

Esquema de Recomendaciones y Buenas Prácticas en la Contratación Pública



ESQUEMA DE RECOMENDACIONES Y BUENAS PRÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Introducción y estado actual

La contratación pública es una herramienta clave para obtener un crecimiento inteligente, sostenible e integrador de la economía de los países, al mismo tiempo que debe garantizar la racionalidad económica de los fondos públicos.

Por estas razones, en Europa dentro de la Estrategia Europa 2020, han realizado un importante esfuerzo de revisión y modernización con la publicación de diversas directivas relacionadas con la contratación pública, con el fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES), así como permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes.

Estas normas deben ser traspuestas al ordenamiento nacional y por tanto la Ley de Contratos del Sector Público surge con el espíritu de adaptación a la normativa europea y con el objetivo de lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y conseguir una mejor relación calidad-precio.

Las empresas que representa AMETIC son muy relevantes para el proceso de modernización de las AA.PP., por ello su papel en la implantación de la e-administración y la modernización de la contratación pública es clave para lograr nuestros objetivos como país.

La crisis y los recortes presupuestarios tuvo como resultado, por un lado, la bajada de los precios de las licitaciones y, por otro, el incremento del peso de precio en las adjudicaciones. Adicionalmente, en los años posteriores a la crisis se aprecia un incremento en la contratación de servicios en la modalidad de pago por uso. Este incremento puede tener una de sus causas en la presión financiera de la crisis hacia las AAPP, que trasladaban así parte de la carga financiera hacia los proveedores de servicios, siguiendo el ejemplo de otros sectores económicos.

En la normativa europea actual se persigue que las ofertas deben evaluarse teniendo como objetivo la mejor relación calidad-precio. Además, en la Ley 19/2013 se señala que para el avance de la e-Administración es prioritario el buen uso de las nuevas tecnologías.

Tal y como hemos comentado, en la Ley 9/2017 de contratación del sector público (LCSP) se transponen directivas europeas relacionadas con las contrataciones y, por tanto, en su exposición de motivos se incluye que los proyectos se deben valorar con criterios adicionales y no sólo en base al precio.

AMETIC, a partir de la experiencia acumulada por sus empresas asociadas, sesiones de trabajo, consultas a expertos y lecturas de documentación ha realizado un análisis de esta norma, en el que ha detectado que recoge una serie de recomendaciones y posibilidades que **permiten una aplicación subjetiva** de la norma. Como consecuencia, en la norma se deja a la capacidad y voluntad de las personas encargadas de identificar necesidades y propiciar su contratación externalizada, la definición de las condiciones y escenarios que se impondrán en cada entidad.

Por esta razón, a la hora de facilitar la implantación de la norma y partiendo de los temas detectados en el análisis mencionado, hemos elaborado este **manual de buenas prácticas** que contiene una serie de consideraciones y recomendaciones sobre cómo se han de abordar los procedimientos de contratación para garantizar la transparencia y libre competencia, principalmente centrándose en aquellos proyectos relativos a las soluciones TIC. Su adopción es voluntaria tanto, por parte de las empresas licitantes, como de las entidades licitadoras.

Se han desarrollado diversas áreas que consideramos resultan de mayor ambigüedad en el proceso de contratación pública. Dichas áreas son:

1. Identificación de Objetivos de los proyectos

Introducción

La LCSP pretende aportar un impulso considerable para lograr una contratación más equilibrada entre los conceptos de coste y calidad de servicio. Para contribuir a ello, se establecen unos nuevos requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato, donde se dispone que la adjudicación de los contratos deberá realizarse principalmente, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

Novedades Ley

La nueva Ley establece dos posibles formas de adjudicación de los contratos:

- **Principal - Con carácter general:** utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.
- **Alternativa - Previa justificación en el expediente administrativo:** con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste.

De conformidad con el artículo 145.2 de la LCSP, la selección de la oferta con mejor relación calidad-precio, debe combinar criterios económicos y cualitativos que puedan valorarse mediante juicios de valor o de forma automática, pudiendo incluir también aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato.

En los nuevos criterios cualitativos, se posibilita la valoración de la organización, cualificación, y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. Especialmente en los contratos de servicios, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.

Para la valoración de los criterios económicos, la nueva Ley no identifica dichos criterios únicamente con el precio. El criterio económico se define como “criterio relacionado con los costes”, dejándolo a la elección al órgano de contratación, que podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida.

Asimismo, de conformidad con el artículo 148 de la Ley, se entienden comprendidas dentro del ciclo de vida de un producto, obra o servicio todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia, desde la primera idea o propuesta hasta su eliminación, pasando por las fases de compra de materia prima, producción, comercialización, transporte, utilización y mantenimiento.

El cálculo de coste del ciclo de vida incluirá la totalidad o una parte de los costes sufragados por el órgano de contratación o por otros usuarios (costes de adquisición, utilización, mantenimiento y/o de final de vida) y costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida.

En el caso de que sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste deberá estar relacionado con los costes. Podrá ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida, calculado de acuerdo con lo ya indicado.

Se procederá siempre a la aplicación de más de un criterio de adjudicación, en la adjudicación de una serie de contratos, establecidos en el Art. 145.3.

Los criterios de adjudicación deberán figurar en el anuncio de licitación, y su aplicación se efectuará, en función del tipo de procedimiento por un comité formado por expertos con cualificación apropiada o por la mesa de contratación.

Problemas detectados

Destacamos dos áreas que pueden ser problemáticas en la identificación de los objetivos de los proyectos:

- **Detección interna de necesidades y redacción de pliegos con el apoyo de proveedores**

La detección interna de necesidades es habitualmente uno de los escollos para conseguir tener el mejor sistema tecnológico en nuestras organizaciones. Principalmente debido a la falta de conocimiento de las innovaciones tecnológicas que salen al mercado y por la escasez de personal especializado en determinados campos muy técnicos.

