

VIII Seminario de contratación pública

Nuevos escenarios para la contratación pública: una nueva gobernanza

"Gobernanza y transparencia en la contratación Pública. Nuevas perspectivas"

Patricia Iglesias Rey

Letrada de la Xunta de Galicia"

SUMARIO

- I. Introducción
 - ¿Qué es el buen gobierno ? Breves reflexiones.
- II. ¿De dónde venimos y por qué se hace necesario introducir el concepto de buen gobierno en la Contratación pública?
 - Áreas de riesgo: contextos que pueden favorecer el " mal gobierno".
- III. ¿Qué medidas se contemplan en la ley 1/2016 de transparencia y buen gobierno de Galicia y en el nuevo proyecto de LCSP.
- IV. ¿En qué dirección es necesario e imprescindible caminar?.Nuevos retos de buen gobierno en la contratación pública.

I.- Introducción.

- ¿Qué es el buen gobierno en la CP? Breves reflexiones.

"Un estado es gobernado mejor por un hombre bueno que por una buena ley" (Aristóteles)

Parece que el Buen Gobierno, ese hermano de la Transparencia, hasta el momento ha brillado más bien por su ausencia, y quizá por ello -y por el hartazgo de la ciudadanía- observamos una prolija tendencia reguladora en el moderno legislador estatal y en los autonómicos que han legislando para la consecución de ese Buen Gobierno.

Pero, ¿Qué es Buen Gobierno?

Podemos definir Buen Gobierno, desde un planteamiento simple, pero que representa un porcentaje alto del concepto, como aquel que se ejerce de una manera objetivamente correcta, persiguiendo el cumplimiento de los intereses generales, y consiguiendo en un alto grado una buena gestión, alcanzando cotas muy aceptables de transparencia, eficacia, eficiencia, cumplimiento de la legalidad y un alto grado de satisfacción en el ciudadano.

El razonamiento es sencillo: hacer las cosas bien es más legal, transparente y eficiente.

Respetar la ley, trabajar de forma planificada, automatizada dentro de lo posible, e inteligente cada vez que haya que tomar decisiones, reducirá, sin duda alguna, los continuos descalabros que nos citan frecuentemente en todos los cursos y jornadas, y que nos evidencian para el gran público en los telediarios cuando se muestran obras de aeropuertos sin aviones.

Lo siento por mis compañeros y colegas del mundo de la abogacía privada que trabajarían menos, pero debemos defender e implementar un modelo que reduzca drásticamente el nivel de conflictividad existente, por ejemplo: "pensando" en elaborar unos buenos pliegos de cláusulas administrativas (PCAP) o unos pliegos de prescripciones técnicas (PPT) atendiendo a lo que realmente queremos contratar (que debe estar definido previamente, no podemos esperar a ver las ofertas), o incidir en el control en la fase de ejecución de los contratos. Nos estamos jugando la calidad del servicio, pero también, por qué no decirlo, mucho dinero público.

En la Administración es infinitamente más barato prevenir que curar, si se hace una buena labor de asesoramiento en el consultivo, tendremos menos pleitos o por lo menos menos cuantiosos, en los que la siempre aclamada responsabilidad patrimonial de la administración (RPA nos puede jugar una mala pasada, cuando las modificaciones contractuales no están previstas y definidas en el PCAP, o se carece de un sistema definido y claro para el supuesto de ruptura del re-equilibrio económico financiero del contrato (sobre todo en concesiones); modificaciones contractuales que por su falta de definición quedaban al albur de los contratistas y de la jurisprudencia en última instancia, no siempre pacífica y con tesis que no favorecen siempre a la Administración en conceptos como el *factum principis* o en el reconocimiento extrajudicial de crédito cuando se ha contratado sin expediente de contratación, sin crédito presupuestario, o en las modificaciones irregulares (por no decir ilegales).

Para completar la anterior definición sobre lo que es el buen gobierno, es necesario diferenciar entre el *criterio de oportunidad* y el *criterio de legalidad*, teniendo en cuenta que ambos impregnan en igual medida la actuación administrativa y que deben estar equilibrados.

Por un lado, el principio de legalidad, marca unas reglas del juego que sujetan a todos los poderes públicos en cuanto a su organización y funcionamiento. Se trata de unas reglas mínimas, esencialmente de Derecho administrativo y de Derecho Penal, cuya vulneración tiene consecuencias jurídicas y de la que derivan las responsabilidades legalmente previstas (aunque no siempre exigidas). Pero el Buen Gobierno, precisamente por estar apoyado más directamente en el Derecho Natural o conceptos como autorregulación o soft law, genuinos de los países de tradición anglosajona, que va más allá y entra a cuestionar la procedencia de la

actuación, el criterio de oportunidad, y es que puede haberse seguido totalmente el procedimiento (el expediente lo puede aguantar todo) todos los trámites, todos los principios como el de concurrencia, pero quizá, antes que todo esto, alguien debió plantearse si era realmente necesario construir un aeropuerto en Castellón. El Buen Gobierno revisa este tipo de actos y decisiones discutibles, probablemente erróneas o inoportunas. Entra por tanto en el terreno de las decisiones, y no en la simple constatación del frío cumplimiento del procedimiento.

En efecto, uno de los principios generales a los que deberán adecuar su actuación los responsables públicos es asumir la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente (art. 26.2.a.7 LT), lo cual da una clara muestra de este plus en la buena gestión que representa el Buen Gobierno, esa vocación de servicio público; esa buena fe que en los países del norte de Europa “se trae de casa”, pero que aquí ha sido necesario instaurar un régimen sancionador para “asegurarla”. Sanciones, por cierto, que realmente constituyen la única aportación adicional del Buen Gobierno, ya que, por ejemplo, cumpliendo rigurosamente el art. 22 de la Ley de Contratos, el citado aeropuerto nunca se hubiera construido.

- **Breves reflexiones..**

1ª.-Primera reflexión: Siempre que se habla de corrupción surge la pregunta comprometida: “¿Y qué hacía la Asesoría jurídica o la Intervención en estos casos?”, ¿Fallaron los controles *ad intra* administrativos? Ante esta pregunta no quiero responder de forma vehemente ni corporativista, aunque sí estoy el foro adecuado por ser la mayoría de los presentes, servidores públicos, pero si voy a responder haciéndolo de manera objetiva: un gran número de casos de corrupción (relacionados con la contratación pública), se han producido en el seno de actuación de los que todos conocemos como “Administración paralela o instrumental” (fundaciones, sociedades públicas, consorcios, agencias...), que a pesar, como sabemos, que son poderes adjudicadores que se sujetan a la disciplina de la contratación pública, no son controlados de facto por la asesoría jurídica, pues no informamos sus pliegos ni formamos parte de las mesas de contratación. Del mismo modo, esa administración instrumental en la mayoría de las ocasiones no está sometida a la fiscalización previa del gasto, y cuando llega, que llega la auditoria del Consello de Contas de Galicia o la amenaza de la temida responsabilidad contable por alcance el Tribunal de Cuentas puede que sea ya demasiado tarde...

