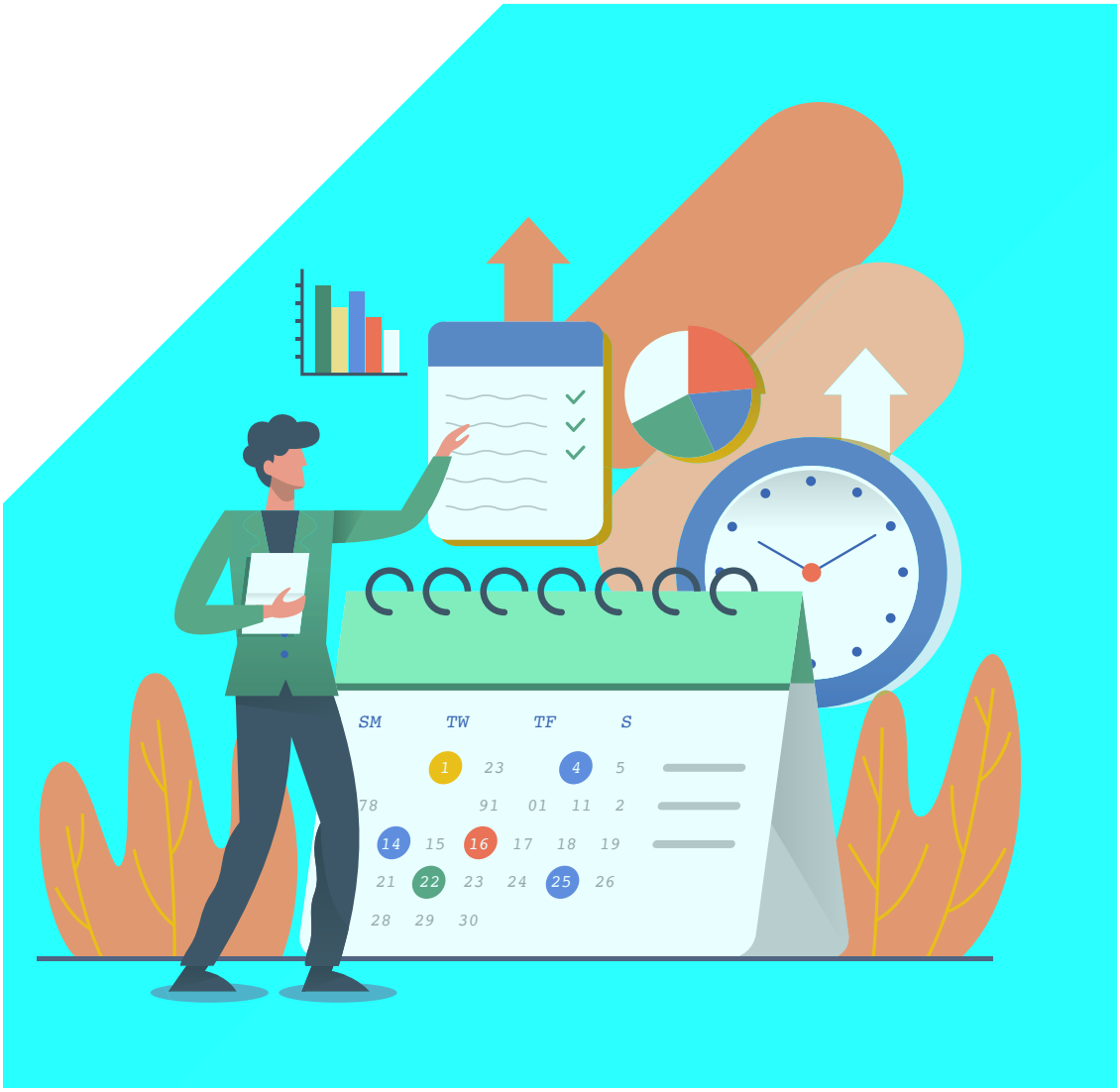
GUIA
DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL



FEDERACION ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS

RED DE ENTIDADES LOCALES POR LA TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

GUIA
DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL

FEDERACION ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS

RED DE ENTIDADES LOCALES POR LA TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Presentación

Carlos González Serna

Alcalde Elche

Presidente de la RED de Entidades locales por la Transparencia y Participación Ciudadana de la FEMP

Con esta publicación damos cumplimiento a los objetivos marcados en este mandato por lo que a publicaciones de la RED se refiere. Diferentes temas han sido los tratados por las publicaciones: datos abiertos, derecho de acceso a la información pública, protección de datos, esquema de seguridad nacional, gobernanza participativa, innovación pública. En esta ocasión la presente Guía busca facilitar a las entidades locales todos aquellos aspectos que desde la perspectiva de la transparencia intervienen en la contratación pública, especialmente desde la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Como dice una reciente publicación de la Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia," la contratación pública tiene una relevancia indudable en España. Representa, según las estimaciones y los años, entre el 10% y el 20% del PIB español. Además, juega un papel muy importante en la implementación de políticas públicas, sirve para impulsar la innovación, proporcionar servicios públicos de calidad, promover la integración social o incrementar la productividad del país". Desde la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y desde la RED de Entidades locales por la Transparencia y Participación Ciudadana de la FEMP no podemos permanecer indiferentes ante estos postulados ni ante el otro gran principio de la Ley, como es el de lograr una mayor transparencia en la contratación pública.

Para esta publicación hemos contado con un panel de experta y expertos en materia de contratación pública del sector local y del mundo universitario, órganos de control y sector privado. A todas y a todos ellos quiero agradecer su trabajo y confío en que podamos contar con su participación en futuras publicaciones.

Espero y confío en que esta publicación sea de utilidad para todos los profesionales de las entidades locales que en su trabajo tienen que tratar materias de contratación pública y a todos aquellos que estén interesados en estos temas.

Muchas gracias

Guía FEMP

PRESENTACIÓN

La contratación pública enmarcada en la Estrategia Europa 2020 se convierte en una herramienta estratégica para alcanzar los objetivos de una Europa en la que se pone de relieve la importancia contratación pública para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos y de la que se deriva la necesidad de contar con un nuevo modelo de contratación pública.

Este nuevo modelo se materializa en las conocidas como "Directivas de cuarta generación", la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

En ejercicio de la labor de transposición, se produce la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en vigor desde el 8 de marzo de 2018, y que se caracteriza una norma cuyos objetivos principales son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio, destacando la incorporación, por primera vez, al ordenamiento jurídico contractual de un modo expreso, del principio de integridad, principio transversal que marcará la orientación de la gestión en este ámbito.

En este contexto y ante los retos que se abrían para las entidades locales, tan marcadas por el escaso dimensionamiento de medios y recursos personales, así como por las dificultades de la tramitación electrónica, la Red de Entidades Locales por la Transparencia y la Participación Ciudadana de la FEMP tomó la iniciativa para apoyar al mundo local en la consecución del objetivo de una contratación íntegra y transparente, como una vía para alcanzar esa contratación estratégica, más eficiente y proveedora de mejores servicios públicos.

Para ello, se constituyó un grupo de trabajo específico, de Integridad en la contratación pública local, con los siguientes objetivos generales:

- Impulsar la cultura de integridad y transparencia en la contratación pública mediante actividades de sensibilización
- Difundir las novedades en materia de transparencia en el nuevo régimen de contratación en la LCSP/0217, en particular, las de mayor impacto en el ámbito local
- Dotar a los empleados públicos y responsables políticos de herramientas base para implantar las novedades en el nuevo modelo de gobernanza de contratación pública
- Favorecer el intercambio de buenas prácticas en la aplicación de los principios de transparencia, igualdad de trato y libre concurrencia en la contratación

La guía se estructura en 7 capítulos, vertebrando la norma a través del principio de integridad, marco general y novedad de la ley. En el **Bloque I Principios generales** se abordan los principios generales que deben regir la contratación pública, con especial incidencia en el principio de transparencia y su relación

con los principios de igualdad, libre concurrencia y competencia, así como en el principio de integridad en las funciones públicas y su incidencia sobre la obtención de ofertas de gran calidad. También el conflicto de intereses, las ineficiencias y los desperdicios de la gestión pública en los usuarios.

A continuación, en el **Bloque II.- Contratación estratégica (planificación, responsabilidad e innovación)** se expone la necesaria planificación de los contratos y la justificación de su necesidad, para lograr un modelo de compra pública responsable en el ámbito local, mediante la utilización del ciclo PDCA en la compra pública. Porque el ámbito local, a pesar de su escaso dimensionamiento, se caracteriza por su espíritu innovador, de ahí el interés en la compra pública de innovación y en la colaboración público-privada y público-pública para alcanzar los objetivos sociales, medioambientales y de innovación. Y es precisamente ese escaso dimensionamiento el que convierte a las Diputaciones provinciales en agentes clave para el diseño e implantación del nuevo modelo.

Analizamos en el **Bloque III. Procedimientos de adjudicación, ¿Cuándo, cómo y por qué**, la adecuada y proporcional utilización de los procedimientos previstos en la LCSP constituye una salvaguarda de los principios de transparencia e integridad en los procedimientos de contratación, por eso se analiza el papel de la mesa de contratación como elemento técnico en su asistencia al órgano de contratación. En el ámbito local no podía faltar la consideración del contrato menor como riesgo para la elusión de los principios de libre concurrencia, transparencia e integridad, por lo que se apuntan los beneficios en el recurso al procedimiento abierto simplificado y supersimplifiado como herramienta al servicio de la libre concurrencia y la eficacia, sin perjuicio del procedimiento restringido y negociado.

Pero si hay un elemento instrumental para la mejora de la integridad en la contratación pública lo encontramos en el **Bloque IV.- Criterios de adjudicación su utilización al servicio de la integridad y la mejora de la contratación**, con la apuesta por el binomio calidad-precio y su ponderación en la nueva LCSP. Se examinan las fórmulas para la valoración del criterio precio y las disfunciones producidas en el tratamiento de umbrales económicos y de emisión de juicio de valor, con la relevancia de una adecuada valoración técnica para obtener la mejor oferta en la adjudicación.