Para facilitar la colaboración de proveedores especializados en los campos que debemos mejorar, la nueva Ley establece un nuevo modelo de colaboración, las consultas preliminares de mercado. Esta posibilidad queda a discreción de los órganos de contratación.

Para su realización el órgano de contratación publicará el objeto de esta, cuando se iniciará esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados. Asimismo, se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados.

Dicho asesoramiento tendrá como objetivo la planificación del procedimiento de licitación y, también, durante la sustanciación del mismo, siempre y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y transparencia.

- **Definición de los criterios de valoración alineados a los objetivos**

Una de las principales dificultades con las que se encuentra el órgano de contratación a la hora de publicar un procedimiento, es la definición de los criterios de valoración. Éstos deben estar alineados a los objetivos a conseguir, para poder elegir al mejor proveedor. Del mismo modo, también se complica la decisión de dónde y cómo, determinar los requisitos que deban cumplir los licitadores.

Gracias a la nueva posibilidad de realizar consultas al mercado, si se ha realizado una correcta fase previa de detección de necesidades y definición de los objetivos a conseguir. La redacción de los pliegos de prescripciones técnicas, como la determinación de dónde exigir los diferentes requisitos, se hará mucho más sencilla. Por este motivo, esta nueva posibilidad que habilita la Ley de poder realizar consultas a terceros **es una medida muy valiosa para garantizar el éxito** en todas las fases de contratación.

Recomendaciones

Como conclusión, nos gustaría indicar que a pesar de que la nueva Ley aporta muchas mejoras para facilitar la elección de la mejor solución, con el mejor proveedor, atendiendo siempre al concepto de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, entendemos que dicha Ley es extremadamente imprecisa, aportando demasiadas recomendaciones y pocas imposiciones, lo que finalmente permite una aplicación demasiado subjetiva de la misma.

Por todo ello, consideramos que una de las principales mejoras que abre la nueva Ley, es la de la posibilidad de realizar estudios de mercado y dirigir consultas a terceros especializados. De esta forma, se facilita y garantiza que los procedimientos de contratación estarán mejor alineados a la aplicación de todas las innovaciones tecnológicas y facilitarán la concreción de los criterios de adjudicación y evaluación.

2. Calidad como valor principal

Introducción

La LCSP introduce novedades en la valoración de las ofertas de forma que el precio no sea el principal factor de selección del adjudicatario de un contrato, sino que las AAPP deben asegurar “*obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades*”. Algunas de las novedades se centran en la pluralidad de criterios a aplicar y el peso que el criterio de calidad ostenta en la valoración total, tal y como hemos comentado en el epígrafe anterior.

Novedades

Las novedades se centran en:

- Justificación en el expediente de las razones por las que se establecen las fórmulas.
- El Presupuesto base de licitación debe desglosarse en el pliego de cláusulas administrativas indicando los costes directos e indirectos y otros gastos eventuales; se establece que se indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.
- En el cálculo del valor estimado deberá tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.
- Las ofertas anormalmente bajas, con precios por debajo de mercado, serán rechazadas automáticamente. A estos efectos, se debe contemplar en los pliegos los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

Problemas detectados

Las principales **dificultades** para la puesta en práctica de estas novedades se centran en:

- En relación con el presupuesto **base de licitación**, se debe tener en cuenta, para el cálculo de tarifas horarias, los salarios del convenio colectivo correspondiente. Sin embargo, en la práctica, los convenios marcan salarios mínimos que no coinciden con los reales, especialmente en un sector con un alto déficit de profesionales como el sector TIC.
- Asimismo, en relación con la **fórmula de valoración económica**, habitualmente se utiliza una que, ante pequeñas variaciones en el precio, produce grandes diferencias de puntuación. Este hecho desvirtúa completamente la valoración calidad-precio, ya que es muy difícil que en la valoración técnica haya tanta diferencia de puntuación como en la económica.
- De igual forma, es difícil definir **criterios objetivos de valoración de la calidad técnica** de las ofertas, normalmente se hace necesario aplicar criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor.
- En relación con la valoración de criterios sociales y ambientales, no se tiene claro cómo se van a medir estos criterios.

Recomendaciones

Desde AMETIC recomendamos:

- Que se aplique lo establecido en la LCSP y que en los contratos relacionados con servicios de tecnologías de la información el precio no sea el único criterio a tener en cuenta, asimismo se recomienda que el peso del criterio del precio no sea tan alto que implique que sea determinante en la adjudicación. Esta situación es un detrimento en la calidad del servicio llevado a cabo, ya que, para obtener el contrato, los licitadores deben ofrecer unos precios que no son acordes con el mercado, lo que implica el sacrificio en la calidad del servicio o que el contrato implique pérdidas para la empresa licitadora.

- El uso de fórmulas de valoración económica que sean proporcionales al precio y no distorsionen la valoración global de las ofertas en términos de calidad-precio. En este sentido se recomienda no utilizar la fórmula de las diferencias ($P_i = P_{max} * (OL - O_i) / (OL - OB)$), donde OL es el precio máximo de licitación, O_i la oferta del licitador i , OB la oferta más baja, P_{max} la puntuación máxima y P_i la puntuación de la oferta del licitador i), ya que, aunque es ampliamente utilizada, sobre todo en los pliegos de servicios TI, no valora de manera adecuada la relación calidad/precio.
- El uso de fórmulas de ponderación suave en el precio, minimizando el impacto del criterio precio en el global de la licitación. En este sentido se recomienda el uso de las fórmulas propuestas en el estudio “LA RELACIÓN CALIDAD-PRECIO EN EL SECTOR TI Y CONSULTORÍA, AL AMPARO DE LO ESTABLECIDO EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO”, elaborado por la Asociación Española de Empresas de Consultoría). En el que se señala que para “obtener **servicios de gran calidad** (así lo establece la LCSP), el precio no puede ni debe ser el factor determinante en la adjudicación del contrato” y que es clave que “la aplicación de la fórmula para la valoración del criterio precio debería permitir que la puntuación por una diferencia de precio pueda ser compensada razonablemente con la valoración del resto de criterios si existe una diferencia significativa de calidad con otra oferta más cara.”¹
- En relación con las ofertas desproporcionadas o anormalmente bajas, aunque en la Ley se contempla que la mesa de contratación puede excluir ofertas “anormalmente bajas” siguiendo el procedimiento descrito en el artículo 149, o si vulneran la normativa sobre subcontratación o las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, en la práctica la empresa licitadora puede justificar esta bajada y, en función de las fórmulas aplicadas, obtiene la adjudicación. Desde nuestro punto de vista, las fórmulas recomendadas en el estudio indicado en la viñeta anterior (recogida en la nota a pie de página a1), es un desincentivo para que las empresas licitadoras consideren interesante realizar estas bajadas tan grandes. En los servicios TI los presupuestos de los pliegos suelen estar muy ajustados y no es lógico que haya