Además de lo anterior, como veremos cuando hable de los “riesgos” o las “patatas calientes” de la contratación pública, sabemos también que muchas de las irregularidades se producen en la fase de ejecución contractual, (sobrecostes de los modificados, riesgos de cesiones ilegales en los contratos de servicios) que muchas veces ni son informados ni analizados por la asesoría jurídica, ni sometidos a

fiscalización previa de gasto, porque simplemente, en ocasiones, no se ha tramitado un expediente de modificación.

Esta situación en Galicia, puede que debido a la crisis económica, ha ido mutando de forma exponencial, constatándose un mayor control jurídico de toda la "administración instrumental", otorgando a los letrados/as de la Xunta de Galicia un papel de control de legalidad ciertamente relevante, eso sí con más carga de trabajo para los letrados.

Un primer hito en este mayor control de produjo con nuestra ley autonómica de racionalización del sector público autonómico (ley 14/2013 de 26 de diciembre racionalización del sector público autonómico)¹, y de manera más enfática con la ley Ley 4/2016, de 4 de abril, de ordenación de la asistencia jurídica de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Galicia y de su sector público²; ambos texto legales proclaman el "principio de auto provisión" e identifican legalmente un catálogo común de bienes y servicios para todo el sector público (art 9 de la ley 14/2013 de 26 de diciembre) y obliga (por razones de ahorro y para aumentar control de la Administración General sobre su administración instrumental) a todos los entes de la administración paralela que se nutran, en virtud del principio de colaboración, cooperación y autoprovisión, a acudir a eses catálogo de servicios comunes, entre los que se encuentra así declarado por ley "los servicios de asesoramiento jurídico" de la Asesoría jurídica general de la Xunta de Galicia, y sólo de forma excepcional, previa motivación, podrán contratar servicios de asesoramiento jurídico externo.

De esta forma, en el momento actual (septiembre 2017) estamos informando cerca del 70% de los pliegos de contratación de todo el sector público instrumental (no todos, algunos se resisten) y los letrados/as de la Xunta formamos parte de la mesas de contratación.

Del mismo modo, la ley 1/2016 de transparencia y buen gobierno de Galicia, además de avanzar en los pasos dados por la legislación previa y superarlos (Galicia fue pionera con una ley de transparencia en el año 2006), integra en un mismo texto toda la regulación referida a la rendición de cuentas de los poderes públicos gallegos, tanto en lo que respecta a los datos derivados de su actividad administrativa y gubernamental como en lo referente a los mecanismos de control de las buenas prácticas por parte de las personas que tienen responsabilidades públicas.

1 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-1586&p=20160412&tn>.

2 https://www.xunta.gal/dog/Publicados/2016/20160412/AnuncioC3B0-070416-0002_es.html

2ª.-Segunda reflexión.

No es menos cierto, que los resultados observados en los últimos años surgen fruto de la aplicación de mayores medidas de control que han permitido sacar a la luz un número de casos de corrupción que, unido a la crisis económica, la lentitud de la justicia, la baja intensidad de las penas y la no devolución del dinero, han enfatizado la sensación de impunidad de los corruptos y han agudizado la alarma social.

En este contexto tampoco es una solución idónea, en mi opinión, que todo se judicialice en atención al “principio de intervención mínima” que en el ámbito del Derecho penal se consagra, sino que pasa por un fortalecimiento de los controles administrativos y de la puesta en práctica buenas técnicas de gestión que debe regir en esta materia.

Debe priorizarse la evaluación (ex ante y ex post) de los procesos de contratación pública. Hay que evitar el mero control de legalidad formal y deben instrumentarse consecuencias prácticas reales en caso de incumplimiento de los contratos, es decir incidir con mayor énfasis en la fase de ejecución contractual para evitar modificaciones o demoras en demasía. Siendo crítica, considero que existe un amplio margen de mejora en la contratación pública; y puedo constatar, como luego diré, que a nivel legislativo y de doctrina contractual con la creación del Tribunal Central de Recursos contractuales y de los Tribunales autonómicos ya se ha mejorado, y mucho.

Quiero significar que debe ser una meta loable para todos los empleados públicos mejorar en la contratación pública, debemos implicarnos TODOS e interiorizar que servimos a los intereses generales, con estricto respecto al principio de legalidad que consagra nuestra CE en los artículos 9.1, 103 y 106.

Y aviso a navegantes: si antes los hombres de negro (Europa) ponían su lupa en las ayudas de estado y subvenciones ahora en el nuevo paquete de fondos “ Europa 2020”, lo van a poner en la contratación pública.

II.- ¿De dónde venimos y por qué se hace necesario introducir el concepto de buen gobierno en la Contratación pública?

La corrupción constituye un fenómeno tan antiguo como la Humanidad y siempre ha estado ahí, pero lo cierto es que el grado de tolerancia es distinto segundo el prisma del Estado con la que mires; podemos

pensar en países donde si un político comete una infracción, abandona su cargo público. Y no sólo por grandes casos de corrupción o escándalos que abren las portadas de los medios con más repercusión del planeta, sino por todo tipo de infracciones. Algunas se pueden considerar más o menos graves, pero de cualquier modo, han puesto punto y final a carreras políticas. Por ejemplo: la ministra de Educación Secundaria y para Adultos sueca, Aida Hadzialic, anunció su dimisión porque arrojó en la prueba de alcoholemia un resultado de 0,2 miligramos de alcohol en sangre, la cantidad mínima que en Suecia se considera delito.

No podemos mirar para otro lado, ponernos una venda en los ojos, es necesario una cultura de cumplimiento en las empresas (obligación de implementar programas de *compliance* desde la reforma del CP en julio de 2015) y evidentemente en las Administraciones Públicas, deben dar ejemplo. Donde hay potestades públicas habrá siempre un riesgo de desvío de las mismas en intereses particulares y en épocas, como las pasadas décadas, en las que se utiliza la contratación pública para activar la economía por su efecto, se produce un incremento del gasto público que, produce el efecto colateral indeseable que es la aparición de incentivos ilícitos (sobornos) en la adjudicación de los contratos.

Estas conductas ilícitas hay datos objetivos de que distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza en las instituciones. España es un país donde los ciudadanos creen que la corrupción es el segundo de los grandes problemas nacionales tras el paro.

Además, en el contexto de crisis, la contratación pública siguió siendo relevante; un dato macroeconómico que es llamativo: el montante económico de la contratación pública en España puede llegar a significar un 17% del PIB de nuestro país.