En el **Bloque V, Transparencia, Integridad y Datos abiertos**, nos adentramos en las diferentes manifestaciones del principio de transparencia, en particular, con la figura del perfil de contratante y los beneficios que aporta en términos de rendición de cuentas, reducción del fraude y de la corrupción, confianza, concurrencia y competencia. Transparencia e integridad que encuentra un gran aliado en el nuevo modelo de administración electrónica, que ofrece seguridad y trazabilidad en la tramitación y permite la apertura de datos para su reutilización, seguimiento de la gestión y mayor acceso a la información. Sin olvidar los impactos en el conjunto de sujetos que forman parte del mundo de la contratación, ciudadanos, beneficiarios y usuarios finales, licitadores y agentes sociales, orientados a la contratación pública abierta

Sin olvidar el factor fundamental para implantar el modelo y garantizar su éxito, **El factor personal: profesionalización, sociedad civil y licitadores, que se aborda en el Bloque VI**, con la distinción entre los niveles de gobierno y administración, tan cercanos por la propia idiosincrasia del mundo local, pero que requiere de dotar de la distancia que impone la profesionalización de la contratación pública, con la necesaria especialización de los profesionales adscritos a la contratación pública. Factor personal que incluye también la aportación de conocimiento experto por los contratistas, como elementos facilitadores para la promoción de la concurrencia, y con los beneficios y mejoras en la contratación pública local mediante el fomento de las PYMES

Para finalizar, en el **Bloque VII.- Mecanismos de control: internos y externos**, se presta especial atención a una de las fases de la contratación que presenta especiales riesgos para la integridad, recordemos, por ejemplo, la controvertida utilización de los modificados, y sobre la que resulta preciso actuar con medidas de control, tanto interno, en relación con las funciones de fiscalización, como externo, por parte de los OCEX, analizando, en concreto, la nueva dimensión del responsable del contrato, como figura de existencia obligatoria y elemento fundamental para el control efectivo en esta fase del contrato, examinando también fórmulas innovadoras de integridad a través de las técnicas de Compliance.

Todo ello conforma una obra de extraordinaria calidad, que constituye una guía básica para promover la integridad en la contratación pública local, y para prevenir los posibles riesgos en el servicio al interés

general, desde un enfoque eminentemente práctico que permite su utilización para resolver las dudas que se puedan plantear y contribuir a dotar a las entidades locales de un sistema de integridad institucional. Porque en el ámbito de la contratación pública concurren numerosos casos de corrupción y prácticas clientelares, que conllevan a ineficiencias económicas, valoradas en unos 120.000 millones al año (1% del PIB europeo), con la respectiva distorsión del funcionamiento del mercado interior, Comunicación de la Comisión "Lucha contra la corrupción en la UE", COM (2011) y los estudios a nivel internacional avalan que la corrupción lleva a menores niveles de inversión, productividad y desincentiva la circulación de capital y la inversión extranjera, influyendo decisivamente en el nivel de desarrollo.

Mi máximo agradecimiento a los autores, todos ellos magníficos expertos y reconocidos profesionales del ámbito de la contratación pública: MARTA ALBA PACHECO, PILAR BATET JIMÉNEZ,ROSARIO DELGADO FERNÁNDEZ, SOFÍA FERNÁNDEZ GOSALVEZ, BEGOÑA FERNÁNDEZ RUIZ, JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU, BRUNO GONZÁLEZ VALDELIÉVRE, ELENA HERNÁEZ SALGUERO, MONTSERRAT JORBA MUÑOZ, ROBERTO MAGRO PEDROVIEJO, JORGE MANAU TERRES, ASUNCIÓN MORA SANMARTÍN, BERNABÉ PALACÍN SÁENZ, JAIME PINTOS SANTIAGO, RAFAEL REÑONES NAVARRO, BEATRIZ RODRÍGUEZ FRAGA, FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA, BEGOÑA VILLAVERDE GÓMEZ, GUILLERMO YÁÑEZ SÁNCHEZ, por la generosidad de su desinteresada contribución a un trabajo colectivo que tiene por finalidad aportar algo de luz a la difícil tarea de alcanzar el nuevo modelo de contratación estratégica e íntegra que se deriva del actual marco legal.

Agradecimientos extensivos a A JOSÉ NUÑO RIESGO, Secretario Técnico de la RED de Entidades locales por la Transparencia y Participación Ciudadana de la FEMP, por su labor de Coordinación desde la FEMP, y, en particular, por su doble labor, de autoría y coordinación adjunta, a PILAR BATET JIMÉNEZ, BERNABÉ PALACÍN SÁENZ, y también a las instituciones que han permitido que sus valiosos recursos personales enriquecieran con su conocimiento esta obra, entre otras a la OAC, al Consello de Contas, al Observatorio de Contratación Pública y Transparencia Internacional España, y a las Entidades Locales, Comunidades Autónomas y diferentes entidades. Gracias a todos

Concepción Campos Acuña

Marzo 2019

Abreviaturas

AAPP: Administraciones Públicas

AET: Agencia Tributaria

BOE: Boletín Oficial del Estado

CCAA: Comunidades Autónomas

EELL: Entidades Locales

PYMES: Pequeñas y Medianas Empresas

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

LFTCU: Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

LGP: Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

LOTCU: Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LRBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

OCEX: Organismo de Control Externo

PLACSP: Plataforma de Contratos del Sector Público

RCI: Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

RD 500/1990: Real Decreto 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos

ROLECE: Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado

SS: Seguridad Social

TREBEP: Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

TRLRHL: Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Índice

Presentación 5

Guía FEMP Presentación 7

Abreviaturas 11

BLOQUE I 27

Capítulo I
EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA 29

1.- EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN NUESTRA MATRIZ NORMATIVA 29

2.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ALMA MATER DE TODO EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 30

3.- LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. 31

Capítulo II
EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. SU INCIDENCIA EN LA OBTENCIÓN DE OFERTAS DE GRAN CALIDAD 34

1.- PRINCIPIO DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL 34

2.- LA DOBLE DIMENSIÓN DE LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL 35

2.1.- Empleados públicos e integridad personal 35

2.2.- RESPONSABLES POLÍTICOS E INTEGRIDAD PERSONAL 36

3.- MEDIDAS DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 36

3.1.-Transparencia y acceso a la información 36

3.2.- Conflictos de intereses en el ámbito local 38

3.3.- Condiciones de compatibilidad previa 38

3.4.- Prohibiciones de Contratar y medidas de self-cleaning 39

3.5.- Vías de recurso contractual 39
3.6.- Órganos de control y supervisión de la contratación 39
4.- OBTENCIÓN DE OFERTAS DE GRAN CALIDAD Y SU EJECUCIÓN 40

Capítulo III
EL CONFLICTO DE INTERESES, LAS INEFICIENCIAS Y LOS DESPERDICIOS EN LA GESTIÓN PÚBLICA 41
1.- DEFINICIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES 41
2.- PREVENCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES 43
2.1.- Declaración de inexistencia de conflicto de intereses 43
2.2.- Cuarentenas post-empleo 44
2.3.- Condiciones especiales de compatibilidad de los licitadores 44
2.4.- Aprobación de programas de cumplimiento normativo (Compliance) 45
2.5.- Las condiciones especiales de ejecución de carácter ético 45
3.- DETECCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES 46
3.1.- Transparencia en el perfil del contratante 46
3.2.- Declaraciones de bienes y actividades de los Corporativos 46
3.3.- Canales de denuncia sobre los conflictos de intereses 47
4.- SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES 47
4.1. Prohibiciones de contratar, Incompatibilidad y conflictos de intereses 48
4.2. El deber de abstención y los conflictos de intereses 49
5.- SANCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES 49
5.1.- Sanción de los conflictos de intereses de los empleados públicos 49
5.2.- Sanción de los conflictos de intereses de los altos cargos y responsables políticos 49
5.3.- Sanción de los conflictos de intereses de licitadores y adjudicatarios 50
6.- EL CONTROL DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LA LCSP 50
7.- CONCLUSIÓN: CÓMO EVITAR LAS INEFICIENCIAS Y DESPERDICIOS EN LA GESTIÓN PÚBLICA 50

Capítulo IV
EL EXPEDIENTE DE CONTRATACION COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES 51
1.- EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN 51
2.- TIPOS DE TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN 52
3.- FASES DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN 54
4.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 55
4.1.- El principio de transparencia 56
4.2.- El principio de igualdad de trato y no discriminación 56
4.3.- El principio de publicidad 57
4.4.- El principio de integridad 57

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 58
REFERENCIAS WEB 58
JURISPRUDENCIA EUROPEA 58

BLOQUE II 61

Capítulo I
LA NECESARIA PLANIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU NECESIDAD. 63

1.- LA NECESARIA JUSTIFICACIÓN DE SU NECESIDAD. 63
- 1.1.- El principio de necesidad. 63
- 1.2.- Hay que justificar la necesidad. De la necesidad dependen muchas decisiones. 63
- 1.3.- Quién justifica la necesidad. 64
- 1.4.- Cómo se justifica la necesidad. Memoria e informe de insuficiencia de medios. 65
- 1.5.- La necesaria planificación de los contratos. 65

2.- QUÉ ES PLANIFICAR LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 66
- 2.1.- Asegurar la gestión de los contratos en plazo. 66
- 2.2.- Implementar una dinámica o cultura de mejora continua. 69
- 2.2.- Evaluar necesidades futuras de contratación y la gestión pasada. 69
- 2.3.- Analizar los problemas y posibles soluciones. 69
- 2.4.- Planificar la gestión de los contratos del próximo ejercicio. 70

3.- CONTROLAR EL GRADO DE CUMPLIMIENTO DE LO PLANIFICADO 70

Capítulo II
LA COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE EN EL ÁMBITO LOCAL. EL CICLO PDCA EN LA COMPRA PÚBLICA. 70

1.- LA COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE 70

2.- POSIBILIDADES DE INTEGRACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 73

3.- EL CICLO PDCA COMO ELEMENTO CLAVE EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS 77

Capítulo III
LA EFICIENCIA EN EL GASTO PÚBLICO Y SU RELACIÓN CON LAS CARACTERÍSTICAS SOCIALES, MEDIOAMBIENTALES Y DE INNOVACIÓN DE LOS CONTRATOS. 79

1.- CONTRATACIÓN PÚBLICA EFICIENTE 79

2.- CALIDAD-PRECIO 80

3.- COSTE-RENTABILIDAD 82

4.- DESPILFARROS ORIGINADOS POR LA FALTA DE TRANSPARENCIA 84

5.- LA FALTA DE CONCURRENCIA EN LOS PROCESOS DE LICITACIÓN ELECTRÓNICA 85

6.- LA FALTA DE ESTRUCTURA Y DE PROFESIONALES PARA OPTIMIZAR EL PROCEDIMIENTO DE LA COMPRA PÚBLICA 85

Capítulo IV

LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y PÚBLICO-PÚBLICA PARA ALCANZAR LOS OBJETIVOS SOCIALES, MEDIOAMBIENTALES Y DE INNOVACIÓN 87