1

A. Fórmula en dos tramos lineales:

Fórmulas en función del descuento (Dofi) de la oferta que se valora:

INTERVALO	PUNTUACIÓN OFERTA (i)
$0 \leq Dofi \leq Dref$	$P_i = (0,85 * P_{max}) * (1 - Dref - Dofi Dref)$
$Dofi > Dref$	$P_i = 0,85 * P_{max} + 0,15 * P_{max} * (Dofi - Dref D_{max} - Dref)$

Donde:
 P_{max} = puntuación máxima del criterio económico (ej. 49)
 $Dref$ = descuento de referencia (ej. 10)
 D_{max} = descuento máximo de las ofertas válidas presentadas (en el ejemplo: 32%)
 $Dofi$ = descuento de la oferta (i) que se valora = $[1 - (Pofi / Pbase)] * 100$
 Donde:
 $Pofi$ = importe económico de la oferta que se valora (euros sin impuestos directos)
 $Pbase$ = presupuesto base de licitación (euros sin impuestos directos)

B. Fórmula inversamente proporcional:

$P_i = P_{max} P_{ofe_min} / P_{ofe_i}$
Donde: P_{max} = puntuación máxima del criterio económico (ej. 45) P_{ofe_min} = precio de la oferta más baja (ej. 80% del PBL) P_{ofe_i} = precio de la oferta que se valora

Esta fórmula es utilizada por la Comisión Europea en la casi totalidad de contrataciones de consultoría y servicios TI, siendo una fórmula sencilla, clara y proporcionada

bajadas del 30% o del 40%. Tal y como se comenta en este documento, ya que estas bajadas tan fuertes suelen menoscabar la calidad del servicio ofrecido.

- El establecimiento de valor hora/hombre en base a criterios de mercado real² y no en base a convenios colectivos³, en los que los salarios base son inferiores a los que se manejan en el mercado (la realidad en el sector TI es que se abordan proyectos con perfiles de alto valor añadido con unos salarios de mercado bastante superiores al fijado en los convenios). En este sentido, se podrían tomar como referencia diferentes estudios salariales recientes que clarifiquen las bandas salariales reales que se encuentran en el mercado para los perfiles tecnológicos y digitales⁴ o en todo caso los acordados por distintas administraciones con empresas públicas, o tarifas recomendadas por colegios profesionales.

Asimismo, otro dato que influye en el cálculo de los costes, son los requisitos mínimos exigidos en los perfiles profesionales que deben desempeñar las tareas. En este sentido, se ha detectado que en muchas ocasiones se exigen titulaciones superiores a las necesarias para realizar una tarea. Desde nuestro punto de vista, sería adecuado solicitar cierto grado de experiencia, pero siempre requerir una titulación proporcionada a la actividad a realizar.

- En relación con la valoración técnica, se considera complejo establecer criterios objetivos, especialmente en los casos en los que la solución a implementar permite diversas aproximaciones, cuando la metodología de trabajo no está cerrada, cuando se definen diversos criterios de valoración que están abiertos a múltiples propuestas o cuando la solución solicitada permite un cierto grado de innovación o de mejoras en el diseño o en la implementación. En estos casos, y para una mayor objetividad, consideramos positivo los informes de valoración de las proposiciones puedan ser emitidos por las personas que hayan participado en la redacción de la documentación técnica del contrato, tal y como queda recogido en el *Expediente: 3/2018. Composición de las Mesas de Contratación, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado*.

Dentro del apartado sobre la valoración técnica, nos gustaría señalar que para realizarla no deberían usarse criterios que tengan que ver directamente con el precio como, por ejemplo, el incremento del número de horas de servicio, porque es una forma de incrementar el peso del precio en la adjudicación del contrato. Existen pliegos que incluyen este tipo de criterios en la valoración técnica y suponen un riesgo de aumentar el peso del precio.

- El uso de herramientas que permitan “objetivizar” los criterios subjetivos usando tablas y valores que transformen en valor cuantificable, el uso o aplicación de los valores recogidos en los instrumentos, si es posible o adecuado⁵. Para ello debemos usar valores horquilla lo más

² Este criterio debe corresponderse con el coste real que las empresas deben pagar para la contratación de los perfiles necesarios para llevar a cabo el proyecto.

³ En la LCSP se hace referencia a que para el cálculo del presupuesto base de licitación se debe tener en cuenta el convenio laboral de referencia. Desde nuestro punto de vista, este dato debe tenerse en cuenta para verificar que los costes directos de mano de obra no son inferiores a lo establecido en el convenio, pero no deben ser usados como la base para el cálculo del coste, ya que debido a los perfiles que se manejan en el sector los salarios suelen ser muy superiores a lo establecido en los convenios.