Por lo tanto, el tema de la contratación pública es de extraordinario interés, y se presenta como preocupante, como así lo reflejan las fuentes sobre esta materia y cito:

- Informe de la Comisión europea y del Consejo en Febrero 2014 sobre la lucha contra la corrupción (en el que España se encuentra en una muy mala posición respecto a los demás Estados Miembros);
- Decálogo de Jose María Gimeno Feliu publicado en el Observatorio de Contratación Pública el 12 de noviembre de 2014;
- Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos elaborado Transparencia Internacional España dirigida a los partidos políticos; informe de la oficina antifraude de Cataluña,

- Documentos de trabajo del Observatorio para la contratación pública,
- El informe de octubre de 2015 de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, y otros estudios de gran interés.³
- Decisión del Consejo Europeo de julio de 2016 dirigido al reino de España para adoptar medidas urgentes respecto al cumplimiento del déficit público, en el que se recogen medidas de reforma de la contratación pública que pasan por un mayor control, transparencia y buen gobierno en el ámbito de la contratación pública.

De hecho, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que *“el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea”*, e insta a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratos públicos.

Son muy interesantes también las encuestas a las empresas españolas (CIS 2015), que afirman en su gran mayoría (97%) que la corrupción está muy extendida y que la única manera de triunfar en el mundo empresarial es teniendo contactos (52%). Las empresas españolas manifiestan que las prácticas más extendidas son:

- Pliegos a medida para determinadas empresas,
- abuso del negociado sin publicidad,
- criterios de adjudicación poco claros,
- conflicto de intereses en la valoración de las ofertas y
- abuso de las modificaciones de los contratos.

Ante esta situación, en la Ley 1/2016⁴ de 18 de enero de transparencia y buen gobierno de Galicia, su articulado dedica una atención especial a la contratación pública, en aras a la consecución del buen gobierno. Además de las referencias generales, regula de forma específica las obligaciones de información en materia de contratación pública (art. 13), de concesión de servicios públicos (art. 14) y sobre

³ http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas.

Apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7_TA (2010) 0155 (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011).

La Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011 [P7_TA (2011) 0454], sobre la modernización de la contratación pública, señala en su apartado 44 que *“la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas”*. Al mismo tenor responde el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE), sobre el Libro Verde de la Comisión al que *“uno de los objetivos de las directivas consiste en combatir el favoritismo, del fraude y la corrupción”*, apartados 1.14 y 6.1 (DOUE C 318, de 29 de octubre de 2011) y el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre las Propuestas de Directivas, SEC (2011) 1585 final, de 20 de diciembre de 2011, pág. 30.

⁴ <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2016-3190>

encomiendas de gestión y encargos a medios propios (art. 16). También se introduce una modificación en relación con los contratos adjudicados con pluralidad de criterios de valoración (D.F. 2ª).

- **Áreas de riesgo: contextos que pueden favorecer "el mal gobierno".**

Tras más de diez años ejerciendo como letrada informando e interviniendo en expedientes de contratación no me cabe duda de que ninguna institución pública puede evitar cien por ciento la corrupción.

No obstante, existen escenarios que ya de por sí son favorecedores a las contrataciones "arbitrarias" y a una ejecución, "anómala" de los contratos, en beneficio económico de algunos y a costa del erario público. Así las cosas, existen determinadas áreas de riesgo o patatas calientes:

1.-La huida del derecho administrativo y del control previo de legalidad a través de la administración instrumental (empresas públicas). La mayoría de casos de corrupción se han forjado a través de la utilización de entes instrumentales que no están sujetos a control previo de legalidad. (Caso Palma Arena, Caso Aquamed, Caso Nóos (la pieza 25 del Caso Palma Arena), Canal Isabel II, ERE de Andalucía...etc., son muestra de ello). Por otro lado, el régimen jurídico a aplicar en las contrataciones es el TRLCSP pero en un nivel menor de rigor que si el poder adjudicador tuviera la condición de Administración Pública.

2.-Los reconocimientos extrajudiciales de crédito: Cuando alguien con apariencia de autoridad encarga verbalmente a una empresa la entrega de bienes, prestación de servicios o ejecución de una obra, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y la empresa, actuando de buena fe lo ejecuta, se produce un enriquecimiento injusto por parte de la Administración que deberá restituir la cosa o abonar a dicha empresa los costes en que haya incurrido. Esta situación, que debería ser extraordinaria, se ha convertido en un mal sistémico del área sanitaria en algunas comunidades autónomas, donde una parte muy importante del presupuesto de gasto sanitario se contrata ilegalmente, a ciencia y paciencia de la Administración; en muchos casos, el presupuesto asignado a los servicios resulta insuficiente para que se pueda contratar todos los bienes y servicios necesarios.

Si la contratación se ha celebrado adoleciendo de vicios de nulidad absoluta, no podrá ser eficaz y las facturas no se podrán abonar. El Tribunal Supremo entiende que la contratación verbal ostenta el carácter de pacto radicalmente nulo, y no produce en consecuencia efectos, derivado de su inexistencia jurídica. No se pueden derivar obligaciones de un contrato inexistente. Sin embargo, como viene apuntando el Consejo

de Estado en su doctrina (véase, por ejemplo, el dictamen 1724/2011), la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico, y pagar la factura, sin que haya precedido la declaración de tal nulidad y en su caso, acordado la indemnización, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato⁵ .(artículo 37.1 a) del TRLCSP) y que pasaría por el necesario ejercicio posterior de la acción de regreso contra la autoridad, o en su caso, la incoación de un expediente de responsabilidad por alcance contable como consecuencia de la auditoria publica de control del gasto. En este contexto de contratación verbal se produce una situación favorecedora del clientelismo y la corrupción, lo cual no significa que tenga que darse.

3.-Es en los contratos menores y en los negociados sin publicidad donde se concentra la mayor parte del riesgo de corrupción. Actualmente, la única solución para erradicar el contrato menor y el negociado sin publicidad es no utilizarlo. En el Proyecto de ley de contratos del Sector Publico en tramitación parlamentaria y ahora en el Senado (PLCSP), se ha avanzado en este sentido al eliminarse el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, pues que era un procedimiento opaco y favorecedor de corruptelas. Debemos también aplaudir los avances del PLCSP en la contratación menor, pues se reducen los importes, se endurecen las obligaciones de publicidad de este tipo de contratos al tener que identificar a los adjudicatarios de los contratos menores y, de este modo, favorecer el control de los posibles fraccionamientos del objeto del contrato

4.-La utilización indebida de las transferencias de financiación a los entes del sector público instrumental. Las transferencias de financiación son aquellas aportaciones dinerarias entre las administraciones matrices y sus entes instrumentales (agencias, sociedades, fundaciones, consorcios,...) destinadas a financiar de forma " global" la actividad del ente receptor de la transferencia. En los informes de la asesoría jurídica y en la fiscalización previa de los expedientes de transferencia únicamente se comprueba la correcta calificación del negocio (que no se trate de una subvención o un contrato), la competencia de órgano, la existencia de crédito adecuado y suficiente y poco más. No se lleva a cabo un control de legalidad material ni una fiscalización de la utilización de estos fondos y por ello constituyen una zona de riesgo evidente, como por ejemplo ha sucedido en el caso de los ERE de Andalucía.

