

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los Sistemas Dinámicos de Contratación

Fernando Manuel Santos Tauroni

Pedro Cañas Navarro (miembro de A.S.T.I.C.)

María Jesús Mezquita López

I Introducción

El objeto de esta comunicación es analizar la aplicación de la Ley 11/2007 a los procedimientos de contratación conocidos como Sistemas Dinámicos de Contratación (SDC), versión para la administración de los sistemas empleados desde hace algún tiempo por grandes empresas: Sistemas Dinámicos de Compras (DPS).

Podemos definir:

Un **Sistema Dinámico de Compra** (Dynamic Purchasing Systems) como un procedimiento totalmente electrónico para efectuar compras recurrentes. El Sistema Dinámico de Compra se establece siguiendo normas procedimentales abiertas. Cada operador participante es invitado automáticamente a presentar una oferta, pero, además, se permite la incorporación al sistema de otro operador que presente una oferta orientativa que cumpla los requisitos y que satisfaga los criterios de selección.

La **subasta electrónica** (*e-auction*) constituye un proceso repetitivo que presupone una aplicación electrónica para la presentación de precios nuevos, revisados a la baja, o nuevos valores relativos a algunos elementos de las ofertas, que surjan tras una plena valoración inicial de las mismas, permitiendo su clasificación según métodos automáticos de valoración.

Ambos procesos de contratación han sido introducidos en la administración de la Unión Europea y de los Estados que la componen por la Directiva 2004/18/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

El artículo 183 y siguientes del capítulo III del proyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público contiene un esquema de adaptación a la normativa española de este nuevo proceso de contratación

Teniendo en cuenta que la Ley 11/2007, en su artículo 3.5, considera como uno de sus objetivos:

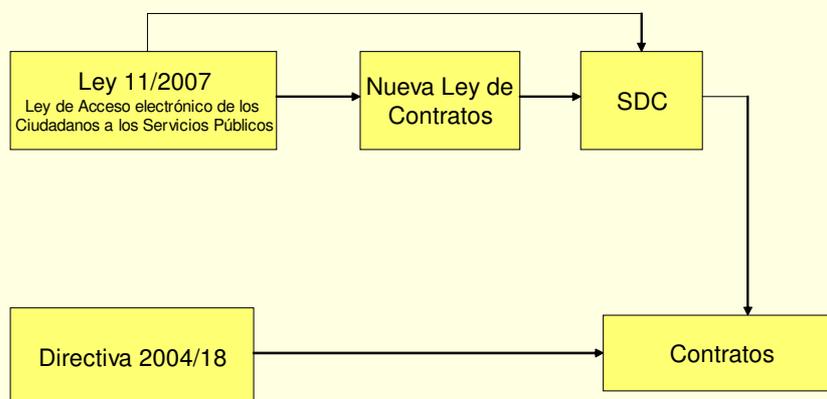
“Contribuir a la mejora del funcionamiento interno de las Administraciones Públicas, incrementando la eficacia y la eficiencia de las mismas mediante el uso de las tecnologías de la información, con las debidas garantías legales en la realización de sus funciones”.

Y siendo su ámbito de aplicación el establecido en su artículo 2.1:

“a) Las Administraciones Públicas, entendiéndose por tales la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, así como las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las mismas”

Se deduce que la influencia de la ley en este nuevo procedimiento de contratación será decisiva.

La Ley 11/2007 y el control de los Sistemas Dinámicos de Contratación



Asimismo no debemos olvidar que en la Comunicación que la Comisión realizó, el 25 de abril de 2006 al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Plan de acción sobre administración electrónica i2010: Acelerar la administración electrónica en Europa en beneficio de todos se recogían cinco grandes objetivos:

1. Ningún ciudadano debe quedarse atrás.
2. La eficiencia y la eficacia deben hacerse realidad.
3. Implantar servicios de gran repercusión.
4. Establecer las herramientas clave.
5. Fortalecer la participación y la adopción de decisiones democráticas.

De especial importancia para el tema de nuestra comunicación es el 4 objetivo Implantar servicios de gran repercusión.