⁴

- Guía del mercado laboral 2018, elaborado por Hays. esta guía se elabora anualmente y analiza ciertos sectores en España: <https://guiasalarial.hays.es/descargar/sectores-y-salarios>
- Estudios de remuneración de Michel Page: https://www.michaelpage.es/sites/michaelpage.es/files/PG_ER_IT.pdf
- Informe de salarios europeo 2018, elaborado por Robert Walters, en el que se analizan diferentes sectores y países, incluyendo datos del sector TI en España : <https://www.robertwalters.es/content/dam/robert-walters/global/files/salary-survey/RW-European-Salary-Survey-2018.pdf>

⁵ No siempre es adecuado “objetivizar” todos los criterios subjetivos, ya que, en el caso de que se haga con todos los criterios, puede suponer que la oferta queda muy encasillada y cuadrículada y quede poco margen a la innovación o que se desvirtúe el concepto de calidad técnica. Por ejemplo, existen pliegos que valoran el número de ponencias en congresos que hayan impartido los técnicos asignados. Las empresas licitadoras pueden disponer de muy buenos técnicos, pero que, por su perfil, no suelen impartir ponencias, lo que no implica que sean peores técnicos.

ajustados a la singularidad del objeto y objetivos del proyecto. En la actualidad se usan criterios evaluables mediante aplicación de fórmulas que permiten cuantificar la eficacia de un suministro o servicio como son:

- Cobertura de asistencia.
 - Disponibilidad de dirección de correo electrónico para la recepción y seguimiento de licitaciones/entregas/mantenimiento /incidencias/postventa de los contratos basados en el AM con compromiso de respuesta en horario laboral en menos de 4 h.
 - Personal técnico a disposición de la ejecución del acuerdo marco en el lote correspondiente.
 - Plan de formación de aplicación al personal puesto a disposición de la ejecución del acuerdo marco en el lote correspondiente.
 - Teléfono gratuito o número de la red fija nacional atendido en horario laboral para el seguimiento de licitaciones/entregas/mantenimiento /incidencias/postventa de los contratos basados en el AM
- La misma recomendación de “objetivizar” criterios subjetivos es aplicable también a los criterios sociales y ambientales, tal y como ya se está haciendo en la actualidad con algunos criterios como los que listamos a continuación a modo de ejemplo. Para estos criterios, se recomienda la utilización de sellos estatales cuando sea posible, con el fin de evitar la proliferación y repetición de sellos y registros semejantes a nivel autonómico e incluso local, que podrían producir duplicidades administrativas y una merma de la competencia.
 - Empresa oferente inscrita en el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono (R.D. 163/2014)
 - Empresa oferente inscrita en el registro de las empresas con distintivo “Igualdad en la Empresa” (R.D. 850/2015)

Plan o programa empresarial de conciliación de la vida laboral, personal y familiar de aplicación al personal puesto a disposición de la ejecución del AM y lote correspondiente
 - La no aplicación de criterios generalistas que no aportan nada al objeto del contrato y que ya empiezan a aplicar las administraciones con registros individuales y colectivos de entidades que se suman a declaraciones o movimientos voluntaristas y con poca o ninguna efectividad práctica y menos valor al objetivo del contrato o licitación. Debemos aportar tablas de criterios específicos a utilizar en cada tipología y entorno de aplicación del proyecto o suministros, que tengan impacto real sobre los criterios y valores ambientales y sociales.

3. Las TIC al servicio de la contratación pública.

Introducción

Las leyes 39/2015 y 40/2015 de modernización de las administraciones públicas hacen de las TIC un elemento crucial en todo los procesos y procedimientos de esta. Igualmente, la actual Ley de Contratos del Estado identifica las tecnologías como elementos fundamentales en los procesos de contratación en cumplimiento de valores de transparencia y eficacia.

Por este motivo, un Sector Tecnológico Nacional fuerte capaz de soportar todas las necesidades actuales y futuras de la administración es una cuestión estratégica.

Lo contrario podría provocar un bloqueo del país en situaciones de crisis de entidades dominantes internacionales o a criterios discrecionales e intereses de terceros países y organizaciones.

Problemática

Las prácticas habituales en determinadas entidades de auto proveerse de soluciones y herramientas basadas en el uso de entidades públicas o semi públicas instrumentales o basado en tecnologías de terceros generadas de forma poco abierta y/o participativa que son mostradas al sector afectado, solo como validación de un nuevo procedimiento a aplicar, provoca la necesaria dependencia tecnológica de estas instituciones de un proveedor exclusivo, así como de la exclusión de las opciones de oferta del sector privado, con la consiguiente aplicación de competencia desleal y empobrecimiento de la capacidad tecnológica e innovadora de este.

Recomendaciones

Recomendamos, por tanto, establecer criterios de independencia tecnológica y funcional en las herramientas TI que soportan el funcionamiento de las administraciones, provocando de manera colateral, el fortalecimiento de la capacidad innovadora y operativa del tejido empresarial tecnológico del país y de sus profesionales por añadidura.

4. Gobernanza. Gestión y Control de los proyectos.

Introducción

Entendemos por gobernanza, la capacidad de alinear la estrategia y las acciones con la política general de una institución y sus objetivos generales. Para ello se deben obtener indicadores que permitan medir la efectividad de la estrategia y de cada acción y su coste asociado, con el impacto recibido en cada indicador de objetivo, ya sea parcial o global. Asimismo, resulta clave para cada organización identificar las desviaciones y obtener inputs para la toma de decisiones y modificar la estrategia en caso necesario, es clave para no perder el foco de cada organización.

Además de lo anterior, consideramos que en el sector público debe incluir transparencia e igualdad y debe ser participativa tanto por parte de la sociedad civil como de los miembros de las organizaciones.

Problemática

En innumerables ocasiones la contratación pública obedece más a criterios estrictamente funcionales de inmediatez o presupuestarios que a una verdadera planificación estratégica que tenga en cuenta el punto de partida, los instrumentos disponibles y se alinee con los objetivos y la estrategia general de la institución contratante. En el caso de la contratación de productos y servicios tecnológicos, la complejidad se acentúa debido a las dependencias tecnológicas y la necesaria coordinación de elementos interdependientes en la propia institución y su relación con las demás y los administrados.