1.- ¿QUÉ ES LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN? LA INNOVACIÓN COMO PARTE DE LA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA 87

2.- VÍAS PARA INTRODUCIR INNOVACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 88

2.1.- A través de procedimientos de adjudicación diseñados para incorporar la innovación 89

2.2.- Las consultas preliminares de mercado 91

2.3.- En la configuración de los contratos y la definición de los pliegos que rigen la licitación 91

3.- LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PÚBLICA: EL PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN 94

4.- CONCLUSIONES 95

Capítulo V

EL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES EN EL CUMPLIMIENTO DEL NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL 96

1.- LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICAS 96

2.- LA ASISTENCIA DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICAS 98

2.1.- Asistencia técnica provincial en contratación pública 98

2.2.- Imposibilidad de que los pequeños ayuntamientos cumplan con lo establecido en la LCSP. 98

2.3.- No disponen de personal especializado. 98

2.4.- No van a poder usar la plataforma de contratación del Sector Público. Alguno lo conseguirá con mucho trabajo y tesón. 99

2.5.- No van a poder usar la contratación pública estratégica. 100

3.- EL NUEVO PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES 101

BLOQUE III 103

Capítulo I

LA ADECUADA Y PROPORCIONAL UTILIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA LCSP COMO SALVAGUARDA DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD EN LA UTILIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN. 105

1.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN 105

2.- PARÁMETROS PARA ELEGIR PROCEDIMIENTOS 107

3.- SUPUESTOS PARA LA UTILIZACIÓN DE CADA PROCEDIMIENTO 108

4.- ESPECIALIDADES EN LA SELECCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN 111
4.1.- Contratos de suscripción de publicaciones 111
4.2.- Contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria 112
4.3.- Concursos de proyectos (art. 183 a 187 LCSP) 112

Capítulo II
LA MESA DE CONTRATACIÓN COMO ELEMENTO TÉCNICO EN SU ASISTENCIA AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN: PECULIARIDADES LOCALES Y PROPUESTAS DE MEJORA 113
1.- CONCEPTUALIZACIÓN DE LA MESA DE CONTRATACIÓN 113
2.- RÉGIMEN JURÍDICO DE FUNCIONAMIENTO 113
3.- FUNCIONES LEGALES 114
4.- CÓDIGO DE CONDUCTA DE LA MESA DE CONTRATACIÓN 115
5.- REGLAS PARA SU COMPOSICIÓN 116
5.1.- El presidente de la Mesa de contratación y sus atribuciones 116
5.2.- El secretario de la mesa de contratación y sus atribuciones 117
5.3.- Los vocales de la mesa de contratación y sus atribuciones 118
5.4.- Otros asistentes: asesores, invitados y público 119
6.- REGLAS DE FUNCIONAMIENTO DE LA MESA DE CONTRATACIÓN 120
6.1.- Convocatoria de las sesiones de la mesa de contratación 120
6.2.- Normas de constitución 120
6.3.- Régimen de Sesiones 121
6.4.- Actas 121
7.- PROPUESTAS DE MEJORA. 121
BIBLIOGRAFÍA 122

Capítulo III
EL CONTRATO MENOR COMO RIESGO PARA LA ELUSIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LIBRE CONCURRENCIA, TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD 123
1.- UNA TRADICIONAL AMENAZA PARA LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 123
2.- NUEVOS LÍMITES AL CONTRATO MENOR A FAVOR DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN 125
3.- ¿CÓMO REACCIONAR ANTE EL CAMBIO? ¿CÓMO CUMPLIR CON LOS NUEVOS LÍMITES DE LA LCSP? 127
3.1.- Alternativas procedimentales en la LCSP 127
3.2.- Planificación 127
3.3.- Adaptar las bases de ejecución del presupuesto 128
3.4.- Utilizar un gestor de expedientes 128
3.5.- Anunciar la licitación en el perfil del contratante 129

Capítulo IV

EL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO Y SUPERSIMPLIFIADO COMO HERRAMIENTA AL SERVICIO DE LA LIBRE CONCURRENCIA Y LA EFICACIA. 130

1.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN 130

2.- ELEMENTOS DE SIMPLIFICACIÓN 132

2.1.- Plazos 132

2.2.- Acreditación de capacidad y solvencia 133

2.3.- Garantías 133

2.4.- Lugar de presentación 133

2.5.- Concentración de trámites en la mesa de contratación 133

3.- GARANTÍAS DE TRANSPARENCIA Y CONCURRENCIA 134

3.1.- Publicidad 134

3.2.- Tramitación electrónica*. 134

Capítulo V

EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD. APLICACIÓN RESTRINGIDA Y EXTRAORDINARIA. LOS CONTRATOS ARTÍSTICOS Y LAS RAZONES DE EXCLUSIVIDAD TÉCNICA. 135

1.- INTRODUCCIÓN: EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO 135

2.- ¿QUÉ IMPLICA ESTA APLICACIÓN RESTRINGIDA Y EXTRAORDINARIA? 135

3.- ALCANCE E INTERPRETACIÓN DE CADA SUPUESTO 136

3.1.- Que no se haya presentado ninguna oferta o ninguna oferta adecuada. 137

3.2.- Obras servicios y suministros que solo se puedan encomendar a un contratista determinado. 137

4.- PROCEDIMIENTO SIN PUBLICIDAD POR RAZONES DE EXCLUSIVIDAD ARTÍSTICA 140

BLOQUE IV 143

Capítulo I

EL BINOMIO CALIDAD-PRECIO. SU PONDERACIÓN EN LA NUEVA LCSP: EL FACTOR DE LA CALIDAD EN LA COMPRA PÚBLICA. 145

1.- CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS. VISIÓN DESDE LA INTEGRIDAD 145

2.- LA NECESARIA DEFINICIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN 145

3.- LA VINCULACIÓN DE LOS CRITERIOS CON EL OBJETO DEL CONTRATO 147

4.- LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEBEN TOMAR EN CUENTA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 148

5.- IMPOSIBILIDAD DE VALORAR CUESTIONES FORMALES DE LA OFERTA 148
6.- LA VALORACIÓN DE LA CALIDAD PRECIO FRENTE AL PRECIO 148
7.- LA VALORACIÓN CON 51% DE LA CALIDAD 149
8.- LA DETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN 150
9.- LA PUNTUACIÓN DEL CRITERIO PRECIO 150
10. EL PELIGRO DE LOS SUBCRITERIOS POSTERIORES A LA LICITACIÓN 152
11. LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE VARIAS FASES EN LA VALORACIÓN DE LAS OFERTAS 153
12. LAS LIMITACIONES A LA VALORACIÓN DE LAS MEJORAS 153
13. LA EXPERIENCIA COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN 153
14. LA VALORACIÓN DE LOS MEDIOS HUMANOS 154
15. LA IMPOSIBILIDAD DE VALORAR LA CONTINUIDAD DE LA PLANTILLA ACTUAL 154

Capítulo II
LAS FÓRMULAS PARA LA VALORACIÓN DEL CRITERIO PRECIO. DISFUNCIONES EN EL TRATAMIENTO DE UMBRALES ECONÓMICOS Y DE EMISIÓN DE JUICIO DE VALOR. EL COMITÉ DE EXPERTOS Y SU CONFORMACIÓN EN LAS EE.LL 155
1.- LAS FÓRMULAS PARA LA VALORACIÓN DEL CRITERIO PRECIO 155
2.- DISFUNCIONES EN EL TRATAMIENTO DE UMBRALES ECONÓMICOS Y DE EMISIÓN DE JUICIO DE VALOR 157
3.- EL COMITÉ DE EXPERTOS Y SU CONFORMACIÓN EN LAS EE.LL 159

Capítulo III
LA EMISIÓN DE VALORACIONES POR LOS TÉCNICOS COMPETENTES EN EL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO. 160
1.- LA REGULACIÓN DEL NUEVO PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO 160
2.- LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LA ADMINISTRACIÓN 161
3.- LA NECESARIA MOTIVACIÓN DE LAS PUNTUACIONES 163

Capítulo IV
LA EMISIÓN DEL INFORME DE VALORACIÓN DE CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR 165
1.- REGULACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN 165
2.- VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN 166
3.- REQUISITOS PARA LA VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS, ESPECIALMENTE DE LOS QUE DEPENDEN DE UN JUICIO DE VALOR 167
3.1.- Deberán estar determinados en los pliegos 168
3.2.- Deberán estar vinculados al objeto del contrato 168
3.3.- No deben confundirse con los criterios de solvencia 169

3.4.- Deberán ser formulados de manera objetiva 170
3.5.- La evaluación se tendrá que realizar en condiciones de competencia efectiva 170
3.6.- Las mejoras deberán estar definidas 171
3.7.- Se deberán motivar las puntuaciones asignadas 172
3.8.- Tendrán preponderancia los criterios que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de fórmulas 172
3.9.- Se evaluarán posteriormente los criterios que dependan de un juicio de valor 173

BLOQUE V 175

CAPÍTULO I
MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: EL PERFIL DE CONTRATANTE. CLARIDAD Y OBJETIVIDAD DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. 177
1.- INTRODUCCIÓN 177
2.- EL ORIGEN DEL PERFIL DE CONTRATANTE Y SU IMPORTANCIA PARA EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA 178
3.- ACTUALIDAD DEL PERFIL DE CONTRATANTE 179
4.- ¿CUÁL ES EL VERDADERO PERFIL DE CONTRATANTE? LA PUESTA EN VALOR DE LA PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO 180
5.- LA CLARIDAD DE LA INFORMACIÓN PUBLICADA 181

Capítulo II
BENEFICIOS QUE APORTA EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: RENDICIÓN DE CUENTAS, REDUCCIÓN DEL FRAUDE Y DE LA CORRUPCIÓN, CONFIANZA, CONCURRENCIA Y COMPETENCIA. 182
1.- INTRODUCCIÓN 182
2.- EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA 183
3.- RENDICIÓN DE CUENTAS 184
3.1- Rendir cuentas a través de Internet 185
3.2.- Reducción del fraude y de la corrupción 185
4.- LA IGUALDAD DE TRATO: LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA 186
5.- RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS 186
6.- CONCLUSIONES 188