Uno de estos servicios de gran impacto es el de contratación pública electrónica. En Europa los ingresos de la administración pública suponen aproximadamente un 45% del PIB, y las autoridades públicas compran alrededor del 20% del PIB. Se ha calculado que la contratación y facturación electrónica podrían generar un ahorro aproximado del 5% de los costes totales de contratación y una reducción de costes de transacción del 10% o más, lo que se traduciría en un ahorro anual de decenas de miles de millones de euros.

Los Estados miembros se han comprometido a poner a todas las administraciones públicas de Europa en condiciones de efectuar por vía electrónica el 100% de su contratación (cuando la legislación lo permita) y garantizar al menos el 50% de la contratación pública que supere el umbral comunitario se efectúe por vía electrónica para el 2010.

II Concepto de Sistema Dinámico de Contratación

Comenzaremos dando una definición más completa, de acuerdo con la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de lo que es un SDC y a continuación analizaremos los efectos que la Ley 11/2007 tiene en cada uno de los componentes de esta definición:

Un «sistema dinámico de contratación» 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 y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones.

Es decir:

a) Un SDC es un sistema de contratación

Al tratarse de un sistema de contratación, la Directiva emplea el término adquisición que, jurídicamente, no es equivalente a contratación, pero no parece ser este trabajo el lugar adecuado para entrar esta matización. Los SDC propios de las administraciones públicas, deberán adaptarse a lo establecido en las normas de contratación vigentes.

b) Enteramente electrónico

Sin pretender profundizar en el significado de esta característica de los SDC, lo que sí es cierto, es que esta propiedad incluye estos sistemas en el objeto de la Ley 11/2007 que en su artículo 1 establece:

“1. La presente Ley reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas con la finalidad de garantizar sus derechos, un tratamiento común ante ellas y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica.

2. Las Administraciones Públicas **utilizarán las tecnologías de la información de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley**, asegurando la disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad, la confidencialidad y la conservación de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias.

c) Para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador

Debe considerarse que el adjetivo corriente, aunque no se corresponde a frecuente, en este caso tiene un valor más o menos análogo. En general se podrá aplicar este procedimiento a obras, servicios habituales y suministros de uso corriente.

Obsérvese que en esta definición, específica para la Administración, no se hace referencia a comprador, sino a poder adjudicador. Este matiz es importante pues supone el establecimiento, por la normativa europea, de una matización importante entre los SDC y los DPS, esta matización se mantendrá, al ser de origen comunitario, en aquellos Estados que no tengan una tradición administrativista con una relevancia especial.

d) Limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones.

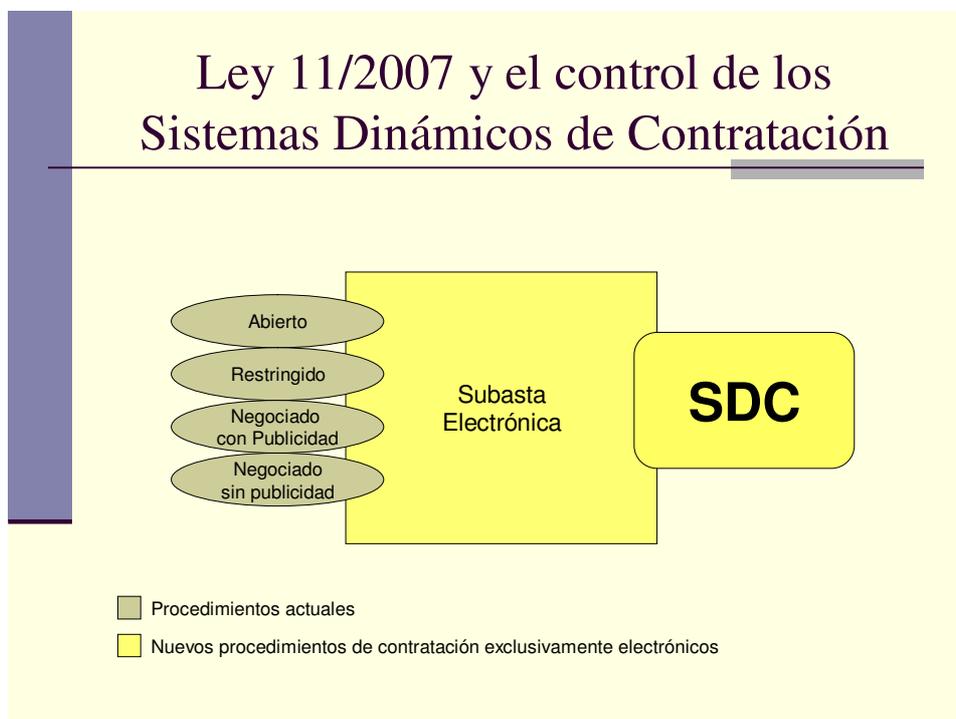
No tiene mucho sentido el mantenimiento de una oferta indefinida, por lo que es razonable su limitación en el tiempo, tampoco es razonable una oferta de muy corta duración, por ello es razonable la existencia de un plazo de cuatro años o similar,