⁵ Véase el comentario que escribí en el Observatorio de Contratación pública.
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.220/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.f2fb>.

El Dictamen 4/2011 del Tribunal de Cuentas Europeo afirma que la negociación constituye una herramienta valiosa para la apertura de los mercados y el incremento de la eficiencia de los procedimientos, también es cierto que puede tener efectos nocivo para el objetivo de prevenir el fraude y la corrupción, al conceder más facultades discrecionales a los poderes adjudicadores.

5.- **Es conocida por todos la utilización indebida de la figura de convenio.** En muchas ocasiones, sobre todo cuando se trata de grandes proyectos como son los acontecimientos deportivos (la vuelta ciclista a España que pasa por Galicia) y los patrocinios, se acude a la figura del convenio precisamente para eludir requisitos y controles, cuando en realidad se trata de un contrato o de una subvención. Las ventajas que ofrece el convenio para las prácticas corruptas resultan evidentes. Se elige al adjudicatario directamente eliminando la competencia, la justificación de las necesidades a satisfacer con dinero público se “suaviza”, los previos estudios económicos necesarios para cuantificar la actividad y determinar que el precio que se paga por ella es adecuado al mercado no existen, se pretenden exceptuar el principio de servicio hecho para el pago y por tanto, se pretenden adelantar cantidades del importe convenido, laxitud total en cuanto al control de ejecución del objeto del convenio y de actuaciones encaminadas a comprobación de resultados y comprobación de los fondos entregados. Si a esto unimos que el convenio lo suscribe un ente del sector público no sujeto al control previo de legalidad, no puede haber escenario más favorecedor a la corrupción.

Sin embargo, cuando se trata de relaciones público-públicas surgen otros problemas. El concepto de contrato público utilizado por el Derecho europeo se ha expandido de tal manera que penetra en ámbitos de los Derechos nacionales que no se explicaban en clave contractual.

De acuerdo con el Considerando 31 de la Directiva 2014/24/UE, el hecho de que las dos partes de una relación jurídica sean poderes públicos no excluye automáticamente la aplicación de las reglas de contratos públicos⁶.

La jurisprudencia del TJUE ya había consolidado este criterio, así como otros instrumentos europeos de soft law⁷. Sin embargo, es lógico que se deje un margen amplio para la articulación de relaciones administrativas y para el ejercicio de la potestad de autoorganización de las Administraciones de los Estados miembros. Se produce, de este modo, un punto de contacto claro entre el Derecho de los contratos públicos y el Derecho de la organización administrativa.

6 El ámbito de aplicación de las normas de contratos públicos Silvia Díez Sastre Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo (Profesora Titular Acreditada) Directora del Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa Universidad Autónoma de Madrid.

7 Sentencia Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España, C-84/03, EU:C:2005:14; y Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final], p. 3.

En la práctica, una de las consecuencias de la ampliación del concepto de contrato público es que el Derecho europeo empuja indirectamente al mercado a las Administraciones nacionales. En la medida en que extiende el concepto de contrato a las fórmulas de organización interna de la Administración y somete a estas últimas a un severo test de compatibilidad con el mercado interior, la Administración solo puede dejar los contratos “en casa” cuando se cumplan las exigencias que al efecto establece el Derecho europeo. En el resto de casos, está obligada a acudir al mercado. Esta conclusión se ve reforzada, además, por el hecho de que las excepciones a la aplicación del Derecho de los contratos públicos se hayan construido en origen a través de la jurisprudencia del TJUE. La determinación ad casum y, por definición, incompleta, de estas excepciones, han generado la suficiente inseguridad jurídica como para constituir un incentivo para acudir al mercado y evitar posibles violaciones del Derecho de la UE. El propio legislador europeo reconoce esa situación de inseguridad jurídica y los problemas derivados de las divergencias en la interpretación de la jurisprudencia del TJUE, tanto por los Estados miembros como por los distintos poderes adjudicadores. Estos factores se suman, además, al auge de ideas procompetitivas de la contratación pública que consideran que una prestación de servicios por el mercado es más eficiente que la llevada a cabo en el seno de la administración.

Para paliar los efectos negativos derivados de la expansión del concepto de contrato público a las relaciones público-públicas, la Directiva 2014/24/UE ha **ampliado las exclusiones de su ámbito de aplicación para este tipo de supuestos de contratos y colaboración público-pública**. Asimismo ha densificado la regulación que ya existía o que se había ido definiendo por la jurisprudencia del TJUE en este tipo de situaciones.

6.- **La ejecución “anómala” de los contratos y el abuso de los modificados.** El control de la ejecución de los contratos, tanto por los poderes adjudicadores como por la Intervención, es la asignatura pendiente en la práctica de la contratación pública. Existe un cambio de perfil profesional de las personas que se ocupan de la fase de ejecución, respecto a las personas que se ocuparon de la licitación y adjudicación. Esta fase transcurrió por un camino formal jurídico, controlado en muchos casos por la asesoría jurídica y por la Intervención; sin embargo, una vez formalizado el contrato, a veces no se sabe muy bien por donde discurre, puesto que el perfil profesional que lo controla, conector a fondo de la materia contratada, en muchas ocasiones carece de formación jurídica. La figura del responsable del contrato debería asegurar una correcta coordinación entre el personal promotor del contrato y el personal asistente al órgano de contratación con el fin de garantizar el cumplimiento.

Esta "complicidad" o entre la empresa y el director de las obras, o entre la empresa y el responsable del contrato, sin intervención de otros agentes que participaron en su día en la licitación y adjudicación pero que ahora permanecen en la sombra, crea un clima altamente peligroso y favorecedor de prácticas corruptas. Sólo la integridad de los sujetos que intervienen puede garantizar que no se produzcan. ¿Quién cuestiona la certificación de obra de un facultativo o la conformidad a la prestación de un servicio que plasma el responsable del contrato? Son documentos que gozan de presunción de validez por estar realizados en el ejercicio de funciones públicas, siempre que estén realizados por servidores públicos. En las obras públicas, el director de obra, además de ser un buen ingeniero o arquitecto, es imprescindible que conozca la normativa contractual, cosa que en los entes del sector público muchas veces no ocurre porque sus empleados no son funcionarios públicos. ¿Quién confecciona los PPT y las ofertas valoradas? ¿Quién redacta las certificaciones de obra?

III.- ¿Qué medidas se contemplan en la ley 1/2016 de transparencia y buen gobierno de Galicia y en el nuevo proyecto de LCSP?

