, estas filtraciones y sus responsables. únicamente las personas autorizadas puedan fijar o modificar las fechas de apertura de los datos recibidos²⁹.

²⁹ Vid. PUNZON MORALEDA, J., F. SANCHEZ RODRIGUEZ, “El uso...”, ob. Cit. P. 767.

Sin duda, la utilización de medios electrónicos en relación con la publicidad y la transparencia de los procedimientos de adjudicación de los contratos es un objetivo de gran trascendencia y fácil cumplimiento. Las referencias a los mismos figuran en relación con los anuncios, con las invitaciones a la presentación de ofertas, a la participación en el diálogo competitivo o a la negociación, con las solicitudes de participación y ofertas y con las comunicaciones en general.

Para la recepción electrónica de las ofertas y solicitudes de participación serán de aplicación las siguientes reglas: la información relativa a las especificaciones necesarias para la presentación electrónica de la documentación, incluido el cifrado, deberá estar a disposición de todas las partes interesadas³⁰. Además, los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas y de las solicitudes de participación deberán ser conformes a los requisitos fijados en el Anexo X de la Directiva (se prevé que los Estados miembros puedan crear o mantener regímenes voluntarios de acreditación encaminados a mejorar el nivel del servicio de certificación de dichos dispositivos).

En cuanto a la utilización de medios electrónicos en el campo de la contratación pública deben tenerse presentes las distintas fases de la contratación administrativa, porque mientras que la fase de preparación del contrato se desarrolla básicamente dentro del ámbito interno de la Administración y entre órganos administrativos y la fase de ejecución

³⁰ En todo caso, los instrumentos que deberán utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, deberán ser no discriminatorios, estar normalmente a disposición del público y compatibles con las tecnologías de la información y la comunicación de uso general.

implica fundamentalmente relaciones específicas entre Administración y un contratista o una agrupación de contratistas, en la fase de adjudicación es dónde se sitúa el núcleo duro de las relaciones multilaterales: de la Administración con una potencial pluralidad de licitadores. Por tanto, es en esa fase de adjudicación, en la que hay que combinar de modo equilibrado las exigencias de transparencia y de confidencialidad que impone nuestro sistema de contratación, donde el nivel de exigencia en la seguridad de las relaciones electrónicas debe ser más alto³¹.

Entre los aspectos o más ventajas más destacables de la incorporación de medios electrónicos hay que reseñar los siguientes³²:

a) En materia de publicidad y transparencia se prevé que aquellos poderes adjudicadores que publiquen anuncios de información previa sobre sus perfiles de compradores o hayan escogido un procedimiento acelerado³³

³¹ PADRÓS X. *La contratación pública electrónica*, en “Jornadas sobre la nueva contratación pública europea ¿cómo nos afecta?” (IEAP-CER), Sevilla, 11 de noviembre de 2004.

³² Vid. T. MEDINA, “La contratación pública electrónica: balance actual de su regulación en Europa”, en libro col. Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los poderes públicos, Civitas, Madrid, 2006, p. 539.

³³ Este procedimiento acelerado aparece previsto en el apartado 8 del artículo 38 de la Directiva 2004/18/CE, cuyo contenido es el siguiente:

En los procedimientos restringidos y en los negociados con publicación de anuncio de licitación contemplados en el artículo 30, cuando la urgencia haga impracticables los plazos mínimos previstos en el presente artículo, los poderes adjudicadores podrán fijar:

a) un plazo para la recepción de las solicitudes de participación que no podrá ser inferior a 15 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o a 10 días si el anuncio se envía por medios electrónicos, con arreglo al formato y las modalidades de transmisión indicados en el punto 3 del anexo VIII;

b) y, en el caso de procedimientos restringidos, un plazo de recepción de las ofertas que no podrá ser inferior a 10 días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar.

enviarán un aviso a la Comisión por medios electrónicos (artículos 35.1 y 36.2 respectivamente de la Directiva). En este caso, los citados anuncios se publicarán en un plazo máximo de 5 días a partir de su envío, a diferencia del plazo ordinario, de 12 días (artículo 36.3)

b) Se puede recortar sensiblemente los plazos de los procedimientos. Así, cuando los anuncios se preparen y se envíen por medios electrónicos se podrán reducir en 7 días los plazos de recepción de las ofertas para los procedimientos abiertos y el plazo de recepción de las solicitudes de participación para los procedimientos restringidos y negociados y en caso de que se recurra al diálogo competitivo (artículo 38.5) Será posible reducir en 5 días los plazos de recepción de las ofertas cuando el poder adjudicador ofrezca acceso sin restricción, directo y completo por medios electrónicos, a partir de la fecha de publicación del anuncio, al pliego de condiciones y a cualquier documentación complementaria, especificando en el texto del anuncio la dirección de Internet en la que dicha documentación puede consultarse. Esta reducción se podrá sumar a la prevista en el apartado 5 del mismo artículo 38 (artículo 38.6) Asimismo, en los procedimientos restringidos y en los negociados con publicación de anuncio de licitación, cuando la urgencia haga impracticables los plazos mínimos previstos, los poderes adjudicadores podrán fijar un plazo para la recepción de las solicitudes de participación que no podrá ser inferior a 10 días si el anuncio se envía por medios electrónicos (artículo 38.8 a)³⁴.

³⁴ Estas reducciones pueden ser a veces, limitativas de la concurrencia al establecer un excesivo breve plazo de presentación de ofertas, lo que, puede favorecer, en ocasiones, a determinados contratistas.

Esta cuestión ha sido abordada por la LCSP, optando por la plena inserción de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de la contratación pública, a fin de hacer más fluidas y transparentes las relaciones entre los órganos de contratación y los operadores económicos³⁵. En todo caso, estos medios electrónicos deberán adaptarse a lo que dispone Disposición adicional decimonovena LCSP.

³⁵ La Ley Foral de contratos públicos de Navarra 6/2006 introduce los medios electrónicos así como los procedimientos electrónicos de adjudicación. Incluso, yendo más allá de lo previsto en la norma comunitaria establece un recurso de carácter electrónico que se reside en la Junta de Contratación Pública. Especialmente ilustrativa es la Exposición de Motivos: "El impacto de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en nuestra sociedad no podía dejar tener su reflejo en esta materia, por lo que la Ley Foral busca aprovechar la ventajas que aquéllas ofrecen, tanto a la hora de facilitar a las empresas el acceso a los contratos públicos como a la hora de racionalizar y simplificar la tramitación administrativa, lo que innegablemente repercutirá en la gestión de los fondos públicos y en un uso más eficiente de los mismos.

En esta línea, la presente Ley Foral, siguiendo las directrices marcadas por la normativa comunitaria europea, apuesta claramente por la implantación de las nuevas tecnologías, en la idea de que ello redundará en una mejor gestión y una reducción de los costes a soportar por las entidades públicas y las empresas. La medida principal que se adopta es la creación una página web denominada Portal de Contratación de Navarra. Dicho Portal, además de constituirse en el instrumento de publicidad oficial de los contratos, será un medio de relación con los posibles licitadores, donde se informará de las entidades adjudicadoras, se formularán preguntas a las entidades adjudicadoras, etc. Igualmente el Portal debe servir para la presentación de reclamaciones electrónicas (cuyos breves plazos son de difícil cumplimiento sin este instrumento), el envío de requerimientos a los licitadores y la remisión de información a la Junta de Contratación Pública y a la Cámara de Comptos". A tal fin los artículos 79 a 82 LFCP regulan los procedimientos electrónicos de contratación –sistema dinámico de adquisición de compras y puja electrónica- preveyendo como medio de comunicación ordinario el portal de contratación pública. Sobre esta cuestión vid. J.N. VIGURIA ALEGRIA, „Los sistemas de mejora para la gestión de la contratación“ en libro col. Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos.; INAP, Pamplona, 2007, pp. 335-361.