Podrá formarse una base de datos con los operadores económicos que concurren a determinados tipos de concursos, lo cual simplificará parte de las operaciones a realizar.

En el artículo 6.3 c) de la Ley 11/2007 se establece como derecho de los usuarios de sistemas informáticos para relacionarse con la administración, en este caso los operadores económicos, la igualdad en el acceso electrónico a:

“Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios y las vías de recurso en caso de litigio entre cualesquiera autoridades competentes, prestadores y destinatarios.”

La relación entre los sistemas electrónicos de contratación y los sistemas tradicionales puede apreciarse en el siguiente gráfico, en el cual también se hace referencia a la subasta electrónica a que se ha hecho referencia previamente.



III Principios inspiradores de un SDC

Los principios que deben inspirar un SDC son los siguientes:

a) Legalidad

Un SDC debe respetar, de forma absoluta el sistema legal vigente, tanto en lo referente a las operaciones propias de la contratación como en las relativas a las cuestiones periféricas implicadas en este procedimiento.

Este principio queda establecido en el artículo 4. d) de la Ley 11/2007 como uno de los principios directores de la misma:

“Principio de legalidad, en cuanto al mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas establecidas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

b) No restricción de la competencia

La implantación de un SDC no podrá suponer, en ningún caso, una restricción a la libertad de contratación. Un corolario de esta afirmación es que un SDC debe ser de acceso gratuito.

c) Exclusividad técnica

Un SDC debe emplear exclusivamente medios electrónicos, informáticos y telemáticos. Un procedimiento en el que únicamente se emplee una base de datos de licitadores no constituye, en modo alguno, un SDC

d) Temporalidad.

Como se ha indicado anteriormente, al analizar la definición, un SDC debe tener un tiempo de duración, pasado el cual se extinguirá o será sustituido por otro. Es decir a cada SDC corresponde una fecha de caducidad que debe ser conocida, por todos los interesados, desde el comienzo.

Cada vez que se publique un anuncio por parte de la Administración y hasta la finalización del sistema, se proporcionará acceso sin restricción, directo y completo, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, a los pliegos y a la documentación complementaria. En el anuncio indicado, se indicará la dirección de Internet en la que estos documentos pueden consultarse.

e) Procedimiento

En principio, la mayoría de los procedimientos de contratación considerados se podrían implementar en un SDC, incluso se podrían implementar varios en uno o en más SDC simultáneos,

Sin embargo esta mera posibilidad no ha sido considerada ni por la Unión Europea, ni claro está, por el proyecto español de nueva ley de contratos. En ambas se ha optado por desarrollar los SDC únicamente a partir de normas del procedimiento abierto a lo largo de todas sus fases y hasta la adjudicación de los correspondientes contratos, que se efectuará en la forma prevista en la normativa correspondiente.

e) Transparencia

Para poder asegurar la transparencia de un SDC, los órganos de contratación, difundirán a través de INTERNET, el perfil del contratante, en las páginas Web institucionales, se debe indicar la forma en que se puede acceder a ese perfil.

f) Competencia leal

El sistema deberá implementarse de forma que se proscriba la competencia desleal entre los licitadores, prácticas como la licitación de distintas empresas del grupo para forzar bajas temerarias o similares, deben ser detectadas por el sistema.

g) No discriminación

Los poderes adjudicadores ofrecerán, durante toda la duración del sistema dinámico de adquisición, la posibilidad a cualquier operador económico, que reúna determinadas circunstancias, de presentar una oferta indicativa y de ser incluido en el sistema en las condiciones expuestas en el apartado. Nadie podrá ser discriminado en la adjudicación ni en la inclusión de la base de licitadores.