Para poder identificar los impactos que una acción pudiera tener en el resto de los elementos y sistemas, tanto propios como ajenos, se debe contar con un cuidado y actualizado inventario, un mapa de sistemas tanto hardware como software, una relación de dependencias y necesidades funcionales que permitan identificar el impacto en un cambio en todo el ecosistema. También es necesario mantener un catálogo de las funcionalidades precisas y las herramientas de soporte y automatización. Para ello se suele recomendar un “manual de procedimientos”, que contempla, además del espacio normativo, los recursos y elementos disponibles y la competencias y habilidades precisas para la operación.

La irrupción de las tecnologías digitales y disruptivas en el escenario TI tradicional incide aún más en la necesidad de una capacidad de gobernanza tecnológica que gestione la evolución de un contexto tecnológico a dos velocidades. En las organizaciones actuales, tienen que convivir las infraestructuras y sistemas heredados con nuevas infraestructuras y servicios en la nube de Inteligencia Artificial, Robótica o Supercomputación, por ejemplo. Esta situación requiere nuevos modelos de gobernanza y gestión de nubes híbridas, capaces de coordinar la gestión de sistemas TI tradicionales con nuevos sistemas y servicios digitales avanzados y en la nube.

En lo referido a la Gobernanza TI, existe un estándar que permite la normalización del inmensamente complejo mundo de la contratación de sistemas y servicios tecnológicos. La ISO/IEC 38500:2015 es o un modelo aplicable y maduro que permitiría una Gobernanza abierta, eficaz y participativa como reclaman las directivas europeas.

En la LCSP, se observa que establece un ambicioso esquema de tres órganos colegiados a nivel estatal con el doble objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de gobernanza que establecen las Directivas Comunitarias y de combatir las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública. Estos órganos son la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, el Comité de Cooperación en materia de contratación pública, y la Oficina de Supervisión de la Contratación. Sin embargo, no se ha tenido en cuenta un modelo de identificación de necesidades que permitiría una eficaz Gobernanza en cumplimiento a las directivas europeas.

Recomendaciones

Desde nuestro punto de vista, **resulta fundamental**, elevar recomendaciones y buenas prácticas a estos órganos y, que, a su vez, estos difundan en las fórmulas que la ley y su régimen interno indiquen, basándonos en modelos que garanticen la eficiencia y eficacia de las contrataciones públicas, sobre todo en las áreas de TI.

5. Uso de datos masivos.

Introducción

La transformación digital no es una mera adaptación de los sistemas, sino que implica un cambio en la organización a través de las nuevas tecnologías, que permite adaptarse de forma más ágil y competitiva, así como responder de forma inmediata a las necesidades de los usuarios.

Las tecnologías habilitadoras como el Cloud Computing, Big Data, Inteligencia Artificial o IoT han revolucionado el mundo de la tecnología, permitiendo dar pasos agigantados en la transformación digital. En poco más de una década, el escepticismo inicial ha dado paso a un amplio consenso sobre los beneficios que su uso reporta a Administraciones, empresas y ciudadanos. Estas tecnologías ayudan a reinventar la infraestructura empresarial y gubernativa, democratizando el acceso a tecnología de vanguardia, facilitando la implantación de la e-Administración. No obstante, para su implantación en el sector público, existen aspectos legales de protección y custodia del dato del administrado sobre los que es necesaria establecer una claridad sobre si las empresas externas a la Administración pueden prestar servicios a la misma o al ciudadano, soportando o explotando datos públicos, datos privados o de acceso restringido.

Problemática

Esta falta de claridad limita el uso de estos datos e impide el acceso a la ejecución de proyectos por el sector privado, generando una dependencia de entidades públicas bajo encomiendas de gestión que monopolizan y ocupan el espacio privado.

Como punto de partida práctico y eficaz se debe **definir un marco de trabajo** para aprovechar las certificaciones de seguridad reconocidas regional o internacionalmente y los mecanismos relacionados. En el momento en el que los clientes del sector público necesiten añadir requisitos a las referencias de seguridad existentes, deben asegurarse de que éstos cumplen con lo siguiente:

- Articulen claramente el análisis de riesgo que justifique la modificación de los requisitos de referencia y que los requisitos existentes no proporcionan una protección similar.
- Acepten medidas alternativas o controles compensatorios que demuestren un nivel de seguridad equivalente.
- Se centren en capacidades y resultados de seguridad, en lugar de implementaciones específicas que resulten obsoletas o ineficaces con los avances de la tecnología en la nube.

La cantidad de tareas de configuración de seguridad que los clientes deben realizar varía en función de los servicios que usen y del grado de confidencialidad de sus datos. No obstante, hay varias características de seguridad (como cuentas y credenciales de usuario individuales, SSL/TLS para transmisiones de datos y registros de actividad de los usuarios) que los clientes deben configurar independientemente del servicio en la nube que se utilice.

Las evaluaciones y certificaciones de acreditación de la nube proporcionan a los clientes del sector público la certeza de que los proveedores de la nube disponen de controles de seguridad físicos y lógicos eficaces. Cuando los clientes del sector público utilizan estas acreditaciones, evitan someterse a procesos o flujos de trabajo de aprobación excesivamente onerosos y repetitivos que podrían no estar justificados para un entorno en la nube. El uso de estas acreditaciones también permite a los clientes del sector público crear un proceso de conformidad más rápido y eficaz.

Los líderes empresariales, los analistas del sector, los académicos y los gobiernos están cada vez más de acuerdo en que la nube hace algo más que sustituir estructuras tradicionales de TI por otras equivalentes. En su lugar, la nube se percibe como algo realmente revolucionario, que reinventa la TI empresarial y democratiza la tecnología de vanguardia. Por lo tanto, es fundamental poner mayor énfasis en las decisiones sobre la política de TI actual, dadas sus enormes implicaciones sobre lo que podrá conseguirse a lo largo de la próxima década en adelante.