“1. El empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en esta Ley se ajustará a las normas siguientes:

a) Los medios electrónicos, informáticos y telemáticos utilizables deberán ser no discriminatorios, estar a disposición del público y ser compatibles con las tecnologías de la información y de la comunicación de uso general.

b) La información y las especificaciones técnicas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán estar a disposición de todas las partes interesadas, no ser discriminatorios y ser conformes con estándares abiertos, de uso general y amplia implantación.

c) Los programas y aplicaciones necesarios para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán ser de amplio uso, fácil acceso y no discriminatorios, o deberán ponerse a disposición de los interesados por el órgano de contratación.

d) Los sistemas de comunicaciones y para el intercambio y almacenamiento de información deberán poder garantizar de forma razonable, según el estado de la técnica, la integridad de los datos transmitidos y que sólo los órganos competentes, en la fecha señalada para ello, puedan tener acceso a los mismos, o que en caso de quebrantamiento de esta prohibición de acceso, la violación pueda detectarse con claridad. Estos sistemas deberán asimismo ofrecer suficiente seguridad, de acuerdo con el estado de la técnica, frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos, pudiendo establecerse reglamentariamente otras medidas que, respetando los principios de confidencialidad e integridad de las ofertas e igualdad entre los licitadores, se dirijan a minimizar su incidencia en los procedimientos.

e) Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones, notificaciones y envíos documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación deben poder acreditar la fecha y hora de su emisión o recepción, la integridad de su contenido y el remitente y destinatario de las mismas. En especial, estas aplicaciones deben garantizar que se deja constancia de la hora y la fecha exactas de la recepción de las

proposiciones o de las solicitudes de participación y de cuanta documentación deba presentarse ante el órgano de contratación.

f) Todos los actos y manifestaciones de voluntad de los órganos administrativos o de las empresas licitadoras o contratistas que tengan efectos jurídicos y se emitan tanto en la fase preparatoria como en las fases de licitación, adjudicación y ejecución del contrato deben ser autenticados mediante una firma electrónica reconocida de acuerdo con la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica. Los medios electrónicos, informáticos o telemáticos empleados deben poder garantizar que la firma se ajusta a las disposiciones de esta norma.

g) Los licitadores o los candidatos deberán presentar los documentos, certificados y declaraciones que no estén disponibles en forma electrónica antes de que expire el plazo previsto para la presentación de ofertas o de solicitudes de participación.

h) Las referencias de esta Ley a la presentación de documentos escritos no obstarán a la presentación de los mismos por medios electrónicos. En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la firma electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas; de no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada. Las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse al expediente, autenticadas con la firma electrónica reconocida del órgano administrativo habilitado para su recepción surtirán iguales efectos y tendrán igual valor que las copias compulsadas de esos documentos.

i) Los formatos de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación deberán ajustarse a especificaciones públicamente disponibles y de uso no sujeto a restricciones, que garanticen la libre y plena accesibilidad a los mismos por el órgano de contratación, los órganos de fiscalización y control, los órganos jurisdiccionales y los interesados, durante el plazo por el que deba conservarse el expediente. En los procedimientos de adjudicación de contratos,

los formatos admisibles deberán indicarse en el anuncio o en los pliegos.

j) Como requisito para la tramitación de procedimientos de adjudicación de contratos por medios electrónicos, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la previa inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda de los datos a que se refieren las letras a) a d) del artículo 303.1.

2. Ajustándose a los requisitos establecidos en el apartado anterior y a los señalados en las normas que regulen con carácter general su uso en el tráfico jurídico, las disposiciones de desarrollo de esta Ley establecerán las condiciones en que podrán utilizarse facturas electrónicas en la contratación del sector público.”

La utilización de medios electrónicos supondrá la reducción de plazos a que se refiera la Directiva. Y así lo disponen los artículos 96, 143, 148, 151 y 250 LCSP.

A nivel autonómico puede destacarse que el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Decreto 49/2003, de 3 de abril), sí incluye algunas prescripciones sobre el uso de medios electrónicos en la fase de licitación, y la profusión de regulaciones sobre los registros de contratos y, en especial, porque implican necesariamente una relación entre Administración y empresarios, sobre los registros de licitadores autonómicos gestionados en soporte informático³⁶.

³⁶ Vid. GALLEGO CORCOLES, “La publicación de los pliegos de condiciones de los contratos públicos en el sitio web de la Comunidad de Madrid”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 4, 2001. Decreto 96/2004, de 20 de enero, por el que se regula la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación de la Administración de la Generalitat de Cataluña, y recientemente el Decreto 107/2005, de 31 de mayo de creación del Registro Electrónico de Empresas Licitadoras de la Generalitat de Catalunya. (DOGC núm. 4400, de 07/06/2005). Debe señalarse asimismo la Orden de 16 de agosto de 2003, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública del Gobierno Vasco, sobre tramitación telemática de determinados procedimientos y actuaciones previstas en la legislación de contratos de las Administraciones

A modo de resumen, pueden citarse como posibles concreciones de la utilización de medios electrónicos en la contratación pública los siguientes:

a) *Portal de Contratación Pública*, creado para dar servicio a la Administración y a las Empresas y que puede servir para cumplir las exigencias del perfil contratante al que se refiere el artículo 42 LCSP, y que ha de permitir publicar los pliegos de ejecución del contrato tanto administrativos como técnicos; conectar con catálogos de bienes tipo para realizar sus compras y ofrecer información a las empresas para facilitar y agilizar las relaciones con la Administración³⁷. De esta manera los eventuales licitadores pueden consultar los pliegos publicados y descargárselos, solicitar información a la Administración con relación a la licitación y contratación electrónica así como presentar electrónicamente documentación requerida por la propia Administración. En definitiva, el perfil contratante comprende el conjunto de informaciones relativas a su

Públicas, así como también el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Decreto 49/2003, de 3 de abril, desarrollado por Orden de la Consejería de Hacienda de 1 de octubre de 2004, para adecuar los modelos de garantías que se constituyan mediante aval o seguro en los procedimientos de contratación), que incluye algunas prescripciones sobre el uso de medios electrónicos en la fase de licitación (arts. 9, 11 y 59), y la Orden de 23 de junio de 2003, de aprobación del procedimiento de gestión de contratación administrativa a través de la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en Canarias.

³⁷ La conclusión nº 9 del Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública dispone que ... sería especialmente útil la creación de un «portal único de contratación» en Internet que ofreciera a las empresas una visión completa, coherente e integrada de toda la contratación pública, y desde el que pudiera accederse a toda la información y documentación necesarias para participar en cualquier licitación convocada por la Administración General del Estado. Ministerio de Hacienda-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, pág. 153.

actividad contractual que los órganos de contratación ponen a disposición de cualquier interesado a través de internet con el objetivo de asegurar la transparencia y el acceso público a la información.