Capítulo III
FRENOS AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN LOCAL DESDE LA ÓPTICA LOCAL. EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD. 188

1.- INTRODUCCIÓN 188
2.- OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA 189
2.1.- Nivel básico de transparencia. 189
2.2.- Nivel medio de transparencia 191
2.3.- Nivel alto de transparencia 192
3.- EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN 193
4.- EL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD 195
5.- CONCLUSIÓN 197

Capítulo IV
LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA COMO GARANTÍA DE INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA. 197

Capítulo V
DATOS ABIERTOS A CIUDADANOS, BENEFICIARIOS Y USUARIOS FINALES, LICITADORES Y AGENTES SOCIALES. LA PLATAFORMA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 201
1.- INTRODUCCIÓN 201
2.- LOS DATOS ABIERTOS 202
3.- LA PLATAFORMA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 203
4.- PRINCIPALES SERVICIOS DE PLACSP 203
5.- DATOS ABIERTOS EN LA PLACSP 204
6.- ¿CÓMO PUBLICAR INFORMACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS EN FORMATO ABIERTO? 205
7.- EL FUTRO PRÓXIMO: LA CONTRATACIÓN ABIERTA INTELIGENTE 206

BLOQUE VI 209

Capítulo I
LA MEJORA DE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS Y EL COMPROMISO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS: GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN. 211
1.- LA CALIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES ES UN ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL ÉXITO SOCIOECONÓMICO 211
2.- LA PROFESIONALIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS: UN ELEMENTO ESENCIAL EN LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS 212
3.- EL COMPROMISO DEL SERVIDOR PÚBLICO CON LOS VALORES DE LA ORGANIZACIÓN 213
4.- EL COMPROMISO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS CON LA COMPRA PUBLICA EFICIENTE Y RESPONSABLE: ACTUACIONES A DESARROLLAR 214
5.- EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO DEL COMPRADOR PÚBLICO COMO COMPROMISO CON LA MEJORA Y CALIDAD DEL SERVICIO 216

Capítulo II

LA NECESIDAD DE ESPECIALIZACIÓN DE LOS PROFESIONALES ADSCRITOS A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.LA RECOMENDACIÓN UE 2017/1805. EJES DE ACTUACIÓN: ESTRATEGIA, FORMACIÓN, TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN. 218

1.- LA ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA: UN CAMPO DEL CONOCIMIENTO MUY COMPLEJO 218

2.- ESPECIALIZACIÓN EN LA GESTIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL 219

2.1.- Especialización de los tribunales de recursos contractuales 219

2.2.- Especialización de las centrales de compras 219

2.3.- Especialización en la mesa de contratación 219

2.4.- Especialización/profesionalización del personal que gestiona la contratación pública 220

2.5.- Especialización del personal DEL comité de expertos. 220

2.6.- Especialización en la recepción de los contratos 220

3.- LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 221

3.1.- Arquitectura política 221

3.2.- Recursos humanos. 221

3.3.- Sistemas 221

4.- LAS COMUNIDADES VIRTUALES DE PROFESIONALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA 224

Capítulo III

ELEMENTOS FACILITADORES PARA LA PROMOCIÓN DE LA CONCURRENCIA: LA APORTACIÓN DE CONOCIMIENTO EXPERTO POR LOS CONTRATISTAS 225

1.- ELEMENTOS FACILITADORES PARA LA PROMOCIÓN DE LA CONCURRENCIA 225

1.1.- La publicidad de las licitaciones está en Internet 225

1.2.- Simplificación de trámites 227

1.3.- Fraccionamiento del objeto en lotes 228

1.4.- Acción directa de los subcontratistas frente a la administración 228

1.5.- Empresas de nueva creación 228

1.6.- Mayor transparencia 228

2.- EL CONOCIMIENTO DEL MERCADO, ES CLAVE PARA UNA LICITACIÓN EFICAZ 229

3.- LAS CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO 231

Capítulo IV

BENEFICIOS Y MEJORAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL MEDIANTE EL FOMENTO DE LAS PYMES 232

1.- SITUACIÓN DE PARTIDA EN EL ESCENARIO EUROPEO VIGENTE: LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE CONTRATACIÓN 232

2.- PANORAMA ACTUAL DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN ESPAÑA 234

3.- LOS BENEFICIOS DEL FOMENTO Y PROMOCIÓN DE LAS PYMES EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 235

4.- BENEFICIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL 237

Capítulo V

LA SOCIEDAD CIVIL COMO BENEFICIARIA DE LAS NECESIDADES SATISFECHAS MEDIANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO 239

1.- EL PAPEL ACTIVO DEL DESTINATARIO DEL SERVICIO 239

2.- EL NUEVO VIGOR DE LAS PYMES LOCALES 241

3.- LAS CARTAS DE SERVICIO Y EL REFUERZO DE LA POSICIÓN DEL DESTINATARIO DEL SERVICIO PÚBLICO CONTRATADO 242

4.- LOS PAGOS POR DISPONIBILIDAD EN LAS CONCESINES DE SERVICIOS 243

5.- CONCLUSIONES 244

BLOQUE VII 247

Capítulo I

LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS Y DEBILIDADES EN EL CONTROL 249

1.- LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS BAJO EL PARADIGMA DE LA INTEGRIDAD 249

1.1.- La fase de ejecución de los contratos públicos 249

1.2.- La fase de ejecución como fase crítica y esencial de la contratación; 250

1.3.- Las directivas europeas de cuarta generación sobre contratación pública 251

1.4.- Proyección de principio de integridad en la fase de ejecución. 252

1.5.- Principales o más acuciantes o problemáticas cuestiones que suscita el control de la ejecución de los contratos. 252

2.- LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS (I): CONTROL EN SITUACIONES DE CUMPLIMIENTO 253

2.1.- Debilidades en el diseño del control de la ejecución del contrato: falta de atribución de cometidos claros y disgregación de responsabilidades 253

2.2.- El responsable del contrato: requisitos, funciones, prevención de conflictos de interés 255

2.3.- Control de la ejecución del contrato: seguimiento y transferencia de conocimiento; comprobaciones materiales 261

2.4.- Control de la subcontratación 264

3.- LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS: SITUACIONES PATOLÓGICAS 265

3.1.- Incumplimientos 265

3.2.- Modificaciones contractuales 267

3.3.- Extinción de los contratos y continuidad 270

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS COMPLEMENTARIAS 271

Capítulo II

POSIBILIDADES DE COMPLIANCE EN LA MEJORA DE LOS SISTEMAS DE CONTROL 271

1.- INTRODUCCIÓN: TÉCNICAS DE COMPLIANCE EN EL SECTOR PÚBLICO 271

2.- LA DIMENSIÓN AD EXTRA DEL COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 272

2.1.- Prohibiciones de contratar 273

2.2.- Exigencia de programas de Compliance a licitadores y adjudicatarios 275

3.- LA DIMENSIÓN INTERNA: LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN LAS ENTIDADES LOCALES 276

3.1.- Mapa de riesgos áreas sensibles 276

3.2.- Protocolos o procedimientos para la adopción de decisiones o su ejecución 277

3.3.- Obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos 277

3.4.- Establecimiento de un sistema disciplinario frente al incumplimiento 277

3.5.- Verificación periódica del modelo y su eventual modificación 278

4.- OPORTUNIDADES DE MEJORA 278

Capítulo III

LA FISCALIZACIÓN DEL CONTRATO: EL CONTROL INTERNO EN LA NORMATIVA LOCAL 279

1.- INTRODUCCIÓN 279

2.- FUNCIÓN INTERVENTORA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES 279

2.1.- Definición de la función interventora 279

2.2.- Características 280

2.3.- El alcance de la verificación a realizar en el ejercicio de la función interventora 280

2.4.- El ámbito de la función interventora 281

2.4.1.- El ámbito subjetivo: El sector público local de carácter administrativo: 281

2.4.2.- El ámbito objetivo 281

2.5.- Manifestaciones y modalidades en el ejercicio de la función interventora en los expedientes de contratación 282

2.6.- El ejercicio de la función interventora en el expediente de contratación: 283

2.6.1.- Procedimiento: Momento y plazo 283

2.6.2.- El resultado del control de legalidad y su incidencia en el procedimiento de contratación: la conformidad y el reparo 283

2.6.3.- Las discrepancias planteadas por el órgano gestor al reparo de la intervención: 284

2.6.4.- La omisión de la fiscalización 286

3.- SUPUESTOS DE EXENCIÓN DE LA FUNCIÓN INTERVENTORA Y EL RÉGIMEN ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN E INTERVENCIÓN LIMITADA EN LA CONTRATACIÓN 289

3.1.- Los supuestos de exención de la función interventora 289

3.2.- El régimen especial de fiscalización e intervención limitada previa de requisitos básicos en el ámbito de la contratación 290

4.- CONCLUSIONES: 290

Capítulo IV
LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO: ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS 291
1.- INTRODUCCIÓN 291
2.- EL MARCO NORMATIVO DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO 291
3.- ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN DE LOS RGANOS DE CONTROL EXTERNOS 293
3.1. La organización de los OCEX 293
3.2. Funcionamiento de los OCEX 294
4.- COMPETENCIAS DE LOS ORGANOS DE CONTROL EXTERNO 297

Relación Autores 300

Coordinación Femp 301

Coordinación 301

Coordinadores Adjuntos 301

BLOQUE I

PRINCIPIOS GENERALES

Capítulo I

EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA

1.- EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN NUESTRA MATRIZ NORMATIVA

Son muchos los antecedentes que sobre esta materia existen. Sin ánimo de pretender alcanzarlos todos, se pueden citar como ejemplos que superan el ámbito geográfico de la Unión Europea la Convención de 2003 de las Naciones Unidas contra la corrupción que fue firmada el 15 de septiembre de 2005 por la Comisión Europea y la presidencia de la Unión Europea en nombre de esta última, o la Guía del usuario para medir la corrupción, de 2008, correspondiente al Programa de Desarrollo de Naciones Unidas (PNUD, en sus siglas en inglés).