- **Ley 1/2016 de 18 de enero de transparencia y buen gobierno de Galicia .**

En este apartado de mi comunicación me remito al magnífico análisis que se ha publicado en el Obcp sobre esta materia que ha escrito Carlos Alberto Amoedo, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de A Coruña.⁸

Como ya apunté, Galicia fue pionera en introducir medidas de transparencia contractual mediante la ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas de la Administración pública gallega. El artículo 10 contenía unas previsiones cuya falta de desarrollo reglamentario no han impedido su aplicación por los gestores autonómicos. Se trataba, fundamentalmente, de medidas de transparencia vinculada a la igualdad de trato en los procesos de contratación pública.⁹

⁸ <http://www.obcp.es>. Carlos Alberto Amoedo Souto. Catedrático E.U. de Derecho Administrativo y Secretario General de la Universidad de A Coruña. Artículo de opinión La Ley de Transparencia y Buen Gobierno de Galicia y sus novedades en materia de contratación pública.

⁹ Como la publicidad complementaria de los procesos de licitación en la web del órgano de contratación, así como una lista de aspectos a publicar respecto de los contratos públicos *adjudicados*: licitadores, criterios de selección y valoración, cuadro comparativo de ofertas económicas, puntuación obtenida por cada una de ellas (detallando la otorgada para cada uno de los criterios de valoración), resumen de la motivación de la valoración obtenida, adjudicatario; en su caso, modificaciones del contrato adjudicado que supusiesen un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato, siendo este superior a 1.000.000 euros;...

Y ante la ley estatal, añade algo la ley 1/2016 de transparencia y buen gobierno de Galicia? La ley de Transparencia y Buen Gobierno constituye uno de los frutos del "*Programa de Impulso democrático de la Xunta de Galicia 2015-2016*"¹⁰. Para entenderla, hay que leerla junto con la ley 1/2015 de 1 de abril de calidad y garantía de los servicios públicos.

La Ley 1/2015 de 1 de abril, contiene diversas novedades a la transparencia para lograr la buena administración, pero avanza poco en la regulación de las obligaciones de publicidad activa o pasiva. A cambio, si introduce varias innovaciones en materia de definición y régimen jurídico de los servicios públicos autonómicos (arts. 44 y ss.), entre las que cabe destacar la regulación de los pliegos de contratación de servicios públicos (gestión indirecta). Se incluye aquí la obligación de publicitar los estándares de calidad que asume el contratista (art. 46).

Novedades de la ley 1/2016 de transparencia y buen gobierno de Galicia:

A) Publicidad activa;

- Respecto del ámbito subjetivo de aplicación, se aplica la ley al Parlamento de Galicia, Consello Consultivo, Valedor do Pobo, Consello de Contas, Consello Económico e Social, Consello Galego de Relacións Laborais, Consello da Cultura Galega.
- En este mismo ámbito, se utiliza un criterio funcional de control, y no de participación superior al 50% en el capital social, para incluir o excluir de las obligaciones de transparencia a las entidades instrumentales sin finalidad industrial o mercantil.

Los partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y entidades privadas receptoras de fondos públicos a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 19/2013, cuando reciban fondos del sector público autonómico, darán cumplimiento de sus obligaciones de publicidad activa no en sus propios portales de transparencia, sino en el "*Portal de transparencia e Goberno aberto*" de la Xunta de Galicia, previsto en el artículo 29, y que se sitúa bajo la dependencia de la Vicepresidencia de la Xunta.

- La obligación de suministro de información por parte de sujetos privados gestores de servicios públicos o de potestades administrativas hacia las administraciones a las que estén vinculadas se amplían doblemente respecto de las previstas en la ley 19/2013: por un lado, se incluye a toda persona física o jurídica adjudataria de un "contrato", y por otro lado se incluye también a toda persona física o jurídica adjudataria de una "subvención". La obligación de suministrar información

¹⁰ <http://cpapx.xunta.gal/impulso-democratico>

y el régimen de penalidades ya no es modulable o disponible para el órgano de contratación, sino que constituye contenido obligatorio de los pliegos del contrato en la forma que predetermina la Ley.

- Sí es novedosa, en cambio, la obligación de publicar *“la composición de las mesas de contratación, del comité de personas expertas y/o de los organismos técnicos especializados que deban intervenir en el proceso de adjudicación”*.
- También es novedosa la obligación (art 13) de publicar el informe que justifique la externalización de prestaciones incluidas en el “catálogo de autoprovisión” previsto por el art. 8 de la ley 14/2013, de racionalización del sector público autonómico.
- Respecto de la contratación menor (art. 13.2), las únicas novedades consisten en que su publicidad “por lo menos” se hará trimestralmente, y el lugar de la publicidad, será *“el portal web de transparencia”*; se supone que el de cada entidad.
- El artículo 14 introduce específicas obligaciones de transparencia para los contratos de concesión de servicios públicos.
- El artículo 16 obliga a que las entidades integrantes del sector público autonómico informen sobre encomiendas de gestión y encargos a medios propios, en concreto, además de la información que se debe hacer pública según la normativa básica en materia de transparencia (*“se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma”*). Cuestión ahora muy relevante, para poder determinar correctamente con cierta seguridad jurídica, y controlar, aquellos medios propios que resultan amparados por el Derecho comunitario derivado al cumplir el porcentaje del 80% previsto por el art. 12 de la Directiva 2014/24/UE.

B) Publicidad pasiva (acceso a la información pública),

En este ámbito, la ley gallega opta con carácter general por remitirse a lo previsto en la Ley estatal. Las innovaciones se centran en el organismo independiente de control de las resoluciones administrativas de acceso.

En nuestro caso, al amparo de la adicional cuarta de la Ley 19/2013, se atribuye a la *Valedoría do Pobo*, comisionada del Parlamento gallego para la defensa de los derechos y libertades, la competencia para

conocer y resolver las reclamaciones contra esas resoluciones. Estas reclamaciones se consideran potestativas y, en todo caso, previas al recurso contencioso-administrativo.

Sin embargo, las funciones de control no se trasladan todas a la *Valedoría do Pobo*, dado que la ley crea la "Comisión de Transparencia" como órgano mixto "independiente" al que se atribuye la resolución de las reclamaciones en materia de transparencia.

Esta comisión está integrada por la Valedora (presidente), un adjunto/a a la valedora (vicepresidente), y cuatro vocales: un representante de la Comisión Interdepartamental de Información y Evaluación de la Xunta de Galicia; un representante del Consello Consultivo de Galicia; un representante del Consello de Contas; un representante de la Federación Gallega de Municipios y Provincias. Todos, salvo la Valedora removibles *ad nutum*, lo que sin duda favorecerá sobremanera la independencia en la resolución de las reclamaciones...

Por último, el artículo 50 prohíbe que el gobierno autonómico en funciones pueda adquirir compromisos de gasto que no sean corrientes, ni adjudicar contratos que tengan vigencia plurianual y, en todo caso, aquellos cuya estimación económica supere los 150.000 euros...salvo que concurra urgencia o existan razones motivadas que lo justifiquen.