La publicación del perfil de contratante se establece con carácter obligatorio para todos los órganos de contratación de las Entidades que formen parte del Sector público según la LCSP³⁸. La LCSP no exceptiona de esta obligación en función de la capacidad del sujeto o Administración lo que ha de suponer importantes problemas en determinadas Administraciones Locales que cuentan con insuficientes recursos económicos (o personales). Y, de la dicción de la Ley, se deduce que la información sobre la actividad contractual ha de individualizarse, dentro de una Administración o Ente contratante, por cada uno de los órganos de contratación que prevean sus normas de organización³⁹. Dos cuestiones deben ser objeto de reflexión: el contenido y el efecto del perfil contratante. En relación a lo primero, la LCSP deja a criterio de los órganos o unidades de contratación la decisión de cuáles publicar, con la sola excepción de los anuncios de licitación, celebración de acuerdos marco, y las resoluciones de adjudicación, provisionales y definitivas, cuya publicación en el perfil de contratante resulta obligatoria⁴⁰. Esto significa que en el perfil del

³⁸ Vid. GIMENO FELIU, José María, "El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratos del sector público: luces y sombras", próxima publicación RAP 176, 2008.

³⁹ No obstante la reiteración con que la LCSP se refiere al perfil de contratante *de los órganos de contratación*, lo cierto es que parece esconderse tras ello una antinomia, ya que el contratante cuyo perfil de compra debe publicarse no es en realidad el del órgano de contratación, que no tiene personalidad jurídica (necesaria para la celebración de un contrato), sino el de la Administración o Ente en el que se integra y por cuenta de quien actúa dicho órgano.

⁴⁰ No obstante, para la licitación de contratos por procedimiento negociado con publicidad por razón de la cuantía (contratos de obras cuando su valor estimado

contratante pueden incluirse cualesquiera datos o informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación, tales como los anuncios de información previa, las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas, las contrataciones programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados, y cualquier otra información útil de tipo general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación⁴¹.

Por lo que se refiere a la cuestión de los efectos, la publicación en el perfil de contratante de la documentación necesaria para la licitación (pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas) tiene como efecto la posibilidad, cuando los que se liciten tengan la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada, de reducir en cinco días los plazos de presentación de ofertas, cuando se utilice un procedimiento abierto o un procedimiento restringido. Asimismo, y en relación con los anuncios de información previa, la inserción de los mismos en el perfil de contratante hace innecesaria su publicación en el DOUE, BOE o Boletines Autonómicos produciendo los mismos efectos en la reducción de los plazos

sea superior a 200.000 e inferior a 1.000.000 de euros, contratos de gestión de servicio público, cuando su plazo de duración sea inferior a cinco años y su presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea superior a los 60.000 e inferior a 500.000 euros, o contratos de suministro, servicios, u otros cuyo valor estimado sea superior a 60.000 e inferior a 100.000 euros), la inclusión de tales anuncios de licitación en el perfil del contratante puede producir efectos liberatorios respecto de la publicación de los anuncios en Boletín Oficial correspondiente.

⁴¹ Una precisión: el perfil contratante no es configurado en la LCSP como la única herramienta de publicidad de dicha información. Por tanto, la difusión que proporciona el perfil de contratante ha de entenderse sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad (por ejemplo, prensa), especialmente en aquellos casos en que así lo exija una norma con rango legal.

de tramitación de los procedimientos⁴². Un hecho relevante es el que deriva del artículo 37.6 LCSP - dato debe ser resaltado-, al afirmar que en las adjudicaciones provisionales para los contratos armonizados el *dies ad quo* no es la notificación – como parece deducirse del artículo 135 LCSP- sino que se inicia desde que se publica o anuncia en el perfil contratante (lo que, dada la brevedad del plazo -diez días- puede producirse indefensión en el licitador).

Puesto que la información relativa a los procedimientos de adjudicación –provisional o definitiva- publicada en el perfil de contratante derivan efectos jurídicos (por ejemplo, para el cómputo del plazo para presentar el recurso especial), resulta imprescindible instaurar el mecanismo necesario para acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el perfil. Debe existir un sistema de *time-stamping* que garantice la fehaciencia de la documentación y fechas (no bastaría la mera trazabilidad aunque debe quizá comenzarse con un sistema de esas características).

Igualmente un portal de estas características debe servir para consultar expedientes adjudicados; expedientes subvencionados por los fondos comunitarios así como el estado de tramitación de los expedientes en fase de licitación con expresión de todos sus datos, fechas y lo que es más importante toda la documentación necesaria para licitar a ellos⁴³. En

⁴² En el caso de que la publicación vaya a efectuarse en el perfil de contratante del órgano de contratación, éste deberá comunicarlo previamente a la Comisión Europea y al «Boletín Oficial del Estado» por medios electrónicos, con arreglo al formato y a las modalidades de transmisión que se establezcan. Cuando se publique el anuncio previo, se indicará la fecha en que se haya enviado esta comunicación.

⁴³ Sirva de ejemplo el que suministra la normativa de la Comunidad de

este sentido, el art. 309 LCSP, prevé la creación de una Plataforma de contratación del Estado (dependiente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa) para dar publicidad a través de internet a las convocatorias de licitaciones y a sus resultados. La plataforma de contratación del estado se interconectará con los servicios de información similares que articulen las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en la forma que se determine en los convenios que se concluyen al efecto.

b) Publicidad y transparencia mediante medios electrónicos, lo

Madrid. En su Decreto 73/2000, de 27 de abril, de información, agilización de procedimientos administrativos y aplicación de nuevas tecnologías en la Administración de la Comunidad de Madrid, se previó que los pliegos de condiciones de los contratos que se anuncien a licitación en el BOCM se deben publicar en el sitio web de la Comunidad de Madrid en internet; como señala la Orden de 8 de septiembre de 2000, por el que se establece el procedimiento al efecto, "la inclusión de los pliegos de condiciones en Internet ofrece la posibilidad de que los licitadores puedan obtener la información completa sobre las convocatorias, conocer las condiciones de los contratos y preparar sus proposiciones sin necesidad de acudir físicamente a otra dirección para obtener los pliegos, y obedece al propósito de contribuir a incrementar la concurrencia, aumentar la transparencia y simplificar los procedimientos de contratación". Aunque el capítulo primero de aquél Decreto, referido al sistema de información al ciudadano, fue derogado por el Decreto 21/2002, de 24 de enero, por el que se regula la atención al ciudadano en la Comunidad de Madrid, la referencia sigue siendo válida, ya que esta nueva norma regula de forma global la información en páginas web de la Comunidad (arts. 12 y 13). Por otro lado, los dos Decretos citados contemplan, ya de forma expresa, la posibilidad de presentar solicitudes, escritos y comunicaciones tanto en soporte papel como por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias aplicables (art. 18 del Decreto 21/2002); en los términos del art. 14.1 del Decreto 73/2000, la Comunidad "adoptará las medidas necesarias al objeto de que todos sus procedimientos administrativos susceptibles de iniciarse a instancia de parte se puedan tramitar por vía telemática", añadiendo el apartado 2 que "la regulación de los nuevos procedimientos administrativos incluirá los elementos necesarios para su tramitación telemática, preverá la utilización de la firma electrónica así como las condiciones adicionales que se considere necesario que deban aportarse por la especialidad del procedimiento o, en su caso, la justificación por la que no pueda realizarse dicha tramitación telemática".