IV Análisis del artículo 33 de la Directiva 2004/18/CE

La Unión Europea ha establecido, en el artículo 33 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo la normativa por la que deben regirse los SDC.

En primer lugar, debe indicarse que la normativa europea, no impone a los Estados miembros el empleo de ningún tipo SDC, indicando claramente, en el apartado 1 de este artículo que “Los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a sistemas dinámicos de adquisición.” Ahora bien, el indudable avance que este tipo de sistemas supone en los procedimientos de contratación pública, hace suponer que la mayoría o totalidad de los estados miembros terminarán adoptándolos. En nuestro país, ya se encuentra presente en el proyecto de nueva ley de contratos de las administraciones públicas.

La norma comunitaria en el apartado 2 establece que para la puesta en práctica de un sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores seguirán las normas del procedimiento abierto en todas sus fases hasta la adjudicación del contrato en el marco de este sistema. Se admitirá en el sistema a todos los licitadores que cumplan los criterios de selección y que hayan presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones y a los posibles documentos complementarios. Las ofertas indicativas podrán mejorarse en cualquier momento, siempre que sigan siendo conformes al pliego de condiciones. Para la aplicación del sistema y la adjudicación de los contratos en el marco de éste, los poderes adjudicadores sólo utilizarán medios electrónicos.

El procedimiento de funcionamiento de SDC, previsto en esta directiva, supone las siguientes fases:

1. Los poderes adjudicadores publicarán un anuncio de licitación en el que se precisará que se trata de un sistema dinámico de adquisición. En este anuncio deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 4. b) de la Ley 11/2007 sobre la obligación de ajustarse al Principio de igualdad con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas **por medios no electrónicos**, tanto respecto al acceso a la prestación de servicios públicos como respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo sin perjuicio de las medidas dirigidas a incentivar la utilización de los medios electrónicos. “ Esta norma pudiera suponer un problema para la implementación de SDC.

2. Los poderes adjudicadores, indicarán en el pliego de condiciones, entre otras cuestiones, la naturaleza de las adquisiciones previstas que formen parte del sistema, así como toda la información necesaria relativa al sistema de adquisición, el equipo electrónico utilizado y los arreglos y las especificaciones técnicas de conexión.

3. Desde la publicación del anuncio hasta la expiración del sistema, ofrecerán por medios electrónicos el acceso sin restricción, directo y completo al pliego de condiciones y a todo documento complementario e indicarán en el anuncio la dirección de Internet en la que estos documentos pueden consultarse.

4. Los poderes adjudicadores ofrecerán, durante toda la duración del sistema dinámico de adquisición, la posibilidad a cualquier operador económico de presentar una oferta indicativa y de ser incluido en el sistema en las condiciones expuestas en el apartado 2.

5. Los poderes adjudicadores concluirán la evaluación de la oferta indicativa en un plazo máximo de 15 días a partir de la presentación de la misma. No obstante, podrán prolongar el periodo de evaluación siempre que entretanto no se convoque una nueva licitación. El poder adjudicador informará cuanto antes al licitador contemplado en el párrafo primero de su admisión en el SDC, o del rechazo de su oferta indicativa.

6. Cada contrato específico será objeto de una licitación. Antes de proceder a la licitación, los poderes adjudicadores publicarán un anuncio de licitación simplificado en el que se invite a todos los operadores económicos interesados a presentar una oferta indicativa, con arreglo al apartado 4, en un plazo que no podrá ser inferior a 15 días a partir de la fecha de envío del anuncio simplificado. Los poderes adjudicadores no convocarán una nueva licitación hasta haber concluido la evaluación de todas las ofertas indicativas introducidas en el plazo citado.