Ya existen políticas de nube bien diseñadas que están permitiendo que clientes del sector público de todo el mundo adopten rápida y prudentemente la escalabilidad, las mejoras de seguridad, la reducción de costes y las capacidades innovadoras de la tecnología de nube. De hecho, encontramos países europeos (Reino Unido, Noruega o Francia) que están apostando por una política de nube bien diseñada, y en los que se observa por parte del sector público una mejora en la escalabilidad, en la seguridad, en la capacidad innovadora y la reducción de costes, sirviendo de ejemplo a otros territorios y al tejido productivo de los suyos propios. Adicionalmente, las tecnologías de nube pueden reducir los consumos de energía hasta en un 50%, con el consiguiente beneficio medioambiental que esto supone.

Hemos encontrado algunas barreras de tipo cultural y administrativo que están impidiendo la adopción de la nube a una velocidad adecuada en la Administración Pública. Para ilustrar esta situación comentamos tres ejemplos:

- Existen partidas diferentes de presupuesto para la inversión en sistemas TI y para su mantenimiento (gasto corriente). Esta diferenciación dificulta la selección por criterios de eficiencia, ya que suele compararse el coste de la nube sólo con la inversión económica, sin considerar el gasto de mantenimiento durante el ciclo de vida de los sistemas.
- El procedimiento necesario para solicitar la modificación de partidas presupuestarias de inversión a gasto y viceversa. Este procedimiento requiere una justificación particular para cada caso que genera un rechazo natural por la propia complejidad y burocracia del proceso.
- La dificultad de estimar las necesidades que van a afrontarse durante el contrato, para hacer la correspondiente reserva de crédito, así como los problemas ligados al posterior ajuste al alza o a la baja de esa estimación. Estos problemas son especialmente relevantes para la contratación de un servicio en nube, que se caracteriza por la flexibilidad y agilidad en la demanda y provisión de servicios bajo un modelo de pago por uso.

Recomendaciones

Proponemos a la Administración Pública la puesta en marcha de un Plan de Impulso de las tecnologías habilitadoras en colaboración con el sector privado.

Algunas de las **recomendaciones** al respecto se centran en:

- El establecimiento de una política que priorice los servicios en la nube como tecnología habilitadora de la transformación digital de la administración general del estado que priorice la contratación de servicios en la nube, estimulando la innovación, la creación de nuevos modelos de negocio, haciendo de la administración una institución ágil y flexible, sustentada en la mejora de los niveles de seguridad y control, ahorrando en costes y emisiones y ganando en eficiencia. Todo ello con base a los principios de privacidad, seguridad, inclusividad y transparencia. Es preciso que la gestión de la nube se profesionalice a nivel estatal y, a través de ello, se ajusten tanto el marco contable del Sector Público como el de la contratación pública para establecer nuevos modelos de facturación (por ejemplo, por consumo y no por tiempo de contratación del servicio) y para que los costes de implantación del Cloud no se consideren un gasto sino una inversión.
- En este sentido y al igual que se ha realizado con éxito en otros contratos complejos de las Administraciones Públicas, se recomienda un liderazgo claro del proceso de evolución hacia los contratos de servicios en nube, a ejercer por parte de algún organismo público con competencias y credibilidad suficiente. Este organismo actuará como agente catalizador del proceso de evolución y construirá, junto con el sector privado, un nuevo modelo de pliegos que se mejorará en varios contratos piloto. Esta actividad facilitará el despliegue masivo de los contratos de nube en las Administraciones Públicas.
- La clasificación de los datos en categorías diferenciadas permite a los gobiernos mejorar la protección de su información y tomar mejores decisiones respecto al acceso, el uso, el almacenamiento y la transmisión de sus datos.

- Los requisitos de conformidad de los datos varían según el nivel de clasificación de dichos datos. Recomendamos que, como parte de una política de la nube inteligente, las entidades gubernamentales se comuniquen con los proveedores de servicios en la nube para asegurarse de que son conscientes del modo en que la nube potencia la seguridad de sus distintos niveles de clasificación de datos.
- Igualmente, importante es determinar los roles de administración de dichos datos. Estándares y normas como ISO, NIST y similares sitúan la responsabilidad de la clasificación de los datos en los propietarios de dichos datos, ya que son los que mejor pueden determinar su valor, su uso, su confidencialidad y su importancia.
- Aquellos organismos que incluyen servicios con la posibilidad de cifrar de los datos se encuentran en una posición más ventajosa para percibir rápidamente las ventajas de la nube.

Las organizaciones y usuarios del sector público son responsables de clasificar adecuadamente sus datos (por ejemplo, confidencialidad baja, moderada o alta) o de aplicar políticas para administrar el acceso a las cuentas de usuario, ya que un proveedor de servicios de nube (CSP) no tendrá acceso a los datos del cliente ni siquiera para realizar dichas funciones.

A continuación, mostramos algunos ejemplos de buenas prácticas en términos de la clasificación de datos:

- Reino Unido. En 2011 el Reino Unido puso en marcha su primera estrategia de Cloud, convirtiéndose en uno de los primeros países en introducir el uso de la nube entre sus prioridades estratégicas. Lo hacía antes de que se lanzase la estrategia de Cloud Computing europea en 2012 marcando el camino a otros países como Francia en 2014 o Noruega en 2016 quienes terminaron adoptando estrategias similares.