que permite recortar los plazos.

c) *Sistema de Presentación Electrónica de Documentos* mediante el que se comunicarán y transmitirán documentos los poderes adjudicadores y los licitadores. Un ejemplo avanzado de esta posibilidad, entre otros, es el proyecto del País Vasco o el inicial proyecto estatal SILICE (Sistema de Información para la Licitación y Contratación Electrónica. Guías Técnicas Aplicables a la Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos), transformado en el aplicativo PLYCA implantado por el Gobierno de Canarias, que vienen a demostrar que puede considerarse cumplido el objetivo inicial de *Mejorar la eficiencia en la licitación y contratación en las Administraciones Públicas a través del uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos*⁴⁴. La intercomunicación por medios electrónicos debe garantizar no sólo los extremos relativos al contenido íntegro de los actos sino también los que hacen referencia a su autoría, competencia del órgano y a su fecha de emisión, lo cual es especialmente relevante en relación con trámites como las certificaciones de existencia de crédito o los informes preceptivos de los órganos que tienen encomendada la fiscalización económica de los actos o el asesoramiento jurídico⁴⁵. Aquí debe tenerse muy en cuenta lo dispuesto por la Ley Ley 11/2007 de 2 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que exime de presentar documentos que ya tienen las Administraciones Públicas y que da plena validez al envío de documentos escaneados acompañados con la firma digital del interesado.

⁴⁵ J. DOMINGUEZ-MACAYA, "La iecontratación...", ob. Cit., , pp. 52-54.

B)LOS PROCEDIMIENTOS ELECTRONICOS DE CONTRATACION

Los procedimientos electrónicos de contratación pública son objeto de regulación en la LCSP de forma no conjunta optándose por una trasposición casi literal de la Directiva 2004/18⁴⁶. Se recogen las dos modalidades: sistema dinámico de adquisición de compras y subasta electrónica⁴⁷. En ambos casos se trata de procedimientos de carácter potestativo que los Estados han podido introducir libremente y en los que deberá garantizarse la “seguridad“ del procedimiento y que con electrónicos⁴⁸. Y parece lógico que todo el procedimiento sea electrónico, tal y como propone MESTRE DELGADO ya que, en palabras suyas “la propuesta según la cual podría compatibilizarse durante algún tiempo la realización de las actuaciones en el procedimiento de contratación en medios electrónicos y en formas tradicionales no es ni exigible jurídicamente ni útil, en la medida en que vaciaría de contenido, literalmente, el mecanismo de contratación electrónico”⁴⁹. Por otra parte, la intercomunicación por medios electrónicos debe garantizar no sólo los

⁴⁶ Vid. GALLEGO CORCOLES, “La contratación...”, ob. Cit., p. 230.

⁴⁷ Sobre el contenido de estos dos procedimientos pueden consultarse los trabajos de S. ARROWSMITH “An assesment...” ob. Cit., pp. 1298-1303 y “Electronic reverse auctions Under the new EC procurement directives”, Public Procurement Law Review núm. 4, 2005, pp.203-206

⁴⁸ Como sugiere HERNANDEZ E., y en función de los requerimientos de cada Administración, puede optarse por un sistema de caja fuerte electrónica, , uno de seguridad delegada o bien por una solución mixta. “Simplificando trámites: la licitación pública por medios electrónicos”, Bole.tic. num. 28,2003,p. 52.

⁴⁹ MESTRE DELGADO, “ La subasta electrónica...”, ob. Cit., p.24. La regulación más detallada de los S.D.A. aparece en los artículos 33 y 15 de la Directiva 2004/18/CE y 2004/17/CE respectivamente

extremos relativos al contenido íntegro de los actos sino también los que hacen referencia a su autoría, competencia del órgano y a su fecha de emisión, lo cual es especialmente relevante en relación con trámites como las certificaciones de existencia de crédito o los informes preceptivos de los órganos que tienen encomendada la fiscalización económica de los actos o el asesoramiento jurídico⁵⁰.

Sucintamente, las principales características de estos procedimientos serían las siguientes⁵¹:

1) SISTEMA DINÁMICO DE ADQUISICIÓN DE COMPRAS:

De acuerdo con el artículo 1.6 de la Directiva, un “sistema dinámico de adquisición” es 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 (la duración del sistema, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a 4 años) y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de

⁵⁰ J. DOMINGUEZ-MACAYA, “La iecontratación...”, ob. Cit., , pp. 52-54.

⁵¹ Sobre la regulación realizada al efecto por la Ley Navarra de Contratos Público de 2006 me remito al estudio de VIGURIA ALEGRÍA, J.N.: “Los sistemas de mejora para la gestión de la contratación”, en ALLI ARANGUREN J.C.: *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006, págs. 351-360.

selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones⁵². Por su parte, el artículo 33 desarrolla este proceso⁵³.

Regulada en los artículos 183 a 186 de la LCSP, es una modalidad contractual que puede ser utilizada por cualquier órgano de contratación del sector público (art. 183.1 LCSP). El sistema dinámico de contratación (a partir de ahora le denominaremos sistema dinámico, por abreviar su denominación) es un procedimiento abierto de selección de empresarios con notas parecidas al acuerdo marco en el sentido que constituye un primer vínculo jurídico con una pluralidad de empresarios proveedores con los que se compromete una primera oferta indicativa pero que requiere de una nueva licitación para concretar la última oferta en el momento de conocerse la necesidad administrativa. Como los acuerdos marcos, su duración máxima es de cuatro años y también como los acuerdos marco se contempla la posibilidad extraordinaria y debidamente justificada

⁵² El considerando 12 de la referida Directiva manifiesta hablando de las nuevas técnicas electrónicas de compra que...*la presentación de una oferta por un licitador, en particular en caso de una nueva licitación para la aplicación de un acuerdo marco o para poner en práctica un sistema dinámico de adquisición, podrá adoptar la forma del catálogo electrónico de dicho licitador...*El considerando 13 de la directiva 2004/18 explicita la voluntad comunitaria en cuanto a los sistemas dinámicos y se dice que...*Esta técnica de adquisición permitirá, mediante la creación de una lista de licitadores ya aceptados y la posibilidad ofrecida a nuevos licitadores de integrarse en ella, que los poderes adjudicadores dispongan de una gama especialmente amplia de ofertas -gracias a los medios electrónicos utilizados-, garantizando así una utilización óptima de los fondos públicos mediante una amplia competencia.*

⁵³ Obviamente este procedimiento no puede tener alcance general y, obviamente, quedan excluidas por esencia ciertas prestaciones en las que la prestación intelectual es elemento esencial (lo que puede suceder en determinados contratos de obras y de servicios". En este sentido llama la atención igualmente L. BODIN, "Les enchères électroniques selon la directive du 31 mars 2004", AJDA núm. 43,2004, pp. 2370-2371.

de una duración superior (art 183.2 LCSP). Por otra parte, este procedimiento presenta la particularidad de que no puede cargarse ningún gasto a los operadores económicos interesados o a las partes del contrato.

Obviamente, una de las principales características de este sistema es que sólo puede desarrollarse a través de medios electrónicos, no cabe la utilización del método tradicional de expedientes y documentos en formato papel (así se expresa el artículo 184.3 LCSP)⁵⁴.