En este ámbito geográfico de fronteras afuera de la Unión Europea nos encontramos también con el Código Iberoamericano de Buen Gobierno firmado en Montevideo (Uruguay), el 23 de junio de 2006, entre otros muchos países por España, y respaldado por la XVI Cumbre Iberoamericana celebrada también en Uruguay en noviembre de ese mismo año, o con el Estudio Especial sobre el Derecho a la Información de 2007 elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos; o también la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada en la Ciudad de Panamá, los días 27 y 28 de junio de 2013 y adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en la Ciudad de Panamá, los días 18 y 19 de octubre de 2013, que contiene importantes referencias en cuanto a la transparencia y la buena administración.

Dentro del marco de la Unión Europea nos encontramos con el Libro Blanco de la Gobernanza de la Unión Europea de 2001 (COM (2001) 428 final) que marca el punto de arranque en esta materia en la Unión Europea, aunque precedentes de esta idea hubo muchos y de distinto alcance.

En ese mismo año, además, se aprueba el Reglamento 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión y se incorpora el derecho a la información a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2001, derecho posteriormente trasladado al Tratado de Lisboa (o al TFUE).

Otros antecedentes pueden ser la Guía de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión del año 2002; La Comunicación de la Comisión “Contribución de la Comisión al período de reflexión y más allá: Plan D de democracia, diálogo y debate” (COM (2005) 494 final); el Libro Verde Iniciativa Europea en Favor de la Transparencia de 2006 (COM (2006) 194 final) o el Convenio número 205

del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, adoptado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 27 de noviembre de 2008, que encuentra su fundamento en los principios recogidos en la Recomendación Rec (2002) 2, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre acceso a documentos públicos.

Todos estos antecedentes y muchos otros no citados, con el fin de no sobrecargar al lector nada más dar comienzo a esta guía, hacen de la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad democrática que demanda participación de los poderes públicos.

Esto es algo que tampoco se puede conseguir sin la conjugación del principio de transparencia con el resto de principios generales del Derecho y, particularmente en lo que nos ocupa, del Derecho de la contratación pública.

2.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ALMA MATER DE TODO EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los poderes deben cumplir las normas y principios del TFUE en todas las adjudicaciones de contratos públicos. Estos principios incluyen la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, la no discriminación y la igualdad de trato, la transparencia, la proporcionalidad, el reconocimiento mutuo, la publicidad y la concurrencia competitiva, entre otros.

La importancia que hoy revisten los principios generales deriva entre otras razones de la inseguridad jurídica que genera la enorme corriente modificadora de las normas y la dispersión legislativa que eso supone, de forma que muchas veces se tornan en el instrumento idóneo para resolver el caso concreto. De ahí deriva también la importancia de su positivización en el Derecho escrito, en aras de esa mayor seguridad jurídica. Ejemplo claro que encontramos en el principio de integridad, ahora incorporado al artículo 1 de la LCSP, pero ya vigente desde el origen de los tiempos del Derecho, dado que los principios generales del Derecho no se inventan, sino que se descubren, porque ya están ínsitos en el ordenamiento, puesto que lo inspiran, lo informan.

Este principio de integridad debe ser entendido como una actuación recta, proba, intachable, honorable, adoptando las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

Exigencias, también de concurrencia y competencia, que hacen que tanto las normas nacionales como las europeas, exijan que la contratación deba estar abierta al mercado y a la participación de cualquier persona física y jurídica interesada, con independencia de su localización geográfica.

Y es que los principios generales del Derecho constituyen pues verdaderos cimientos que cumplen la triple función de servir como criterio de interpretación de las normas escritas, de colmar las lagunas o vacíos normativos, y de constituir el medio más idóneo para asegurar la unidad dentro de la pluralidad de preceptos que se aplican en la Administración.

En la contratación pública, podríamos ceñir los principios a todos los enunciados con anterioridad, incluso a algunos otros como la eficiencia, el principio de economía, el respeto a la confidencialidad,

la motivación de las decisiones. Pero además, como principios generales del Derecho administrativo aplicables igualmente a la contratación pública también se pueden incardinar los siguientes: el principio de responsabilidad administrativa; de confianza legítima; de interdicción de la arbitrariedad, de jerarquía; de autoejecutoriedad; de continuidad; de especialidad y de presunción de veracidad. Asimismo y como principios generales del Derecho aplicables al Derecho administrativo podríamos hablar, entre otros, de los principios de interés general o de moralidad.

Pero no se trata de hacer un listado exhaustivo de principios, porque tendríamos que acudir a los de organización, funcionamiento, etcétera. Se trata simplemente de ponerlos sobre la mesa y darles el tratamiento y aplicabilidad que les corresponde.

3.- LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Actualmente existen tres nuevas directivas europeas relativas a la contratación pública: la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Para la normativa que regula esta contratación pública, los principios generales de la contratación administrativa son en nuestros días el fundamento de la misma y se caracterizan por su transversalidad en todas las fases del procedimiento de contratación, aplicándose además no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas.

De este modo por ejemplo la sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2011, asunto C274/09, *Privater Rettungsdienst*, en su apartado 49 establece que

> *"es preciso añadir que, a pesar de que, en el estado actual del Derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva, en caso de que el contrato en cuestión revista un interés transfronterizo cierto, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de abril de 2010, Wall, C-91/08, Rec. p. I-0000, apartados 33 y 34 y jurisprudencia citada)".*

Los principios han pasado de la jurisprudencia del alto Tribunal europeo a las Directivas de contratación que hoy los recogen en sus primeros considerandos y artículos, siendo de esta forma como el Derecho de la Unión Europea ha impuesto una nueva visión desde la que contemplar la normativa sobre la contratación pública. Justamente, lo que esa normativa persigue como objetivo básico es asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada.

Con ello se busca, al elaborar las Directivas de la Unión Europea sobre contratos, conseguir un marco común apropiado para todos los Estados miembros, dado que éstos partían de situaciones iniciales completamente diversas, situaciones que hoy en día siguen siendo en parte distintas, en algunos países se conoce la figura de los contratos administrativos como España, Francia o Bélgica, pero en muchos de

ellos no, los contratos que celebra la Administración tienen el mismo régimen jurídico que los contratos privados, como por ejemplo ocurre en Gran Bretaña o Alemania. Por ello los valores a defender por la legislación sobre contratos son, entre otros, los de la transparencia, no discriminación y objetividad.

El Derecho español ha recogido esos principios generales como fundamento de su normativa de contratación, ejemplo evidente de ello es el encabezamiento del articulado de la actual Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), en el que los principios de libertad de acceso a las licitaciones, integridad, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y salvaguarda de la libre competencia, constituyen el objeto y finalidad primera de esta norma como establece el primer párrafo de su artículo 1.

Si bien, en realidad, lo que establece el artículo 1 de la LCSP es una manifestación más de la exigencia del principio constitucional de igualdad del artículo 14 de la Constitución española y, puesto que la contratación constituye un supuesto de actuación administrativa, es también una imposición del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna.

También la jurisprudencia española aplica el principio de igualdad de trato y lo considera como un principio fundamental en el ámbito de los contratos públicos. Recuerda en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa, está la igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública y el procedimiento de contratación que tiende a garantizar el interés público mediante la articulación de tres principios cardinales de la licitación: el principio de publicidad, el principio de libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades.

Por consiguiente, el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación son principios fundamentales que deben respetarse en todo caso y a lo largo de todo el proceso de contratación. Pero junto al principio de igualdad y en íntima conexión con él se aplican en este ámbito los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, notablemente reforzados con la posterior introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación. De esta manera, el respeto del principio de igualdad de oportunidades y prohibición de cualquier tipo de discriminación exige que se garanticen los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, principios que sirven al propósito de respetar la igualdad, ampliar el abanico de las posibles opciones y garantizar la competitividad, de forma que la libre competencia sirve para afianzar todavía más el principio de igualdad de oportunidades.

De esta suerte, el TJUE ha resaltado en su jurisprudencia la relación existente entre el principio de transparencia y el de igualdad de trato, ya que el primero garantiza el efecto útil de este último procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia (Sentencia de 25 de abril de 1996 en el asunto 87/94, *Bus Wallons*, apartado 54). Asimismo también ha resaltado que el principio de no discriminación por causa de la nacionalidad conlleva una obligación de transparencia, con el fin de permitir al órgano de contratación asegurarse de que será cumplido (Sentencia de 18 de noviembre de 1999 en el asunto C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S*, apartado 31). La transparencia, por tanto, guarda una estrecha relación con los principios de igualdad, publicidad, concurrencia, no discriminación y prohibición de la arbitrariedad de la Administración contratante, fomentando una mayor participación de licitadores y la mejora de sus ofertas.

Ubicados, consecuentemente, ya en la transparencia, los principios de objetividad y transparencia se reconocen entre los principios generales de actuación de las Administraciones Públicas en los artículos 103 de la Constitución española y 3 de la LPAC, apareciendo también recogido, además de en el artículo 1, en otros preceptos de la LCSP respecto de los contratos.

La transparencia es una herramienta imprescindible en la lucha contra la corrupción. La existencia de procedimientos claros e iguales para todos, la ausencia de ambigüedad en las cláusulas contractuales, la no existencia de impunidad para los infractores, son argumentos en apoyo del establecimiento por la legislación europea de condiciones estrictas de participación en los contratos públicos, con rigurosos sistemas procedimentales y de control de la contratación pública.

De este modo, en la Comunicación al Consejo y al Parlamento europeo sobre “Una Política de la Unión contra la corrupción (COM(97) 0192), la Comisión subrayó la importancia de la contratación pública para

lograr una política eficaz de lucha contra la corrupción en toda la Unión, comprometiéndose a elaborar un sistema de listas negras aplicable a los casos en los que se emplean fondos de la Comunidad. En un sentido parecido, el Consejo europeo de junio de 1997 adoptó un Plan de acción para la lucha contra el crimen organizado (DOC 251 de 15.8.97, página 1). Por su parte el apartado 43 de la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE también contemplaba una advertencia en el mismo sentido de forma que debe evitarse la adjudicación de contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o que hayan sido declarados culpables por corrupción o fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas o por blanqueo de capitales. A su vez, en España nos encontramos con las conocidas como prohibiciones para contratar con la Administración, que contempla actualmente el TRLCSP en su artículo 60.