Por otro lado, el Reino Unido tiene tres niveles de clasificación de la información: OFFICIAL, SECRET y TOP SECRET (oficial, secreto y máximo secreto). No se necesita ninguna acreditación ni certificación para los datos clasificados como OFFICIAL, y la responsabilidad de la administración del riesgo recae en los departamentos oficiales del Reino Unido. Recomendamos este enfoque de Reino Unido "centrado en la nube" (tal como lo definen los Principios de seguridad en la nube del Centro de Ciberseguridad Nacional de Reino Unido (NCSC), publicados en la Guía de seguridad en la nube), ya que evita cargas innecesarias tanto a los clientes del sector público como a los proveedores de servicios en la nube, lo que da como resultado:

- Una mayor agilidad para los clientes del sector público
 - Una menor complejidad para todas las partes
 - Una mayor seguridad gracias a la reducción de la complejidad
 - La responsabilidad de la administración del riesgo recae en los departamentos
- Estados Unidos. Las entidades gubernamentales de los Estados Unidos utilizan los niveles de impacto de la Ley sobre la administración de la seguridad de la información (FISMA) para definir los distintos niveles de acreditación de los proveedores de servicios en la nube. Los niveles de la FISMA son: Low, Medium y High (bajo, moderado y alto). Si observamos el año 2015 en relación con los niveles de impacto de la FISMA, la mayoría de los sistemas se incluyeron en los niveles de bajo y moderado. Según los datos de 2015, la distribución fue un 30% de nivel bajo, un 60% de nivel moderado y un 10% de nivel alto. Si trasladamos esto a la preparación de la nube, puede afirmarse que la mayoría de las cargas de trabajo gubernamentales se clasifican como bajas y moderadas, por lo que son fáciles de migrar a la infraestructura de un CSP que pueda administrar dichos niveles (y que disponga de una certificación para ello).
 - La Organización Internacional de Normalización (ISO) 27001. ISO 27001 es una norma o estándar de administración de la seguridad que establece prácticas recomendadas en materia de administración de la seguridad, así como controles de seguridad exhaustivos, conforme a las prácticas recomendadas de la norma ISO 27002. Se trata de un estándar de seguridad

internacional ampliamente reconocido por el que los clientes del sector público han mostrado gran interés. Aunque se trata de un marco más complejo que el método del gobierno de Reino Unido, el empleo de un marco ISO 27001 para definir controles puede resultar una alternativa útil o un enfoque complementario.

En oposición a recomendar que los gobiernos acepten de forma genérica el marco ISO 27001, sugerimos que los organismos del sector público en España establezcan una clasificación de los datos que permita establecer el nivel de controles adecuados para el uso de cada uno de ellos, y aprovechen las normas ISO para crear una política basada en estándares internacionales reconocidos, en lugar de tratar de volver a inventar la rueda. Puede definirse el nivel y la extensión de los controles requeridos en el marco, ya que esto tiene relación con sus propios niveles de clasificación de datos, lo que mitiga las amenazas percibidas respecto a dichos datos

6. Colaboración efectiva público privada en la nueva Ley de Contratos

Introducción

En la LCSP se ha suprimido el Contrato de Colaboración Público-Privada debido a su complejidad y escaso uso en la práctica. No obstante, la Ley contempla el nuevo Contrato de Concesión de Servicios para abordar los temas relacionados con los servicios públicos de interés general.

Asimismo, a lo largo de la norma existen diversos apartados en los que se hace referencia a la colaboración público-privada, como son el procedimiento de asociación para la innovación (Art. 177 a 182), del que hablaremos en el siguiente punto, las consultas Preliminares del mercado (Art. 115), el procedimiento de licitación con negociación. (Art 166 a 171) y el diálogo competitivo⁶.(Art 172 a 179)

A. Consultas Preliminares del mercado

Síntesis y novedades

La extinguida Ley de Contratos prohibía expresamente que los licitadores que participaran en la confección de los pliegos pudieran también participar en la licitación. En ocasiones esto daba lugar a una falta de información por parte de la Administración para determinar el objeto del contrato, precios adecuados y criterios de adjudicación objetivos.

Una de **las novedades principales** de la nueva Ley es que en el cumplimiento de la exigencia de las directivas comunitarias 2014/24/UE, se regulan **las consultas preliminares del mercado** mediante medidas para evitar falsear la competencia. Estas consultas se regulan en el **Art. 115** de la Ley por el cual se abre la posibilidad de que el Órgano de Contratación reciba el asesoramiento de terceros. Específicamente realizando consultas a asesores, expertos, autoridades independientes e incluso, con carácter excepcional, a los operadores económicos del mercado. La finalidad de estas consultas es la de **preparar y planificar** las licitaciones **e informar a los operadores económicos de los planes de contratación y de los requisitos que se exigen**.

En este sentido, la participación en la consulta no impide la posterior presentación a la licitación siempre y cuando no se falsee la competencia. Como se ha comentado con anterioridad, se llevarán a cabo medidas para evitar el falseo de la competencia.

En la norma se establece cómo se deben llevar a cabo estas consultas y se establecen una serie de medidas para evitar que se falsee la competencia

Problemática detectada

No obstante, hemos detectado una serie de dificultades que pueden impedir la implantación y uso eficaz de este procedimiento, entre ellos:

- Falta de concreción en los casos en los que el Órgano de Contratación puede realizar consultas. Según la Ley, siempre y cuando se razone en el anuncio previo.
- Falta de concreción en las ocasiones excepcionales en las que se puede consultar a los operadores económicos que estén activos en el mercado, ni con qué criterios se elige a los asesores externos. Según la Ley, se trata de un aspecto a razonar en el anuncio.
- La Ley indica que cualquier empresa interesada pueda solicitar la información de las consultas y aportar soluciones, por lo que se entiende que no debería haber selección por criterios de solvencia.
- Dificultad para demostrar que un licitador que asesoró al Órgano de Contratación pueda participar en la licitación ulterior, puede dar lugar a inseguridad jurídica.

⁶ Este procedimiento de contratación ya existía, no obstante, su utilización era prácticamente nula.

- La complejidad puede retraer su uso

Recomendaciones

Para tratar de solventar estas dificultades, señalamos una serie de **recomendaciones**:

- Establecer en el Órgano de Contratación el ámbito de la consulta y a qué niveles de conocimientos dirigirla.
- Invitar a participar a los operadores activos del mercado. Y ampliar a más de un asesor la realización de la consulta.
- Incluir entre los asesores externos a organismos independientes, asociaciones, colegios profesionales, etc.
- Creación de un comité de expertos o un organismo intermedio.
- Publicación inmediata de la información en el perfil del contratante.
- Incorporación en el pliego de prescripciones técnicas criterios técnicos, jurídicos y objetivos evitando prescripciones técnicas excluyentes o solvencias desproporcionadas.
- Realización de una guía de instrucciones para la AA.PP. y las empresas para otorgar seguridad jurídica a los empleados públicos. Y que esté disponible en el perfil del contratante.
- Creación de un servicio de información y resolución de dudas.
- Posibilidad de remunerar a los asesores.
- Que se valoren las soluciones innovadoras y se facilite el acceso a las pymes.
- Indicación en la consulta el tipo de procedimiento que se seguirá en la licitación y el valor estimado de la misma.
- Indicación de plazos máximos para la realización de las consultas. Y también para el anuncio de la licitación, de, por ejemplo, tres meses.