El ingreso de los empresarios en el sistema, a diferencia por ejemplo del acuerdo marco que es más estático, es muy flexible y absolutamente novedoso en cuanto a la mecánica clásica de selección de empresarios en cualquier otro sistema o procedimiento de contratación de los regulados hasta el momento. Debe destacarse en este sentido, como bien advierte F. BLANCO GONZALEZ la originalidad de su diseño que promete ofrecer experiencias en la contratación pública europea que, quizás, en un futuro abran nuevos modelos de contratación. No debe descartarse que la semilla que ofrece el sistema dinámico prospere en un futuro en abrir nuevas vías y procedimientos de conexión con el mercado provisor.

Esta flexibilidad se concreta en el hecho de que no hay plazo para la presentación de proposiciones: en cualquier momento de la duración del sistema podrá un empresario solicitar su ingreso y no hay límite máximo en el número de empresarios que pueden formar parte del sistema, siendo la única condición excluyente el hecho que el empresario que solicita el ingreso no supere los criterios selectivos de entrada. Durante toda la

⁵⁴ Para ello deberán tenerse en cuenta los apartados 2 a 5 del artículo 42 de la Directiva 2004/18, y del art. 48 de la Directiva 2004/17/CE.

duración del sistema dinámico de adquisición, cualquier operador económico podrá presentar una oferta indicativa, cuya conformidad con el pliego de condiciones será evaluada en el plazo de 15 días a partir de la presentación de la misma, transcurridos los cuales, será informado de su inclusión en el sistema dinámico de adquisición o del rechazo de su oferta indicativa⁵⁵. Cada contrato específico será objeto de una licitación. Antes de licitarse cada contrato singular, los poderes adjudicadores publicarán un anuncio de licitación simplificado invitando a todos los operadores económicos interesados a presentar una oferta indicativa, en un plazo que no podrá ser inferior a 15 días a partir de la fecha de envío del anuncio simplificado.

Solamente después de evaluar la conformidad de las ofertas indicativas presentadas con el pliego de condiciones podrán los poderes adjudicadores convocar una nueva licitación

En un principio, el sistema dinámico puede aplicarse en los contratos de obras, servicios y suministros. Se precisa más en el art. 183.1 LCSP en cuanto a los contratos de suministros y se añade que sean "de uso corriente", cuyas características han de estar generalmente disponibles en el mercado. Ciertamente, y a priori, esta opción parece correcta pero surgen dudas a cerca de cómo en la práctica será posible decidir cuando un contrato de obras puede ser definido como obra pública corriente⁵⁶. Es más, este procedimiento tiene un encaje natural en los contratos de suministros de

⁵⁵ Los poderes adjudicadores podrán prolongar el periodo de evaluación siempre que entretanto no se convoque una nueva licitación.

⁵⁶ Así lo advierte, con razón, el Consejo de Estado en su *Dictamen 514/2006 de 25 de mayo de 2006, al examinar el Proyecto LCSP*

bienes de uso corriente cuyas prescripciones técnicas se establecidas por el mercado y por tanto no tengan elementos a medida según necesidades del órgano de contratación o elementos de fabricación⁵⁷. En definitiva, no se alcanza a ver la operatividad en contratos de obras y quizás puede tener encaje en algunos contratos de servicios.

El procedimiento descansa sobre la mecánica de oferta y reoferta⁵⁸. Así como en el contrato público "ordinario", cuando el contratista desea incorporar un nuevo modelo del artículo o bien mueble, quizás también de servicio cuando tiene componentes de variabilidad (podría ser un producto de limpieza, o una tecnología en un servicio de mantenimiento), debe argumentar y demostrar que ese cambio obedece a auténticas razones de obsolescencia tecnológica del modelo que había sido objeto de contratación, y por tanto demostrar que el nuevo producto sustituye al que deja de fabricarse, con reflexiones complementarias a las eventuales diferencias de precio y prestaciones de un modelo a otro...en el sistema dinámico el empresario que ha ingresado en el sistema puede en cualquier momento de la vida del sistema dinámico volver a ofrecer una nueva oferta indicativa, que abrirá otro nuevo proceso de valoración (artº 185.4 LCSP).

⁵⁷ Como dato a tener en cuenta, el artículo 78 del decreto nº 2006-975, de 1 de agosto de 2006, que aprueba el Código francés de Contratos públicos, al regular el sistema dinámico de adquisición lo contemple exclusivamente para los contratos de suministros corrientes (no lo prevé en los contratos de obras ni en los contratos de servicios).

⁵⁸ Nos encontramos ante un sistema que abre y cierra el ingreso en el mismo cada vez que se pretende realizar un contrato derivado, contrato que por otra parte debe someterse a licitación incluso con publicidad si el importe corresponde con el contrato armonizado.

De acuerdo con la regulación de la LCSP, cada compra singular derivada de un sistema dinámico de compra será objeto de un contrato sometido a una licitación específica, Por otro lado, al ser obligatorio que el sistema sea enteramente electrónico, se deberá desarrollar el sistema informático que lo soporte, tanto en el proceso de implantación como en el de adjudicación de contratos derivados, presentación de facturas, etc.

Los contratos en un sistema dinámico de adquisición de compras se ajustarán a las siguientes reglas de tramitación:

a) Publicación de un anuncio de licitación simplificado en el «Diario Oficial de la Unión Europea» y en el Portal de Contratación correspondiente al sujeto contratante en el que se invite a todas las empresas interesadas a presentar una oferta indicativa en un plazo que no podrá ser inferior a quince días a partir de la fecha de envío del anuncio simplificado.

b) Invitación a todas las empresas admitidas en el Sistema a presentar una oferta, señalando un plazo suficiente para su remisión.

c) El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de adjudicación detallados en el anuncio de licitación publicado para la implantación del sistema dinámico, con las precisiones señaladas en la invitación, si fuese necesario.

d) No podrá convocarse una nueva licitación en el seno del sistema dinámico de compra mientras no haya concluido la licitación precedente.

Se invitará, a través del DOUE, dice la norma, a todas las empresas interesadas, es decir, integradas o no en el sistema, a presentar una

oferta indicativa en un plazo que no podrá ser inferior a quince días, por lo que se puede entender que dicha oferta será relativa al contrato que se licita y, a la vez, una solicitud de integración en el sistema dinámico. Abona esta interpretación el que a los empresarios ya integrados se les debe invitar a presentar oferta, y no se dice “indicativa”, en un plazo “suficiente” para su remisión, que puede ser inferior a los quince días que se señalan para los empresarios “ajenos” al sistema. Es evidente que lo que la norma persigue es aprovechar la licitación para dar nuevamente a conocer públicamente el sistema e incorporar más empresas al mismo, para lo que se les requiere una oferta “indicativa” como la que ya presentaron los empresarios integrados.

Los criterios de adjudicación de los contratos derivados (pese a ser descritos en el anuncio de licitación el sistema) pueden ser precisados en la invitación que se haga para la contratación derivada. Por precisión debe entenderse no reiteración sino eventual concreción y, por tanto, incorporación de aspectos concretos vinculados al contrato derivado concreto si bien, lógicamente, sin introducir elementos de ponderación esencialmente diferentes a los ya anunciados al abrir el sistema dinámico.