- **El buen gobierno en el proyecto de LCSP.**

A) Desde la vertiente de los poderes adjudicadores.

En este punto, no puedo sino compartir el artículo de opinión en el Obcp del Director y anfitrión de estas jornadas¹¹, nuestro querido Chema, que recuerda que desde las instituciones europeas se insiste en la necesidad de una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad. Y ello obliga a cambiar la perspectiva de una regulación pensada en clave hacendística y que debe "*armarse*" desde la lógica del derecho a una buena administración (J.PONCE).

¹¹ <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones>. Jose María Gimeno Feliu La "debilidad" del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en su actual tramitación parlamentaria desde la perspectiva del control efectivo y de la prevención de la corrupción y de las exigencias europeas

Son varias las debilidades, del PLCSP desde el punto de vista del buen gobierno:

1. En primer lugar, **se mantiene el disfuncional “sistema dual normativo español” de la contratación pública en función de que se trate de contratos armonizados o no armonizados** (dependiendo de si superan o no el importe fijado como “*umbral de armonización*” en la Unión Europea), junto con la distinción entre entes que son Administración pública, y poderes adjudicadores que no son AAAPP. Sin embargo, en este aspecto debemos poner de manifiesto que fruto de la tramitación en el Congreso de los Diputados del PLCSP, se han eliminado, de nuevo con acierto, las instrucciones internas de contratación públicas de los poderes adjudicadores que no son AAPP, que implicaban distorsiones y el establecimiento de distintas reglas de juego en la contratación pública.
2. El **ámbito objetivo del recurso especial pudiera no ser suficiente**, pues no contempla todos los actos relativos a la ejecución del contrato y, en especial, la cuestiones de subcontratación y la resolución del contrato o concesión. Sin embargo, si se ha ampliado en el PLCSP, frutos de la introducción de enmiendas en el texto, los actos susceptibles de recurso especial, así: rescates de las concesiones, encargos a medios propios que no cumplen los requisitos previstos en la normativa de contratación pública, modificaciones contractuales irregulares. En este punto, según sostiene GIMENO FELIU la ampliación del recurso especial deriva de la exigencia de la Directiva europea de recursos (89/665, modificada por la Directiva 2007/66), cuyo ámbito de aplicación tiene ya efecto directo (como acaba de reconocer la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía).
3. **Especialmente grave es que la articulación práctica de Tribunales administrativos que se propone**, permitiendo Tribunales propios en Ayuntamientos con la consideración de Gran Ciudad y en las Diputaciones Provinciales genera una evidente asimetría, poco compatibles con el principio de seguridad jurídica. **La proliferación de Tribunales administrativos quebrará la esencia del modelo, generará distorsión de criterios e impedirá un verdadero control eficaz.**
4. Frente a la extensión de órganos de control en distintos niveles es aconsejable determinar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, que deberán garantizar en todo caso la nota de independencia y especialización y la debida colegialidad. La experiencia de la primera generación de órganos de recursos contractuales, en un contexto de mayor profesionalización y coherencia del sistema de control desde una perspectiva integral aconseja analizar las ventajas de situar a los órganos de recursos contractuales como órganos independientes “adscritos” al Parlamento

correspondiente o al órgano Consultivo superior como sección independiente, incluso adscritos a los OCEX. Se solucionaría así el cuestionamiento sobre la adscripción organizativa en un Administración Pública (y la posible “tutela administrativa” como sospecha), se fortalecería el carácter de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 237 TFUE.

5. Por último, **no se corrige la insuficiencia en la regulación de los medios electrónicos como herramienta de transparencia y en favor de la denominada “contratación abierta”**. La regulación mediante Disposiciones Adicionales y no un Capítulo o título específico es claramente insuficiente si, de verdad, hay una apuesta decidida por la Administración electrónica. Son necesarios sistemas de información *on line* ágiles, accesibles, gratuitos y de alcance universal, que hagan posible que cualquier licitador pueda obtener información sobre una licitación que corrijan la actual situación que desincentiva presentar ofertas por entender que el procedimiento puede estar ya orientado hacia determinados licitadores.

➤ Aunque en el PLCSP también se contienen aciertos desde el punto de vista del buen gobierno, y que transponen en esencia la nueva Directiva:¹²

1. Se introduce **más transparencia en los procedimientos**, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido. En especial, en el contrato menor se rebajan cuantías y se imponen ciertas reglas con el fin de evitar su indebida utilización (ahora muy “intensiva” en algunas administraciones) para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los controles. Asimismo, se obliga a reportar la información de los contratos menores asociado a cada contratista, con el fin de “descubrir” actuaciones irregulares.
2. Se **amplia el objeto del recurso especial** (que incluye ahora a los “rescates” de concesiones) y se rebajan los umbrales (tres millones de euros en obras y concesiones y cien mil euros en suministros y servicios). Se amplía la legitimación, lo que ha de favorecer un mejor control.
3. -Es cierto que **si se avanza con la creación de la autoridad independiente de la contratación pública** (creación prevista ya por la Ley de Presupuestos de 2017) y que debe servir para complementar la labor de la Junta Consultiva de Contratación pública.

¹² Jose María Gimeno Feliu Obcp. Las novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público tras su aprobación en el Congreso de los Diputados. El resultado podrá ser más o menos satisfactorio, pero resulta innegable que ha existido verdadera política en la tramitación de la Ley.

El objetivo de gobernanza parece, por fin, un tema de interés político, que debe servir para cerrar la arquitectura de un nuevo modelo de contratación pública que pivote sobre la eficiencia y la integridad.

Así, en el Libro IV del PLCSP se establece un 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.

- x En primer lugar, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que es designada como el punto de referencia para la cooperación con la Comisión Europea y, en consecuencia, se le atribuye la obligación de remisión de los informes que establecen las Directivas Comunitarias, y que continúa siendo el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal.
- x Por otra parte, se crea en el seno de la Junta Consultiva el denominado Comité de Cooperación en materia de contratación pública, principalmente, para articular un espacio de coordinación y cooperación en áreas de acción común con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales, así como para elaborar la propuesta de Estrategia Nacional de Contratación Pública, sin que ello impida la aprobación de estrategias, coherentes con la primera, por parte de las Comunidades Autónomas para sus respectivos ámbitos territoriales.
- x En tercer lugar, se crea la Oficina de Supervisión de la Contratación, también a nivel estatal, con plena independencia orgánica y funcional, integrada por un Presidente y cuatro vocales que gozan de la condición de independientes e inamovibles, que debe rendir cuentas anualmente a las Cortes Generales y al Tribunal de Cuentas sobre sus actuaciones. La misma deberá coordinar la supervisión en materia de contratación pública de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación en esta materia, dado que las Comunidades Autónomas pueden crear sus propias Oficinas de Supervisión. La Oficina está facultada para dar traslado a la Fiscalía u órganos judiciales o administrativos competentes de hechos de los que tenga conocimiento y que sean constitutivos de delito o infracción. Adicionalmente, es el órgano competente para la aprobación de la ya mencionada Estrategia Nacional, en cuya ejecución se verán involucrados los tres órganos que se he relacionado, así como sus equivalentes a nivel autonómico.