B. Licitación con negociación

Síntesis y novedades

La Ley suprime el procedimiento negociado sin publicidad debido a los riesgos relacionados con la corrupción. Y se incorpora un nuevo procedimiento de negociación: **la licitación con negociación**.

Para que este procedimiento pueda ser aplicado debe cumplirse alguno de los siguientes supuestos:

- Se necesite un diseño previo.
- Solución innovadora.
- Por su complejidad en la definición de las prescripciones técnicas.
- Ofertas inaceptables o irregulares en anteriores licitaciones.
- Servicios personalísimos.

Problemática detectada

La problemática detectada en la implantación de este procedimiento se centra en la complejidad y duración del proceso, así como en que no se establecen plazos para llevar a cabo las negociaciones.

Recomendaciones

Para evitar esta situación, **recomendamos** que en los criterios de selección se indiquen requisitos de solvencia flexibles para facilitar el acceso a las pymes; se incorpore la información necesaria en el pliego para evitar interpretaciones diferentes y simplificar las negociaciones; se acorten los plazos para la realización de las negociaciones con el fin de agilizar las contrataciones y que se valoren las soluciones innovadoras.

C. Diálogo competitivo

Síntesis y novedades

Este procedimiento ya existía en la anterior Ley de Contratos, aunque en la práctica su utilización ha sido muy escasa. La novedad de la nueva Ley respecto a este procedimiento es la **regulación de las primas o compensaciones para todos o algunos de los participantes**. Si se van a pactar primas debe indicarse en el pliego de condiciones particulares.

En este procedimiento se parte de **unas necesidades**, que a diferencia del anterior parte de un objeto cierto. El procedimiento es muy similar a la licitación con negociación, pues es un procedimiento que también incluye negociación, por lo que deben cumplirse los supuestos de art. 167.

Problemática detectada

En este tipo de procedimientos se ha detectado que existen pliegos que en el anuncio establecen dos fechas. Una primera para presentarse a la selección y una segunda para que, quienes hayan sido seleccionados, se presenten a la licitación definitiva. Una vez finalizada la mesa de diálogo pueden transcurrir entre dos y tres meses entre la fecha del anuncio y la licitación definitiva.

Debido a la similitud con el procedimiento de licitación con negociación, resulta ambiguo establecer con exactitud en qué supuestos se debe utilizar un procedimiento u otro. De igual forma, no se establecen plazos de duración y su puesta en práctica genera inseguridad jurídica.

Recomendaciones

Como recomendaciones para solucionar alguno de los problemas señalados destaca la valoración de soluciones innovadoras y se facilite el acceso a las pymes; la creación de un servicio de información y resolución de dudas; la realización de una guía de instrucciones para la AAPP y las empresas disponibles en el perfil del contratante y acortar los plazos para la realización de los diálogos con el fin de agilizar las contrataciones.

7. Impulso de la compra pública innovadora

Introducción

En la actualidad existen pocos ejemplos reales de casos de éxito en la aplicación de esta fórmula de amplia aplicación en Europa y que permite a las empresas Innovadoras, aportar soluciones y valor con ciertas garantías de protección, tanto en los resultados como en el retorno de la inversión.

Son presentados como casos de éxito en innumerables situaciones, los referidos a la aplicación de estos fondos en proyectos y programas que poco tienen que ver con la aplicación abierta y participativa de soluciones innovadoras de tecnologías inmaduras y de alto riesgo.

Problemática

Existen dos situaciones fundamentales que provocan el casi nulo uso de esta modalidad de contratación:

- La casi inexistencia de ejemplos prácticos transparentes que permitan establecer criterios objetivos que aporten garantía jurídica al proceso y su aplicación en situaciones reales que lo requieran.
- La falta de planificación estratégica que permita resolver situaciones previstas con la suficiente antelación como para aplicar un procedimiento, que por su naturaleza es largo en el tiempo, hasta obtener la solución aplicable.

Recomendaciones

El uso de esta modalidad resolvería, entre otros, la imposibilidad de las administraciones públicas de acudir a actores de mercado, salvo expresa autorización previa justificación razonada y las ineficaces consultas a mercado de proceso de contratación normalizado, para obtener soluciones, que impide a las primeras, tener la retroalimentación necesaria de las evoluciones tecnológicas y las tendencias de productos y servicios altamente innovadores, eficaces en muchos casos.

También generaría una sana competencia colaborativa, entre entidades altamente innovadoras y centros de I+D para aportar soluciones que pudieran ser de aplicación práctica, que mejoraría la capacidad de idear y producir nuevas soluciones y sus servicios asociados muy focalizados a mercado y de rápida aplicación.

Son por tanto deseables:

- El establecimiento de casos transparentes y participativos en entidades centrales de reconocido prestigio y que de manera cercana a los instrumentos de control, sean supervisadas y reconducidas hasta otorgar carta de garantía jurídica a quienes apliquen el modelo de manera fiel, otorgaría a las entidades contratantes y sus instrumentos de control y garantía, las herramientas y garantías necesarias para seguir el procedimiento como un instrumento eficaz en la contratación de determinados productos y servicios altamente innovadores o de alto riesgo en la aplicación.
- El establecimiento de un diálogo permanente entre instituciones y sus directivos en los ámbitos públicos y privados, que permitan planificar o prever situaciones a resolver en el medio y largo plazo sobre los que iniciar opciones de CPI a incluir en las planificaciones de los distintos organismos de contratación pública.