La adjudicación del contrato derivado se anunciará en el Portal de Contratación y en el DOUE, en su caso, en el plazo de 48 días desde la fecha de adjudicación. Esta publicidad individual de cada contrato podrá sustituirse agrupando en un anuncio los contratos adjudicados trimestralmente, debiéndose publicar el anuncio en el plazo de 48 días desde la finalización del trimestre. Por el contrario, quedan exceptuados de la obligación de publicidad de la adjudicación los contratos de importe inferior al umbral comunitario, siempre que se haya publicado un anuncio informando de los contratistas seleccionados.

En todo caso, a la hora de decidir su implantación, los distintos poderes adjudicadores deben tener en cuenta los principios recogidos en el artículo 1 LCSP, de tal manera que su extensión y alcance debe tener muy en cuenta criterios de oportunidad, de eficiencia y de proporcionalidad. El debate siempre habrá que enmarcarlo en el contexto de la prevención que tanto la Directiva 2004/18 como la LCSP, al recepcionarla, plantean, en cuanto a que la utilización de los sistemas dinámicos y los acuerdos marcos debe hacerse con prudencia sin que se pueda obstaculizar la competencia, en definitiva, el principio de concurrencia empresarial. Una excesiva utilización de esta modalidad contractual afectaría el principio de concurrencia empresarial. Procede imponer límites que se concretan en el interés objetivo y justificado del órgano contratante en generar una gran competencia en el mercado provisor y generar muchas ofertas ante las necesidades a satisfacer, que resulta compatible con un dinamismo del mercado en esas prestaciones concretas relativas a notas de fabricación, de innovación, de características técnicas, de precios o de catálogos de artículos.

B) SUBASTA ELECTRÓNICA.

En lo que a la “subasta electrónica” se refiere, el artículo 1.7 de la Directiva 2004/18 la define como un proceso reiterado 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

permite proceder a su “clasificación” mediante un tratamiento automático⁵⁹. Para evitar equívocos con las denominaciones internas actuales, hay que precisar aquí que, como se acaba de indicar, la subasta electrónica se puede basar o bien únicamente en los precios, cuando el contrato se adjudique al precio más bajo (lo que equivaldría a nuestra actual subasta) o bien en los precios y/o en los valores de los elementos de las ofertas indicados en el pliego de condiciones, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa (lo que equivaldría a nuestro actual concurso). Se trata, por tanto, de una modalidad procedimental que facilita la rapidez en la adjudicación y formalización en los contratos así como la máxima objetividad al no existir parámetros de discrecionalidad⁶⁰.

La regulación detallada de la citada subasta electrónica se prevé en el artículo 54 de la Directiva. En cuanto al ámbito objetivo propio de las subastas electrónicas, se prevé la posibilidad de su utilización, en los procedimientos abiertos, restringidos, o negociados con publicidad, caso de que se hayan presentado ofertas irregulares o inaceptables, cuando las especificaciones de dicho contrato puedan establecerse de manera precisa. Del mismo modo, también cabe su utilización para las adjudicaciones producidas en el seno de un sistema dinámico de adquisición, o de un

⁵⁹ Vid. GALLEGO CORCOLES, “La contratación...”, ob. Cit., pp. 255-265. Vid también . S. ARROWSMITH, “Electronic reverseauctions Under the new EC procurement directives”, Public Procurement Law Review 4, 2005, pp. 203-226.

⁶⁰ En este sentido PUNZON MORALEDA y SANCHEZ RODRIGUEZ, “El uso...”, ob. Cit., p. 70.

acuerdo marco, en éste último caso, cuando no todos los términos de la adjudicación estén establecidos en el acuerdo marco⁶¹.

La trasposición de esta previsión de la Directiva, de carácter potestativo para los Estados, se hace al ordenamiento español mediante el artículo 132 LCSP, que la define como un proceso iterativo que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto⁶². Utilización condicionada a que así figure de forma expresa ya en el anuncio de licitación (art 132.4 LCSP)⁶³. La subasta electrónica que el legislador

⁶¹ En este caso, se tendrá también en cuenta el sistema de adjudicación previsto para los acuerdos marco recogido en el segundo guión del párrafo segundo del apartado 4 del artículo 32. La Directiva 2004/17 permite la utilización de las subastas electrónicas en los procedimientos abiertos, restringidos, negociados sin publicidad y sistemas dinámicos de adquisición, omitiendo pronunciarse sobre tal posibilidad respecto de los procedimientos negociados con publicidad y en los acuerdos marco

⁶² Vid. GALLEGO CORCOLES, "La contratación...", ob. Cit., p. 230. La LCSP, como decíamos, ha recepcionado la figura recogida en el art. 54 de la directiva si bien la regula de una forma algo asistemática toda vez que lo hace en el apartado de "licitación" de los contratos, cuando debiera haberlo hecho, en todo caso, en el de selección del adjudicatario o en el de adjudicación de los contratos. Todo el libro III de la LCSP "Selección del contratista y adjudicación de los contratos" adolece de una sistemática y ordenación material interna muy defectuosa de forma que regulaciones trascendentales como los diferentes procedimientos de adjudicación se regulan en secciones que derivan de un capítulo I destinado a la adjudicación de los contratos de las *Administraciones públicas*, cuando hubieran debido tener el rango de Capítulos y uno de ellos destinarse a la subasta electrónica.

⁶³ Insistir en una precisión que debe efectuarse de carácter terminológico. La utilización de la palabra subasta no debe propiciar ninguna confusión (la Ley Foral de Contratos Públicos de 2006 habla por ello de puja electrónica). Nada tiene que ver con nuestro antiguo término subasta utilizado hasta la LCSP en la regulación de la contratación administrativa y que siempre se ha referido a la adjudicación de los contratos según la oferta de precio más baja efectuada en la licitación sin que sea temeraria.

comunitario ha reconocido en la directiva y el legislador español ha recepcionado se considera un procedimiento que se constituye como una fase posterior de un procedimiento principal de adjudicación contractual. En ese sentido, la celebración de una subasta electrónica requiere que previamente se haya celebrado una primera evaluación completa de las ofertas de los licitadores (art. 132.1 LCSP).

Ese procedimiento principal puede haber sido un procedimiento abierto, restringido o negociado (éste último sólo en el supuesto derivado de que la proposición u oferta económica sea irregular o inaceptable en procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo: art. 154.a) LCSP). Aunque el artículo 154 no lo menciona, las respectivas regulaciones en la LCSP del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición, prevén (como lo hace la directiva si bien de forma más clara en el art 54.2)) que la subasta electrónica puede ser también una fase posterior a la celebración de dichos procedimientos de selección de proveedores.

Obviamente, por su propia naturaleza, quedan descartadas de esta modalidad procedimental las prestaciones de carácter intelectual como objeto de una subasta electrónica⁶⁴. El anuncio de licitación del contrato debe mencionar expresamente que se va a utilizar la subasta electrónica como procedimiento de licitación. En cuanto al pliego de condiciones, éste incluirá, entre otras, la siguiente información:

⁶⁴ Vid. T. MEDINA, "La contratación pública electrónica: balance actual de su regulación en Europa", en libro col. Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los poderes públicos, Civitas, Madrid, 2006, p. 543.

a) los elementos a cuyos valores se refiere la subasta electrónica, siempre que sean cuantificables y puedan ser expresados en cifras o porcentajes;

b) en su caso, los límites de los valores que podrán presentarse, tal como resultan 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, en su caso, dispondrán de dicha información;

d) la información pertinente sobre el desarrollo de la subasta electrónica;

e) las condiciones en las que los licitadores podrán pujar, y en particular las diferencias mínimas que se exigirán, en su caso, para pujar;

f) la información pertinente sobre el dispositivo electrónico utilizado y sobre las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.