En conclusión, el escenario expuesto no puede resultar indiferente para nuestro poder legislativo, que debe reflexionar sobre los puntos críticos de nuestra legislación de contratos públicos, que, pese a su extensión y detalle, puede ser que fracase en el objetivo de prevención de la corrupción. Por ello, urge corregir las debilidades descritas en la aplicación práctica de la LCSP. La nueva Ley de Contratos del Sector Público no puede ser otra oportunidad perdida.

4.-Añadir como aspecto positivo, que **se endurecen las prohibiciones de contratar y los conflictos de intereses**. Así, se aprueba una nueva regulación más rigurosa de las prohibiciones de contratar (por ejemplo, no podrán ser contratistas los condenados por corrupción entre particulares) y se incluye en el ámbito subjetivo de la Ley a los partidos políticos, organizaciones sindicales y asociaciones empresariales cuando se financien mayoritariamente con fondos públicos, lo que les obligará, en determinados supuestos, a adjudicar sus contratos siguiendo un procedimiento público.

Además, con carácter general, se establece una previsión de que los órganos de contratación están obligados a tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude y la corrupción, y a prevenir, detectar y solucionar los conflictos de intereses que puedan surgir en un contrato público (art 64 del PLCSP).

5.-Para fomentar la publicidad en la contratación pública se **suprime el procedimiento negociado por razón de la cuantía** (que no tiene publicidad) creándose un nuevo procedimiento, el Abierto Simplificado, con una duración del proceso de contratación muy breve (alrededor de un mes) pero que será totalmente transparente, con publicación obligatoria.

B) Desde la vertiente de los contratistas:

La nueva Directiva europea de contratación pública, a diferencia de la actual legislación española, en vigor, establece un importante incentivo para que las empresas que contraten con el Estado adopten programas de cumplimiento (Compliance Programs) penales y colaboren con la Administración de Justicia. A la vista de esta tendencia, no parece descartable —incluso resulta deseable— que se establezca la adopción de dichos programas como exigencia para las empresas que quieran contratar en el sector público.

Así las cosas, la vertiente incentivadora del modelo de *carrots and sticks*. Así, la Directiva no sólo obliga a la exclusión de las empresas que hayan sido condenadas en sentencia firme por corrupción (entre otros delitos). La Directiva también permite que dichas empresas eviten la exclusión si, prueban que han implementado un sistema de *compliance penal* adecuado —«medidas técnicas, organizativas y de

personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas»—. Sin duda, estamos en presencia de un claro incentivo para que las empresas que contratan con la administración pública adopten programas de *compliance penal* apropiados.

En línea con las medidas para luchar contra la corrupción, se hace una nueva regulación al tiempo que transpone las denominadas por las Directivas Comunitarias como «medidas de autocorrección», de manera que determinadas prohibiciones de contratar bien no se declararán o bien no se aplicarán, según el caso, cuando la empresa hubiera adoptado medidas de cumplimiento destinadas a reparar los daños causados por su conducta ilícita, en las condiciones que se regulan en esta Ley.

Así, podemos destacar las siguientes medidas:

- Las personas jurídicas que tengan contratos públicos (o presentan licitarlos) tendrán un aliciente extraordinario para pagar rápidamente las indemnizaciones correspondientes, colaborar con las autoridades y adoptar (o mejorar, en caso de ya tenerlos) programas de cumplimiento penal adecuados. Más aún, gracias a la Directiva europea se resta un importante escollo existente en la actualidad para que los contratistas públicos alcanzaran pactos de conformidad. Como es sabido, hasta la Directiva 2014 un contratista no tendría incentivos para conformarse, puesto que ello conllevaría su exclusión de los contratos públicos. Sin embargo, ahora puede conformarse (indemnizando, colaborando y mejorando su *Compliance*) y al mismo tiempo no estar excluida de los contratos.
- De este modo se avanza en el sentido de la autorregulación regulada. Esta tendencia resulta decisiva para aprender correctamente el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas existente en España . Desde una perspectiva clásica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas — artículo 31 bis del CP, basada en el modelo de representación o del hecho de conexión estos desarrollos legislativos carecen de sentido.

La evolución que está experimentando la normativa europea (non en España) parece conducir a que en el futuro la Administración pública exija un *Compliance Program* penal a todas las empresas que contraten con el sector público. Si bien pudiera parecer un futuro lejano, lo cierto es que en numerosos países la existencia de un programa de cumplimiento «anti-corrupción» es una exigencia legal para que la administración pública considere la posibilidad de contratar con una empresa. Probablemente, sea Estados Unidos el país que mayor grado de desarrollo muestre en esta materia.

En concreto, desde el año 2008, se ha venido implementando en Estados Unidos un sistema de contratación en virtud del cual para poder ser siquiera una entidad capaz de contratar con la administración pública federal, debe contar con un programa de cumplimiento «anti-corrupción».

IV.- ¿En qué dirección es necesario e imprescindible caminar? nuevos retos de buen gobierno en la contratación pública.

1ª.- Hacer realidad el principio de publicidad. Debe existir publicidad que genere transparencia, y la publicidad no puede ser solo formal sino debe ser real, me explico: cualquier licitador debe poder conocer que se está licitando y, también, las reglas de esa licitación. Véase en particular la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de abril de 2006, apartado 21 y STJUE de 19 de septiembre de 2013, de condena al Reino de España.

En este sentido, la plataforma de contratos del sector público y la Plataforma de contratos de Galicia, que ya son interoperables y sus datos interconectadas desde julio de 2017 (ROLECE), ha de ser la ventanilla única de acceso, así como los perfiles de del contratante de los poderes adjudicadores.

En el proyecto de ley de contratos del sector público, se prevé como novedad que a efectos de publicidad y transparencia debe estarse a la publicidad en Portal Contratación Sector Público (o autonómicos, y los datos deben estar interconectados). El Boletín oficial ya deja de ser obligatorio y es gratuito.

2ª.-Por otra parte, unida a la publicidad está el principio de transparencia en la contratación pública, como principio instrumental, que exige sistemas ágiles, accesibles y de alcance universal, que hagan posible que cualquier licitador pueda obtener información sobre una licitación y comprender las reglas de esta, sin que existan incertidumbres –o costes o cargas innecesarias- que favorezcan que se desista a presentar ofertas por entender que el procedimiento puede estar ya orientado hacia determinados licitadores.

Así, resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de

condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.