7. Los poderes adjudicadores invitarán a todos los licitadores admitidos en el sistema a presentar una oferta para cada contrato específico que se vaya a celebrar en el marco del SDC. Con este fin, establecerán un plazo suficiente para la presentación de las ofertas. Las ofertas podrán modificarse de acuerdo con las condiciones inicialmente establecidas.

8. Cada contrato específico será objeto de una licitación específica.

9. Se adjudicará el contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en el anuncio de licitación para la puesta en práctica del SDC.

10. La duración de un sistema dinámico de adquisición no podrá ser superior a cuatro años, salvo en casos excepcionales debidamente justificados. Los poderes adjudicadores no podrán recurrir a este sistema de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

11. No se podrá cargar a los operadores económicos interesados o a las partes en el sistema ningún gasto.

IV Estructura de un SDC

Un SDC deberá implementar un sistema de contratación existente en el derecho considerado, en nuestro caso en el derecho de contratos español. En general, el procedimiento abierto es aquel que presenta las características más adecuadas para su adaptación al SDC. De acuerdo con la directiva analizada, el SDC se desarrollará de conformidad con las normas del procedimiento abierto a lo largo de todas sus fases y hasta la adjudicación de los correspondientes contratos.

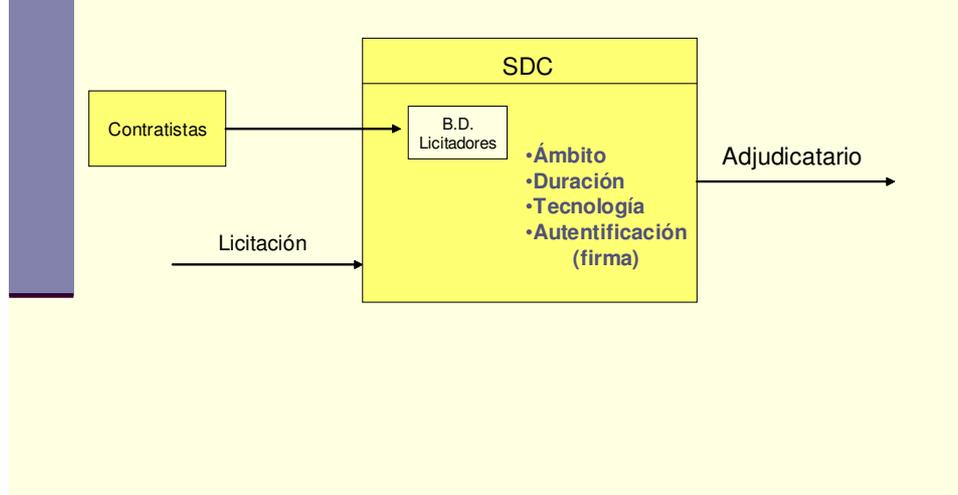
La estructura de un SDC implementado de conformidad con la Directiva 2004/18 consta de los siguientes elementos:

1. Un SDC tiene un ámbito y una duración predefinida.
2. Un elemento importante en la estructura de un SDC es la base de licitadores, para su implementación, se debe llevar a cabo la publicación de un anuncio de licitación, de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente, en este anuncio se indicará explícitamente que se va a constituir un SDC. A continuación se llevará a cabo la inclusión en el SDC de todos los licitadores que hayan presentado una oferta que cumpla todos los requisitos para su incorporación al sistema. Es decir la constitución de una base de licitadores. Para la constitución de esta base de datos deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 4.a) de la Ley 11/2007 sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal.
3. Durante la vigencia del sistema, todo empresario interesado podrá presentar una oferta indicativa a efectos de ser incluido en el mismo. La eficiencia del sistema vendrá influida por el número de licitadores. Es decir, la base de datos es dinámica. Esta característica de los SDC les otorga el carácter de sistemas dinámicos, ya que el contenido de la BD de licitadores, dependerá del momento considerado, debiéndose por tanto escribir SDC(t), en donde el tiempo considerado t se encuentra comprendido en el período de duración predefinido del sistema: T.
4. El desarrollo del sistema, y la adjudicación de los contratos en el marco de éste deberán efectuarse, exclusivamente, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, por ello un aspecto importante de la estructura del sistema es la tecnología empleada.