En todo caso, a la hora de preparar o diseñar una subasta electrónica debe tenerse en cuenta los siguientes hitos: a) la elección del procedimiento y su justificación, b) la elaboración del anuncio del contrato y del pliego de condiciones de ejecución del mismo, c) el comienzo del procedimiento de subasta y las distintas fases de las mismas en las que se debe prever la posibilidad de que los contratistas modifiquen y mejoren sus ofertas (puede optarse por tiempo o “vueltas” pareciendo esta última la

mejor opción)⁶⁵, y d) cierre de presentación de ofertas y finalización del procedimiento con propuesta de adjudicación⁶⁶.

El requisito general que se establece en ese precepto legal y apartado, es que las prescripciones de la prestación deben poderse fijar de manera precisa. Si bien la subasta electrónica puede conocer y valorar automáticamente, mediante un programa informático, otras variables no estrictamente referidas al precio, es evidente que el sistema electrónico de adjudicación tiene unas limitaciones. Antes de la celebración de la subasta electrónica, todos aquellos elementos valorativos de las proposiciones que no sean susceptibles de parametrizarse informáticamente, deben haberse ya aplicado, de forma que la puntuación obtenida pueda ser transportada a la subasta electrónica. Cuando la norma previene sobre la necesidad que las especificaciones del contrato puedan establecerse de manera precisa abunda en la idea que cuando el objeto tiene una prescripción técnica muy abierta y se abre a la mejor definición del mercado, mediante mejoras o variantes, ese escenario es incompatible o de difícil combinación con la realización de una subasta electrónica final. El mejor escenario de la subasta electrónica, las

⁶⁵ Si la subasta electrónica se organiza en varias fases, a lo largo de cada una los poderes adjudicadores comunicarán a todos los licitadores de forma continua e instantánea como mínimo la información que les permita conocer en todo momento su respectiva clasificación. Podrán comunicar también otros datos relativos a otros precios o valores presentados, siempre que ello esté contemplado en el pliego de condiciones. Podrán asimismo anunciar en todo momento el número de participantes en la fase en que se halle la subasta. No obstante, en ningún caso podrán divulgar la identidad de los licitadores durante el desarrollo de la subasta electrónica.

⁶⁶ Insiste en esta necesidad L. BODIN, " Les enchères...", ob. Cit., pp. 2372-2375.

condiciones naturales para su celebración, es la adjudicación de contratos cuyo objeto sea perfectamente reconocible por los empresarios que participan de forma que sus ofertas puedan circunscribirse claramente a un artículo, un servicio o una obra claramente identificados. Se produce así una competencia electrónica de ofertas y reofertas homogénea (que podrán referirse al precio y/o a otras variables) con un referente de objeto contractual idéntico para los licitadores, más allá de las opciones de mercado que cada licitador opte, en cuanto a tecnología, programa de trabajo, marca de fábrica y modelo concreto, etc. En este caso –que podríamos denominar “concursos electrónicos”- la invitación a realizar nuevas ofertas irá acompañada del resultado de la evaluación completa de la oferta del licitador de que se trate, efectuada con arreglo a la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa. La invitación indicará asimismo la fórmula matemática en virtud de la cual se establecerán durante la subasta electrónica las reclasificaciones automáticas en función de los nuevos precios y/o de los nuevos valores presentados⁶⁷.

Como bien ha destacado F. BLANCO GONZALEZ, la subasta electrónica se considera un procedimiento secundario pero también final de la mecánica de adjudicación contractual. Podría en términos hipotéticos diseñarse un procedimiento de adjudicación contractual en el que con posterioridad a su celebración se continuara el proceso con una nueva negociación. La subasta cierra el proceso valorativo de ofertas –atendiendo aun único criterio precio o a varios además de éste- y con posterioridad a

⁶⁷ En caso de que se autoricen variantes, deberán proporcionarse asimismo fórmulas distintas para cada variante (art. 54. 5, párrafo 3º).

su celebración debe adjudicarse el contrato. Este es el significado de la previsión legal del apartado 11 del artículo 132 LCSP.

En lo relativo al desarrollo de este procedimiento, sucintamente, puede indicarse que éste se inicia con una invitación electrónica a los licitadores (el apartado 5 del art. 132 LCSP precisa que, efectuada una primera evaluación completa de las ofertas, el órgano de contratación invitará simultáneamente *por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, a todos los licitadores...*) La invitación a los licitadores debe especificar la fecha y hora de su realización y los requisitos para la conexión al dispositivo electrónico. Además de insertar en el anuncio de la licitación principal la intención de realización de la subasta electrónica, el art. 132.4 LCSP establece las previsiones reguladoras de la subasta electrónica que deben especificarse en los pliegos de la licitación principal (atendiendo a los principios del artículo 1 LCSP). Así debe incluirse en el pliego de cláusulas administrativas de la licitación principal los elementos objeto de reoferta (precio, plazo de entrega, por poner unos ejemplos); los valores que podrán ofertarse y sus límites; el mecanismo de funcionamiento de la subasta: a qué información podrán acceder los licitadores durante la celebración de la subasta electrónica, condiciones para pujar, mejoras mínimas, características del dispositivo electrónico.

El 132.9 LCSP establece el desarrollo de la subasta electrónica, donde se contempla la posibilidad de que la subasta se desarrolle en fases sucesivas, y se requiere que en cualquier circunstancia el licitador pueda saber automáticamente la posición que ocupa. Es opcional que el mecanismo electrónico le informe de los valores presentados por otros licitadores (debe haberse contemplado en el pliego). Se comunicará el

número de licitadores participantes si bien siempre se asegurará el anonimato de todos ellos.

Deben transcurrir al menos dos días hábiles desde el momento de la invitación al día y hora de realización de la subasta electrónica para que se puedan formular ofertas. Éste es el plazo -que establece la directiva en su artículo 54.4 segundo párrafo- se nos antoja que es excesivamente breve por lo que en la práctica debería pensarse en uno distinto -quizá no menos de cinco días- con el fin de que las empresas en preparar sus escenarios de reoferta.

Las ofertas de los licitadores deberán expresarse en cifras o porcentajes, se refieran al precio o a otros valores de la oferta (art. 132.2 LCSP). Esta posibilidad de dosimetría de los valores objeto de reoferta en la subasta es justamente el único límite o condicionamiento: no podrán considerarse aquellos valores en el procedimiento electrónico más que los que se puedan expresar en cifras o porcentajes por lo que difícilmente pueden utilizarse en contratos con prestaciones intelectuales. Aspectos de valoración discrecional no se podrán, por su propia naturaleza, utilizar procedimiento electrónico por cuanto no se pueden parametrizar de manera objetiva⁶⁸. Así se desprende de la exigencia de evaluación automática de

⁶⁸ Para F. BLANCO GONZALEZ nada obsta que en una primera evaluación de ofertas se hallan ya considerado y ponderado elementos cualitativos otorgándose una puntuación a los licitadores, de forma que esa puntuación se traslade al proceso de subasta electrónica, aplicando un coeficiente corrector al valor precio ofertado o a otro que se considere que corresponde. A ello parece referirse la previsión legal contenida en el art. 132 LCSP, apartado 6, párrafo final, cuando se establece que en el momento de la invitación a la subasta electrónica hay que comunicar a los licitadores el resultado de la primera evaluación de las ofertas. Esta posibilidad no es muy clara pues también puede entenderse que la previsión de la LCSP se refiere a ofertas admitidas o excluidas. Sin duda en este punto el futuro Reglamento de desarrollo debe aclarar este aspecto.

oferta a que se refiere el art. 132.1 LCSP. Y entiendo que resulta compatible indicar que puntuaciones inferiores a cierto umbral pueden significar la exclusión de la oferta, al resultar de aplicación las reglas de la oferta anormalmente baja que regula con carácter general la LCSP en su artículo 136.