El TJCE, en su sentencia *Telaustria* (Sentencia TJCE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98), afirma que la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

Asimismo en la sentencia de 6 de abril de 2006, asunto C-410/04, ANAV en donde la cuestión que se planteaba ante el órgano jurisdiccional remitente era, en esencia, si el Derecho comunitario, en especial, las obligaciones de transparencia y de libre competencia establecidas en los artículos 43, 49 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea, se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no fija ningún límite a la libertad de elección de un ente público entre las diversas formas de adjudicar un servicio público, en particular, entre la adjudicación mediante un procedimiento de licitación pública y la adjudicación directa a una sociedad cuyo capital social pertenece íntegramente a dicho ente; en el que concluye el Alto Tribunal Europeo que

> *"los artículos 43 CE, 49 CE y 86 del TCE y los principios de igualdad de trato, de no discriminación por razón de la nacionalidad y de transparencia no se oponen a una normativa nacional que permite que un ente público adjudique un servicio público directamente a una sociedad cuyo capital social le pertenece íntegramente, siempre que el ente público ejerza sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con el ente al que pertenece".*

Por otro lado y como se decía con anterioridad, la transparencia en la contratación pública ha tenido en los últimos tiempos un importante refuerzo como consecuencia de la introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación, con la aparición de nuevas técnicas electrónicas de compra y publicidad.

De este modo, la introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación ha supuesto para las Administraciones un notable incremento de la transparencia y de la eficiencia de los procedimientos de contratación. Así lo establecía el Considerando 12 de la Directiva 2004/18/CE que establecía que las nuevas técnicas electrónicas de compra deberán en todo caso ser utilizadas dentro del respeto de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia; y lo ratifica el Considerando 67 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública que por ejemplo establece que para garantizar el respeto del principio de transparencia establece que sólo sean objeto de subasta electrónica los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, sólo los elementos que sean cuantificables de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes.

Capítulo II

EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. SU INCIDENCIA EN LA OBTENCIÓN DE OFERTAS DE GRAN CALIDAD

1.- PRINCIPIO DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL

A diferencia del modelo de contratación anterior y en un ejercicio de transposición de la normativa comunitaria, la LCSP incorpora en su articulado una regulación específica en materia de lucha contra la corrupción, tal y como recoge en la propia Exposición de Motivos, cuando señala que:

> *«También dentro del Libro I se introduce una norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos intereses, mediante la cual se impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación. En línea con las medidas para luchar contra la corrupción, se hace una nueva regulación de las prohibiciones de contratar que aumenta los casos de prohibición modificando la competencia, el procedimiento y los efectos de una declaración de este tipo; 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».*

La incorporación del principio de integridad al artículo 1 LCSP representa así una auténtica novedad en el ordenamiento jurídico en materia de contratación, que vertebra todo el articulado para mejorar las deficiencias y patologías que habían sido observadas en el desarrollo de la actividad contractual, y que el artículo 64 LCSP enuncia como: conflictos de intereses, favoritismo, corrupción y fraude, con el mandato de luchar contra la corrupción. Para dilucidar qué debemos entender por corrupción, podemos utilizar la definición de la OECD cuando identifica como tal el "abuso de poder que le ha sido confiado a un determinado agente para obtener ganancias privadas", (Public sector integrity. A framework for assessment. OECD, Paris, 2005).

No obstante, en ocasiones, la vulneración o el incumplimiento del principio de integridad no está asociado directamente a un abuso de poder o a la obtención de un beneficio privado, sino que responde a un mero incumplimiento del marco legal, por razones de índole variada (dificultades en la tramitación, desconocimiento,complejidad técnica, falta de cultura de cumplimiento). En esta situación se encuentran notables desviaciones en la utilización, por ejemplo, de los contratos menores en el ámbito local cuando se considera que un determinado licitador prestará el servicio mejor y un precio más barato.

2.- LA DOBLE DIMENSIÓN DE LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL

La integridad adquiere una doble dimensión en la contratación pública dado el diferente rol que adquieren empleados públicos, por un lado, y los órganos políticos por otro, que no sólo intervienen en el procedimiento de licitación como órgano de contratación, sino también como miembros de la mesa de contratación, a diferencia de los demás niveles de gobierno, sin perjuicio de apuntar la proximidad, no siempre en positivo, que existe entre los niveles de gobierno y administración, dado el escaso dimensionamiento de la planta local.

Pero aún, hablando de integración en la contratación pública local, puede realizarse otra distinción:

- Integridad personal: relativa a los miembros de la Corporación Local y a los empleados públicos.
- Integridad institucional: relativa a la entidad local, desde el planteamiento de contar con una suerte de ética organizacional en la misma

2.1.- EMPLEADOS PÚBLICOS E INTEGRIDAD PERSONAL

Los aspectos éticos y de conducta de los empleados públicos aparecen recogidos, con carácter básico en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), en cuyo artículo 52 contempla los deberes de los empleados públicos. En dicho sentido, indica que deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes. Principios y reglas que informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos. Estos deberes se completan con la enumeración de los principios éticos en el artículo 53 y los principios de conducta, en el artículo 54, ambos del TREBEP.

De este modo, se define un marco general de integridad al que se sujetan los empleados públicos, también los locales, sin perjuicio de las regulaciones aprobadas por las respectivas CCAA, y los códigos éticos o de conducta con los que puede contar la respectiva entidad local.

En esta materia de contratación, cobra especial importancia la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública, “Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”, que en relación con esta cuestión señala la obligación de los Estados miembros de apoyar y promover la integridad, a nivel individual e institucional, como parte intrínseca de la conducta profesional, proporcionando herramientas para garantizar el cumplimiento y la transparencia y la orientación para prevenir irregularidades, por ejemplo:

a) establecer códigos deontológicos así como cartas para la integridad;

b) utilizar datos sobre irregularidades, como retroalimentación para desarrollar los correspondientes programas de formación y orientaciones, así como para promover la autolimpieza, y

c) desarrollar un documento de orientación específico para prevenir y detectar el fraude y la corrupción, incluso a través de canales de denuncia.

Sin olvidar que la configuración de la función pública y su regulación, pueden representar una causa de corrupción, entre otras razones, por la forma de provisión y acceso, las retribuciones, la inexistencia de un clima ético organizacional, la falta de sanción y de control de la gestión, aspectos que, en la actualidad, se encuentran pendientes de revisión para la adecuación al modelo de administración del SXXI.

2.2.- RESPONSABLES POLÍTICOS E INTEGRIDAD PERSONAL

El artículo 78 LRBRL establece la sujeción de los miembros de las Corporaciones locales a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo, responsabilidades que se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable, estableciendo que son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente.

Sin perjuicio de ello, las Corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla, y el Presidente de la Corporación local podrá sancionar con multa a los miembros de las mismas, por incumplimiento reiterado de sus obligaciones, en los términos que determine la respectiva Ley de la Comunidad Autónoma y, supletoriamente, la del Estado.

A su lado, y directamente conectado con el derecho a una buena administración reconocido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, habrá que apelar al cumplimiento de los principios de buen gobierno establecidos en el artículo 26 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG). Entre otros puede apuntarse la relevancia de actuar con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general; ejercer sus funciones con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a estos principios; respetar el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular; asegurar un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones; desempeñar su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses os de intereses; no implicarse en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad. Así como con la aplicación del régimen sancionador en relación con la comisión de infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses (Artículo 27), infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria (artículo 28), o infracciones disciplinarias (artículo 29).

3.- MEDIDAS DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La LCSP además de utilizar su artículo 1 para incluir el principio de integridad a modo de declaración de intenciones, contempla a lo largo de todo su articulado un relevante conjunto de medidas de integridad que se alinean con el mismo, tal y como se desglosa a continuación.

3.1.- TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

La LCSP declara en su Exposición de Motivos como su primer objetivo la transparencia, transparencia que se articula en su doble dimensión de publicidad activa y de publicidad pasiva. En cuanto a la publicidad

activa, el perfil del contratante con la nueva regulación se convierte en el engranaje imprescindible en una contratación que, ahora sí, será electrónica, pero también para cumplir uno de los objetivos estratégicos de la Ley, como es la transparencia. Si comparamos la regulación anterior recogida en el TRLCSP y la incorporada a la LCSP observamos el compromiso del legislador en el ámbito de la publicidad y la transparencia, y la decisión de utilizar el perfil del contratante como una garantía de la igualdad entre los licitadores y la libre concurrencia.

La regulación del perfil del contratante en la LCSP representa un gran avance frente a la regulación anterior, incrementando, considerablemente, el contenido de la información que habrá de ser objeto de publicación, publicidad que garantiza mayores estándares de integridad en cuanto promueve los principios básicos de la contratación pública. Tras recoger un enunciado genérico, de carácter potestativo, al señalar que el perfil de contratante podrá incluir cualesquiera datos y documentos referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación, impone la publicación de toda la información de tipo general que puede utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación como puntos de contacto, números de teléfono y de fax, dirección postal y dirección electrónica, informaciones, anuncios y documentos generales, tales como las instrucciones internas de contratación y modelos de documentos, así como la información particular relativa a los contratos que celebre.

En cuanto al contenido material, se incluye un núcleo importante de nueva información en relación con la tramitación íntegra de los procedimientos de licitación, desde su inicio, con la memoria justificativa del contrato, con la aprobación del expediente de contratación, las vías de publicidad, el desarrollo de la licitación y las distintas incidencias que se producen en el proceso, incluyendo las modificaciones, desgranando distintos tipos de información para cada una de las fases. A su lado, se incluye una referencia expresa a los contratos menores, encomiendas de gestión y encargos a medios propios, contemplando una serie de excepciones al régimen general de publicidad.

Pero es que la LCSP además de incidir en el aspecto cuantitativo de la información pública sobre los contratos, también incide en el cualitativo, básico para garantizar la calidad de la información y asegurar el cumplimiento de su finalidad. La LCSP contempla la nueva prescripción de publicación de toda la información en el perfil del contratante en formato abierto y reutilizable, que deberá ajustarse a lo dispuesto en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre sobre Reutilización de la información del sector público. Además el establecimiento de la obligación de publicar la información del perfil del contratante en formato abierto y reutilizable facilitará la utilización de herramientas de datos abiertos para realizar labores de seguimiento y control y la rendición de cuentas.

Se incorpora, por otra parte, una novedad señalada en este aspecto, al establecer que la información deberá permanecer accesible durante un plazo mínimo de 5 años, ofreciendo así una perspectiva que permita una mejor rendición de cuentas y sin perjuicio del ejercicio del derecho de acceso a la información en relación con expedientes anteriores a dicho período. También como una garantía más del cumplimiento de los principios de transparencia se refuerza la obligación de publicar los perfiles del contratante de las diversas entidades en la Plataforma de Contratos del sector Público o similares que puedan articular las CCAA, al asociar el incumplimiento de esta obligación la penalización de causa de nulidad de pleno derecho.