Es decir, dentro de lo posible el SDC supondrá una actuación administrativa automatizada, definida en el anexo de la Ley 11/2007 como una actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular.

5. La automatización de los SDC presupone el interés en el empleo de algún tipo de firma electrónica, de las definidas en el anexo de la ley considerada, siguiendo el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, como: «conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante».

La Ley 11/2007 y el control de los Sistemas Dinámicos de Contratación



V. Eficiencia de un SDC

Dada la estructura de un SDC y el tipo de bienes que pretende adquirir, es razonable suponer que será eficaz. Distinta cuestión es si será o no eficiente.

Uno de los fines de la Ley 11/2007 aparece recogido en su artículo 3.5 como:

“Contribuir a la mejora del funcionamiento interno de las Administraciones Públicas, incrementando la eficacia y la eficiencia de las mismas mediante el uso de las tecnologías de la información, con las debidas garantías legales en la realización de sus funciones”.

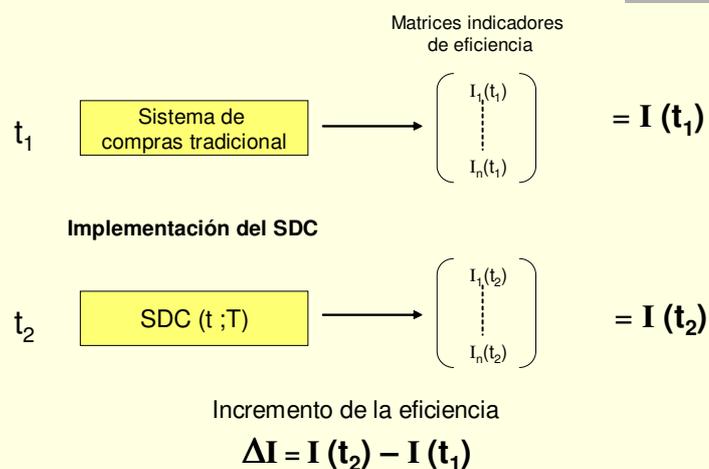
Así pues el funcionamiento de cualquier SDC, para estar acorde con la ley considerada, debe presuponer una mejora con relación al sistema de contratación anterior, no automatizado o sólo parcialmente automatizado.

Para determinar la eficiencia de un SDC, será preciso determinar una serie de indicadores de eficiencia, atribuibles a cualquier sistema de contratación público $[I_k(t)]$. Estos indicadores variarán con el tiempo, tanto cuando se produzca la introducción de un SDC como una vez introducido este al variar la BD de licitadores. Es importante que los indicadores que forman del citado conjunto, tengan en cuenta no sólo el costo sino también la duración de los procedimientos de contratación.

La eficiencia del SDC se deberá considerar en dos momentos.

- Comparación de la eficiencia entre el sistema de contratación anterior al SDC y el SDC.
- Comparación de la evolución temporal de la eficiencia del SDC(t) considerado, no se olvide que el carácter dinámico de este sistema viene determinado fundamentalmente por la BD de licitadores. Para el análisis de este punto se podría utilizar el sistema CPROX desarrollado por la IGAE, el cual permite un análisis en profundidad de la evolución temporal de cualquier programa de gasto público.

La Ley 11/2007 y el control de los Sistemas Dinámicos de Contratación



VI. Conclusiones

1º La Unión Europea está decidida a incrementar el empleo de las nuevas tecnologías en las administraciones públicas, los SDC constituyen la aplicación de estos sistemas a la contratación administrativa.

2º La Ley 11/2007 establece una serie de pautas y limitaciones que deben ser seguidas por los SDC, estas pautas pueden, en caso de ser interpretadas de forma garantista, suponer un problema para la utilización de los SDC.

3º. Los componentes de un SDC deben relacionarse entre sí de una forma razonable, no tiene sentido exigir sistemas engorrosos de autenticación en determinados ámbitos.

4º El SDC debe suponer una mejora medible en la eficiencia de los sistemas de compras de la administración, para cualquier conjunto relevante de indicadores que se emplee.

5º La eficiencia de un SDC debería seguir incrementándose con el tiempo para ser máxima al final de su período de duración.