De este modo, el artículo 22 de la ley 14/2013 de 23 de diciembre de racionalización del sector público autonómico gallego, regula la contratación sin costes de acceso a la información.¹³

La transparencia de los procedimientos conlleva la necesaria motivación del expediente de contratación en atención al objeto contrato que se licita, huyamos de las motivaciones genéricas y de la inercia administrativa en su redacción, esto es fundamental.

El artículo 33 de la ley 14/2013 de 23 de diciembre, delimita el contenido de la justificación de la necesidad e idoneidad de la contratación que va más allá del TRLCSP.¹⁴

13 1. A fin de asegurar los principios de transparencia e igualdad, así como el acceso público y sin coste a la información contractual, los órganos de contratación de la Administración general de la Comunidad Autónoma y de las entidades instrumentales del sector público autonómico introducirán en su perfil del contratante y en la Plataforma de Contratos de Galicia, respecto de los procedimientos abiertos y mientras la licitación se encuentre en tramitación, toda la documentación contractual disponible, incluyendo en todo caso los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares y los proyectos de las obras. En los procedimientos restringidos y negociados se proporcionará a los licitadores el acceso electrónico a toda la documentación contractual necesaria para la elaboración de las ofertas una vez realizada la invitación, salvo que se hubiese puesto ya a su disposición desde el momento del anuncio de licitación, en su caso.

2. Los órganos de contratación podrán incluir en los pliegos, en función de la naturaleza y complejidad de los contratos, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido, a través de medios electrónicos. Las respuestas, que deberán emitirse en el plazo máximo señalado en el pliego, tendrán carácter vinculante para los órganos de contratación y deberán hacerse públicas en el perfil del contratante y en la Plataforma de Contratos de Galicia para garantizar la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación.”

14 “1. En los expedientes de contratación tramitados por la Administración general de la Comunidad Autónoma y por las entidades del sector público autonómico se incluirá un informe del órgano o servicio proponente del contrato en el que se justifique la necesidad del contrato en los términos previstos en la legislación de contratos del sector público, en el que se indique con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

2. Este informe, asimismo, justificará adecuadamente la elección del procedimiento y la de cada uno de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, expresando las razones por las que, teniendo en cuenta el objeto del contrato, estos criterios permiten en su conjunto evaluar de forma objetiva el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas, así como evaluar la relación calidad/precio de cada oferta para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

El informe justificará las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se deben exigir en la contratación o, en su caso, expresará la clasificación exigible conforme a lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público.

3. El informe del órgano o servicio proponente estimará y justificará el importe calculado de las prestaciones objeto del contrato atendiendo al precio general de mercado, e incluirá un presupuesto en el que se recoja la valoración de los distintos componentes de la prestación. El informe propondrá también los parámetros y valores que se deben recoger en los pliegos que permitan apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas.”

3ª.- Uniformidad de reglas en la contratación pública, que se refleje en la elaboración de pliegos de cláusulas administrativas uniformes (y no me refiero a pliegos tipo), además considero que sería deseable que se extendiese a la contratación de los poderes adjudicadores y no sólo a la administración, que no se ha conseguido.

La experiencia práctica aconseja la uniformidad de reglas y la eliminación de las instrucciones previstas en el artículo 191 TRLCSP, que se ha conseguido en el PLCSP que ha salido del Congreso. Solo así se puede evitar el juego de contrato SARA/NO SARA como mecanismo para eludir la transparencia y la aplicación de los principios de la contratación pública. La lógica del sistema obliga a la aplicación de los principios del artículo 18 de la Directiva 2014/24 a todo contrato público al margen de su importe y que las reglas jurídicas sean las mismas, resultando indiferente que se tenga o no la consideración de Administración Pública.

En este aspecto va a resultar de gran utilidad para los órganos de contratación del sector público autonómico gallego, la elaboración de guías de contratación pública que ya están publicadas en la Intranet de la Xunta de Galicia. Se han elaborado por la Asesoría Xurídica Xeral de la Xunta de Galicia y son: la Guía de colaboración pública horizontal, la Guía para fomentar el acceso a la contratación pública a las PYMES, la Guía de cláusulas sociales y la Guía de Compra Pública Innovadora (CPI), espero y deseo que las mismas sean un instrumento de trabajo útil para los gestores en aras a lograr la uniformidad.

4ª.- La profesionalización es uno de las medidas clave para promover el buen gobierno en la contratación pública.

Objetivo que se recoge en la Declaración de Cracovia (año 2015) que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad, y que entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, propone profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación e información.

Hay que fijar una verdadera estrategia para conseguir una mayor cualificación técnica y responsabilidad de los “gestores públicos” (con el fin de evitar la politización), lo que aconseja una política de formación específica que permita el mayor conocimiento y, por ende, el mejor criterio práctico.

Para cumplir este fin de integridad no basta una regulación reaccional de carácter penal (mediante la tipificación como ilícita de la información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios) que, siendo necesaria, no es suficiente.

La corrupción no se combate combatiendo la corrupción, como afirma GIMENO FELIU, hay que reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva, tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas, de los Órganos de control Externo autonómicos (OCEX¹⁵), Agencias de Lucha antifraude, creación de autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos, reforzamiento y respecto de las resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales.

5ª La implementación definitiva de la contratación electrónica. Los medios electrónicos son una herramienta clave. La transición hacia la administración electrónica está siendo muy lenta. En este ámbito, el proyecto de ley tiene muchas carencias, ya que no cumple las obligaciones europeas, un vehículo muy importante para generar transparencia.

6ª-Pongamos en valor la calidad de la prestación. Debería haber un proceso equitativo de asignación del contrato. Es muy importante el diseño del pliego, el informe de necesidad y el de conveniencia. Es fundamental la transparencia para transmitir a los ciudadanos lo que se decide, cómo y por qué.

7ª- Necesidad de Planes Estratégicos: Además, es necesario realizar un Plan estratégico anualizado de infraestructuras a largo plazo que incorpore el estudio de las necesidades por cada ámbito, las inversiones a medio y largo plazo, la actividad prevista por cada nivel de la administración, y que cuente en su elaboración con la participación de los agentes económicos y sociales clave.

Formigal 22 de septiembre de 2017

Patricia Iglesias Rey

15 El Consello de contas de Galicia, es pionero en esta materia de prevención de la corrupción. Por la ley 8/2015, de 7 de agosto, se reformó la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas, y del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, para la prevención de la corrupción. De este modo, desde la entrada en vigor de la artículo 5 bis por la ley 8/2015, de 7 de agosto, por la que se reformó la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas, todas las sociedades y fundaciones que integran el sector público autonómico podrán solicitar al Consejo de Cuentas colaboración cuando se implanten códigos de conducta y manuales internos de gestión de riesgos en el seno de la suya de organización que permitan garantizar el comportamiento ético de los gestores públicos.