En relación con la publicidad pasiva, el ejercicio del derecho de acceso a la información en materia de contratación exige contemplar la especialidad del derecho a la confidencialidad de las ofertas, para preservar los derechos de los licitadores en términos de libre mercado, a cuyos efectos, el artículo 133 LCSP establece que sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en esta Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

No obstante, el deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el

contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles. Tampoco este deber de confidencialidad podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto la normativa sobre protección de datos de carácter personal.

3.2.- CONFLICTOS DE INTERESES EN EL ÁMBITO LOCAL

El artículo 24 de la Directiva recoge una definición del conflicto de intereses, que se incorpora, por primera vez, a la normativa sobre contratación del sector público, a través del art. 64 LCSP, señalando que el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Y como medida de prevención de la corrupción impone, por un lado, a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Y, por otro, a aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés a los que se impone el deber de ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

Sin embargo, y a diferencia de otras normativas autonómicas, la LCSP no recoge prescripción alguna sobre la tramitación de un eventual procedimiento, que, en todo caso, deberá ser contradictorio para garantizar los derechos de las distintas partes implicadas.

3.3.- CONDICIONES DE COMPATIBILIDAD PREVIA

La promoción de la integridad no es un deber en exclusiva del sector público sino que debe ampliarse también al sector privado en sus relaciones contractuales con el mismo. Por ello y a la vista de la necesidad de incorporar medidas de prevención de la corrupción desde el punto de vista de los actores del sector privado, y para garantizar el principio de igualdad y de libre concurrencia, el art. 70 LCSP establece unas condiciones especiales de compatibilidad de carácter previo. Estas condiciones operarán en aquellos casos en los que existiesen empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, y que deberá hacerse extensivo al supuesto de utilización de consultas preliminares al mercado en los términos establecidos en el artículo 115 LCSP.

Para evitar que se falsee la competencia, la norma insta al órgano de contratación a tomar las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las citadas empresas en la licitación, no falsee la competencia, puntualizando que, en todo caso, las medidas adoptadas se consignarán en los informes específicos previstos en el artículo 336 LCSP. Entre estas medidas se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.

3.4.- PROHIBICIONES DE CONTRATAR Y MEDIDAS DE SELF-CLEANING

Las prohibiciones de contratar se incorporan en la LCSP a través de lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes como una herramienta que, en la línea apuntada, pretende garantizar la integridad en la contratación pública por parte de los actores del sector privados que de este modo se ven privados de la posibilidad de participar en la licitación pública cuando concurren determinadas circunstancias.

La LCSP incorpora, en relación con esta cuestión, la posibilidad de que los licitadores adopten medidas de self-cleaning o redención, a través de programas de compliance para evitar que se aplique esta limitación, introduciendo así un factor de incentivo adicional a la promoción de la integridad.

3.5.- VÍAS DE RECURSO CONTRACTUAL

La existencia de un recurso especial en materia de contratación constituye un elemento positivo en garantía del procedimiento, si bien no resulta admisible en cualquier caso. Pero la LCSP ha procedido a mejorar su regulación al ampliar su configuración legal, tanto desde el punto de vista subjetivo, como objetivo, y el incremento de los umbrales para su presentación (artículos 44 a 60 LCSP), constituye un medio de refuerzo en la vía de la integridad por cuanto permite el recurso en vía administrativa, sin necesidad de agotar las instancias judiciales y con unos plazos de resolución más ágiles que en las mismas.

En relación con esta cuestión, resulta preciso señalar la introducción ex novo por la LCSP, con carácter básico, de la posibilidad de constituir órganos de recursos contractuales de carácter local, para los municipios de gran población, así como su posible constitución por parte de las Diputaciones provinciales, permitiendo, en ese caso, la adhesión al mismo por parte de los municipios del territorio provincial, desplazando así la competencia del órgano estatal o, en su caso, del autonómico.

3.6.- ÓRGANOS DE CONTROL Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN

La LCSP en su art. 332 instaura un nuevo órgano de control, a modo de supervisión, de la contratación pública con la creación de la Oficina Independiente de la Regulación y Supervisión de la Contratación con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública.

En el ejercicio de sus funciones, la Oficina elaborará un informe de supervisión que remitirá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, y que se integrará en el informe nacional a remitir a la Comisión Europea cada tres años. Dicho informe comprenderá respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada, entre otras, si procede, las siguientes cuestiones:

- Una relación de los principales incumplimientos detectados por los órganos, instituciones y poderes con competencia supervisora o jurisdiccional en materia de contratación pública.
- Información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta de la legislación de contratación pública o de inseguridad jurídica.
- Información sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación, así como sobre los problemas de colusión detectados

4.- OBTENCIÓN DE OFERTAS DE GRAN CALIDAD Y SU EJECUCIÓN

Al lado del primer objetivo de una mayor transparencia en la contratación pública, la LCSP contempla, en segundo lugar, una mejor relación calidad-precio, y este segundo objetivo una mejor calidad-precio está directamente relacionada con los estándares de integridad en el desarrollo de la actividad contractual y con la finalidad última de las entidades locales, de mejor servicio al interés general.

Según el artículo 1 LCSP, la contratación del sector público debe ajustarse a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Oferta económicamente más ventajosa

La corrupción conduce a menor inversión y productividad, y desincentiva la presentación de ofertas competitivas en términos de calidad para la provisión de bienes y servicios públicos, y genera una fuerte desconfianza institucional, por lo que, a la inversa, la confianza en la integridad de la contratación pública producirá mayor competitividad y, en consecuencia, mejores ofertas. Según el último estudio de la Comisión Europea sobre Contratación pública en Europa (EU Single Market Scoreboard on public procurement), España aparece como el país con más indicadores negativos, destacando, de entre los doce indicadores que lo conforman, la escasa concurrencia y las dificultades burocráticas y según los análisis de la CNMC esta falta de concurrencia puede llegar a provocar desviaciones medias del 25% del presupuesto de la contratación pública.

Impactos que no sólo se producen en la obtención de las ofertas, sino también en la ejecución del contrato, mediante una correcta y adecuada aplicación de los pliegos y de los criterios previstos en los mismos, para evitar sesgos, arbitrariedades o interpretaciones alejadas del interés público, evitando la obtención de prestaciones que no forman parte el objeto del contrato, o la aceptación de ejecución de prestaciones no realizadas. Y, como apuntábamos, sin perjuicio de que, en ocasiones, estas desviaciones se vinculen a la mala administración, que según la Recomendación CM/Rec (2007) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros sobre la buena administración incluye, por ejemplo, la inactividad pública o el retraso en la toma de decisiones o en la adopción de medidas ante incumplimientos de obligaciones por las administraciones públicas.

Siguiendo los principios para la integridad en la contratación pública (Principles for Integrity in Public Procurement, OCDE 2009), podemos llevar a cabo la siguiente sistematización:

1.- Transparencia

2.- Buena gestión

a. Asegurar que los fondos públicos se utilizan de acuerdo con las finalidades deseadas
b. Asegurar altas capacidades profesionales sobre contratación pública e integridad en los responsables de la contratación

3.- Prevención de la mala conducta, cumplimiento y seguimiento

a. Implementación de mecanismos para prevenir los riesgos a la integridad

b. Estimular una cooperación próxima entre la administración pública y el sector privado para mantener altos los estándares del contrato sobre todo en su gestión

c. Facilitar mecanismos para monitorizar la contratación pública, así como para detectar la mala conducta y aplicar sanciones acordes

4.- Rendición de cuentas y control

a. Establecimiento de una clara cadena de responsabilidad junto con mecanismos de control efectivos

b. Tratar las reclamaciones de los potenciales licitadores de forma justa

c. Apoderar a las organizaciones de la sociedad civil, los medios de comunicación y la ciudadanía en general para examinar la contratación

Principios todos ellos que deben traducirse en acciones concretas para garantizar la integridad, y que, en muchos casos, se introducen en la gestión pública local a través de códigos éticos o de conducta que vinculan tanto a empleados públicos, como a responsables políticos, aunque ya están comenzando a explorarse modelos en los que se incluye en su ámbito subjetivo a licitadores y adjudicatarios, a los que se imponen una serie de obligaciones y deberes en materia de integridad.

Capítulo III

EL CONFLICTO DE INTERESES, LAS INEFICIENCIAS Y LOS DESPERDICIOS EN LA GESTIÓN PÚBLICA

1.- DEFINICIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

La apuesta por la transparencia y la integridad en la contratación pública que realiza la LCSP se demuestra, entre otros aspectos, en la especial atención que presta al control de los conflictos de intereses, materia que presenta un especial impacto en el ámbito local por el principio de proximidad en la gestión que caracteriza la conformación de la planta local. Aunque es numerosa la regulación que recoge restricciones en esta materia, partiendo, en primer lugar, de la propia normativa en materia de contratación, con las prohibiciones de contratar, pero también con la normativa electoral, con las causas de inelegibilidad y de

incompatibilidad, o la normativa sobre procedimiento administrativo común con las causas de abstención, así como con la norma de incompatibilidades, la contratación se configura como una de las áreas en las que se ha manifestado una mayor debilidad institucional frente a los comportamientos corruptos.

En este ámbito, la LCSP destina expresamente un precepto, su artículo 64, a la regulación de los conflictos de intereses, comenzando por ofrecer, por primera vez en nuestra ordenamiento jurídico, una definición del concepto de conflicto de intereses, según la cual abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. Es importante el matiz de la regulación en cuanto se hace depender su apreciación de una apariencia, "pudiera parecer" y no de una realidad.

Debe puntualizarse que la definición de la LCSP no coincide exactamente con la recogida en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, pues la norma europea en su artículo 24, plantea el posible conflicto de intereses no sólo respecto al personal al servicio del órgano de contratación, sino también respecto a los miembros del personal del poder adjudicador o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador. En todo caso, cualquier persona o entidad que tenga conocimiento de un posible conflicto de interés deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación, estableciendo la LCSP una suerte de obligación de de denuncia.