El apartado 10 del artículo 132 LCSP fija los criterios de finalización de la subasta electrónica que pueden ser: llegar a la fecha y hora (señaladas ya en la invitación a participar en la subasta electrónica) establecidos de cierre, de forma que la oferta económicamente más ventajosa en el momento de cierre es la ganadora; no formulación de una mejor oferta por ningún otro licitador (las condiciones de la subasta electrónica establecerán ya antes de celebrarse la misma el tiempo que debe aguantar una mejor oferta para ser declarada ganadora sin reoferta de ningún otro licitador participante); por finalización del número de fases preestablecidas. Una vez producido el cierre de la subasta electrónica, el contrato se adjudica en función del resultado de la valoración de las ofertas de conformidad con los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación.

Como conclusión a lo expuesto, puede afirmarse que las ventajas del correcto diseño de estos procedimientos son evidentes ya que se agiliza el procedimiento de adjudicación de los contratos, ayudando, por tanto, en el cumplimiento de los plazos legalmente establecidos; supone una minimización de errores en la mecanización de las ofertas recibidas al hacerse el vuelco de las mismas de forma automatizada; e implica una

disminución de las cargas del personal público⁶⁹. Finalmente, puede presumirse que generará un clima de confianza en los contratista en cuanto han de considerar al procedimiento como objetivo y neutral lo que posibilitará un efecto evidente: aumento de la concurrencia. Ya existen experiencias -como por ejemplo, además de als del Estado, las existentes en Cataluña, Canarias, o en la que trabaja el Gobierno del País Vasco, entre otras⁷⁰- que poco a poco han de permitir su progresiva implantación en el día a día de las distintas Administraciones públicas. En todo caso, como recuerda J. F. MESTRE DELGADO como paso previo a la implantación de las nuevas tecnologías en la contratación pública debe procederse a la identificación de los bienes, derechos e intereses dignos de protección jurídica, para determinar si éstos quedan o no protegidos, y en qué medida, con el empleo de dichas nuevas tecnologías⁷¹. Pero, sin duda, la adopción de medidas en contratación pública electrónica es una tarea inaplazable por razones de tipo legal, de tipo económico y de tipo estratégico⁷². Labor que exige prudencia y ritmos acompasados, donde la colaboración entre los distintos poderes adjudicadores debe ser clave de cara a encontrar soluciones o propuestas homogéneas que permitan alcanzar

⁶⁹ Vid. DOMINGUEZ-MACAYA, J., "La iecontratación, una nueva -y necesaria- forma de entender la contratación administrativa", *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 53, 2006, pp. 34-59.

⁷⁰ Sobre esta concreta experiencia del sistema de contratación electrónica del Gobierno vasco puede consultarse, por su interés, el documento de trabajo "Sistema econtratación" en la siguiente dirección electrónica: www.contratacion.info.

⁷¹ MESTRE DELGADO, J.F. "La subasta electrónica: Consideraciones sobre el empleo de medios telemáticos en la contratación pública", *Revista General de Derecho Administrativo* nº 2/2003, p. 4.

⁷² J. DOMINGUEZ-MACAYA, "La adopción por los poderes adjudicatarios de la contratación Pública: una tarea inaplazable", *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 41, 2005, pp. 37-41

satisfactoriamente el fin perseguido y que eviten cierta confusión en los contratistas, que podría acarrear una no deseada “fragmentación del mercado”⁷³.

Como puede observarse, el actual sistema de contratación pública puede ser analizado como un conjunto de procedimientos interrelacionados, que incluyen tanto los de tramitación del contrato propiamente dicho (preparación del contrato, licitación, adjudicación, formalización, etc.) como los de gestión del gasto asociado, los de clasificación y registro de empresas, los de información, publicidad y registro de licitadores y de adjudicaciones, y los derivados de la resolución de las distintas incidencias surgidas y recursos que se planteen. Todos estos procedimientos influyen directamente en la eficiencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su función de compradores de bienes y servicios. Pero es muy importante que todas las Administraciones públicas compartan experiencias en este ámbito a fin de ser verdaderamente eficaces y eficientes y evitar, vía sistemas informáticos, una fragmentación del mercado⁷⁴.

De todas maneras, parece evidente que es conveniente cierta prudencia, que se nos antoja más necesaria en el ámbito local. Deben incorporarse los medios electrónico en la medida que generan concurrencia,

⁷³ En consecuencia, parece lógico admitir cualquier tipo de formato que pueda ser abierto por la aplicación informática en cuestión (debe entenderse que, al menos, las aplicaciones informáticas que impliquen el intercambio de documentos admitirán los siguientes formatos: .doc, .xls, .pdf, .jpg, .rtf, .ppt, .txt, .csv, .wps, .zip). Y deberá tenerse muy en cuenta que este sistema debe ser atractivo para el mercado. Debe evitarse que al complejidad tecnológica disuada la efectiva competencia. J. DOMINGUEZ-MACAYA, “La iecontratación...”, ob. Cit., , pp. 48-49.

⁷⁴ J. DOMINGUEZ-MACAYA, “La iecontratación...”, ob. Cit., , p. 59.

pero al implantación de los procedimientos de contratación pública electrónica requieren una previa visualización de capacidades técnicas y de asimilación por el mercado ordinario que presta los servicios a estos poderes adjudicadores, a fin de evitar efectos perversos de una rápida implantación de estos procedimientos, cuyos costes económicos, por lo demás, sugieren su limitación a órganos especializados y con gran volumen de compras (o su implantación vía mecanismos de colaboración interadministrativa). Pero debe tenerse muy en cuenta –y no lo hace la LCSP- la complejidad de la estructura local en el Estado español tanto por tamaño como por condiciones económicas. Lo anteriormente concluido sobre la conveniencia de los procedimientos electrónicos debe ser objeto de matización cuando el sujeto contratante es una pequeña Administración Local que, en modo alguno, podrá incorporar a su quehacer administrativo los procedimientos electrónicos y donde la inmediata obligación de tener operativo un perfil contratante se presenta como auténtica lastra que sólo podrá ser “corregida” mediante las –cada vez más necesarias- técnicas de colaboración administrativa y donde el papel de las Diputaciones Provinciales (o, en su caso, comarcas) se nos antoja de gran importancia. Sería deseable, quizá como propuesta de *lege ferenda* que el legislador –cada uno en su ámbito competencial- reflexionase sobre la conveniencia de flexibilizar o adaptar a las especialidades referidas del mundo local la inmediata incorporación de las TICs en esta materia de los contratos públicos.