Se integra así en la nueva regulación uno de los mandatos de la Directiva 2014/23/UE, cuando en su Considerando 16, señala que:

> *«los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses».*

Sobre qué debemos entender por interés particular, podemos considerar cualquier influencia, lealtad, emoción u otra característica de una situación, que tienda a hacer menos confiable el juicio profesional del que sería habitualmente, porque podría conllevar algún tipo de beneficio o ventaja personal o profesional, directo o indirecto, presente o futuro, pecuniario o de otra naturaleza. (Oficina Antifrau de Cataluña, La gestión de los conflictos de intereses en el sector público de Cataluña, 2016).

Y siguiendo la clasificación de los conflictos de intereses ofrecida por este órgano podemos distinguir entre las siguientes categorías:

Real	Cualquier situación en la que el cargo o empleado público tenga un interés efectivo en el resultado del procedimiento o el contenido de la decisión
Aparente	Cuando parece que el interés privado de un cargo o empleado público puede influir de forma inapropiada en el ejercicio de sus obligaciones públicas aunque no sea el caso
Potencial	Cuando el cargo o empleado público tiene un interés privado que puede generar un conflicto de intereses en el futuro si asume nuevas responsabilidades públicas que puedan entrar en conflicto con él.

Sin embargo, y a pesar de la importancia de esta cuestión la regulación que ofrece la LCSP es parca, no ofreciendo elementos suficientes para determinar los procedimientos asociados a la gestión de un eventual conflicto de intereses, por lo que podría darse la situación de que cada entidad local estableciese su propio procedimiento, en algunos casos con altos estándares de integridad alineados con la normativa y en otros, con laxos estándares, alejados de los objetivos. Algunas Comunidades Autónomas, como Aragón, sí han contemplado una regulación más detallada en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón, modificada, en este punto, por la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón, por lo que también será objeto de análisis.

Para facilitar el examen de esta cuestión, podemos distinguir cuatro fases para la adecuada gestión de los conflictos de intereses: prevención, detección, solución y sanción, que analizamos a continuación

2.- PREVENCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

La prevención de los conflictos de intereses exige disponer de mecanismos previos que, a modo de filtro, garanticen la adopción de medidas que eviten la producción de los conflictos de intereses y que, en gran medida, se vinculan con la disponibilidad previa de información sobre los distintos actores que participan en el expediente de contratación, entre las cuales pueden destacarse las siguientes

2.1.- DECLARACIÓN DE INEXISTENCIA DE CONFLICTO DE INTERESES

Una de las herramientas de prevención de mayor frecuencia en su utilización es la formulación de una declaración relativa a los conflictos de intereses por todos los actores en un expediente de contratación, es decir, de todos los que intervengan en dicho expediente, no sólo el órgano de contratación, que aunque interviene con carácter resolutivo, su actuación se produce de un modo semirreglado y condicionado por actuaciones precedentes.

De este modo, deberían suscribir esta declaración de inexistencia de conflictos de intereses, al menos, los siguientes actores:

- Los empleados públicos, con independencia de su vínculo laboral, que intervienen en el expediente de contratación en todas sus fases
- Miembros de la mesa de contratación y del Comité de expertos.
- Quienes deban realizar algún informe técnico a solicitud de la Mesa o del propio órgano de contratación
- Responsable del contrato

En el caso de las Entidades Locales y a diferencia de lo que sucede en los demás niveles de gobierno debemos recordar que la Disposición Adicional Segunda LCSP permite la participación de cargos de designación política en la misma.

Pero dado el carácter bilateral de todo contrato, la exigencia de presentación de esta declaración debería contemplarse también para los actores del sector privado que participan en el procedimiento, en particular a:

- Licitadores que participen en el procedimiento de contratación
- Adjudicatario del contrato

Estas declaraciones a pesar de que se presentarán con carácter previo, requieren de actualización a lo largo de la ejecución del contrato ante los posibles cambios que pueden producirse en las circunstancias de estos sujetos, comunicando dicha incidencia al órgano de contratación, adquiriendo mayor importancia en el caso del adjudicatario.

Éste es el modelo seguido por citada Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón, que establece que en el expediente de contratación se dejará constancia de la manifestación de que no concurre ningún conflicto de interés que pueda comprometer su imparcialidad e independencia durante el procedimiento, así como de que se comprometen a poner en conocimiento del órgano de contratación, de forma inmediata, cualquier potencial con icto de intereses que pueda producirse durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación o en la fase de ejecución. Esta declaración deberá emitirse por:

- Todas las personas que participan en el expediente de contratación
- Los miembros de las Mesas de contratación u otros órganos de asistencia, que harán constar dicha manifestación en las actas de sus reuniones.
- Quienes deban realizar algún informe técnico a solicitud de la Mesa o del propio órgano de contratación lo manifestarán al recibir tal solicitud.

2.2.- CUARENTENAS POST-EMPLEO

Uno de los riesgos comúnmente asociado a la contratación pública se asocia con las conocidas como "puertas giratorias", en el sentido de la captación que los actores del sector privado puedan realizar sobre los actores del sector público al finalizar su trayectoria en el mismo, y cuya posibilidad puede motivar desviaciones de integridad durante el servicio público o conductas de favoritismo.

Para minimizar y prevenir dichos riesgos el artículo 75.8 LRBRL recoge las conocidas como "cuarentenas post-empleo", disponiendo que durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales a que se refiere el apartado primero de este artículo que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, limitaciones al ejercicio de actividades privadas que también resultarán de aplicación a los órganos directivos locales. A estos efectos, los Ayuntamientos podrán contemplar una compensación económica durante ese periodo para aquéllos que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desempeñar su actividad profesional, ni perciban retribuciones económicas por otras actividades.

2.3.- CONDICIONES ESPECIALES DE COMPATIBILIDAD DE LOS LICITADORES

En determinadas ocasiones las Entidades locales requieren de la colaboración previa del mercado para determinar las condiciones en las cuales se llevará a cabo un procedimiento de licitación, en cuyo caso será necesario articular las medidas necesarias para garantizar que dicha participación previa no suponga un trato de favor que altere las condiciones de igualdad y libre concurrencia que deben presidir la contratación pública.

Para ello el artículo 70 LCSP contempla la regulación de las condiciones especiales de compatibilidad en relación con la casuística que se produce cuando algunas empresas

- han colaborado con la entidad en la fase previa de elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o
- hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación.

En estos supuestos el órgano de contratación debe adoptar las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de esas empresas que falsee la competencia, y entre estas medidas puede llegar a establecerse que las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, puedan ser

excluidas de dichas licitaciones, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

En todo caso, antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras. Con independencia de ello, deberá procederse a la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas. Y continúa el artículo 70 LCSP estableciendo que los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de cualesquiera contratos, así como la coordinación en materia de seguridad y salud, no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos, ni a las empresas a éstas vinculadas, en el sentido expresadas.

Esta situación cobra especial relevancia a la luz de la figura de las consultas preliminares al mercado, introducida como novedad en el artículo 115 LCSP, que fomenta la interacción del sector público con actores del sector privado en esta fase previa respecto a la que habrá que garantizar la preservación de los principios de igualdad de trato y libre concurrencia, para evitar la distorsión de la competencia .

2.4.- APROBACIÓN DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO (COMPLIANCE)

Las técnicas de Compliance del sector privado pueden ser objeto de importación a la gestión pública local, aun cuando carece del incentivo de la exención penal que sí le ofrece a aquéllos. El artículo 64 LCSP impone a todos los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Todo ello, sin perjuicio de la apertura de otras vías como las “acciones qui tam” y el establecimiento de canales de denuncia, siguiendo también la senda abierta por algunas normas autonómicas e iniciativas concretas de determinadas entidades.

De este modo, la aprobación de los programas de cumplimiento normativo en materia de contratación pueden representar la adopción de estas medidas, diseñando un completo programa que recoja todos los elementos del compliance para prevenir la existencia de los conflictos de intereses ofreciendo las herramientas para su gestión, así como de los demás objetivos del artículo 64 LCSP.

2.5.- LAS CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE CARÁCTER ÉTICO

El artículo 202 LCSP contempla la posibilidad de que los órganos de contratación puedan establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación de los pliegos, siendo obligatoria, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución recogidas en su apartado 2, condiciones que pueden ser de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden.

Por esta vía pueden establecerse cláusulas éticas, con la obligación de vincularse al objeto del contrato, que tienen una gran virtualidad pues los pliegos podrán establecer penalidades, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución o, incluso atribuirles el carácter de obligaciones contractuales

esenciales que pueden motivar la resolución del contrato. Cuando este incumplimiento no se tipifique como causa de resolución del contrato, podrá ser considerado, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave.

3.- DETECCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

La adopción de medidas preventivas puede, no obstante, no ser suficiente y llegar a producirse el conflicto de intereses, por lo que será necesario establecer los medios para su detección, ya que la declaración por sí misma, no resultaría suficiente, por cuanto las circunstancias de las personas afectadas pueden variar a lo largo del procedimiento y, en muchos casos, no resulta sencilla la comprobación de su veracidad.

Para ello sería preciso realizar labores de seguimiento y actualización de la información manifestada que permitan en todo caso su ajuste a la realidad, sin olvidar que, a priori, resulta difícil dicha prevención total pues es imposible conocer quiénes serán licitadores en el respectivo expediente por lo que será necesario establecer algún mecanismo que ofrezca concreción en relación con los licitadores en el mismo, a lo largo del desarrollo del procedimiento.

3.1.- TRANSPARENCIA EN EL PERFIL DEL CONTRATANTE

A efectos de poder verificar la existencia o no de un conflicto de intereses, destaca una de las nuevas obligaciones de publicidad que introduce el artículo 63 LCSP en el perfil del contratante, al recoger la publicación no sólo del número sino también de la identidad de los licitadores, a diferencia de lo establecido en el artículo 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG), así como la publicación de todas las actas de la mesa de contratación.

De entre estas novedades destaca la publicación, conforme al apartado 5 de dicho precepto, de la composición de las mesas de contratación que asistan a los órganos de contratación, así como la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados por la aplicación de los criterios de adjudicación de valor en los procedimientos en los que sean necesarios. Con una puntualización, que exige extremar el rigor en la publicación, al señalar que, en todo caso, deberá publicarse el cargo de los miembros de la mesa de contratación y de los comités de expertos, no permitiéndose alusiones genéricas o indeterminadas que se refieran únicamente a la Administración, organismo o entidad a la que representan o en la que prestasen sus servicios.

3.2.- DECLARACIONES DE BIENES Y ACTIVIDADES DE LOS CORPORATIVOS

En este sentido y respecto a los miembros de las Corporaciones locales, nos encontramos ante un mecanismo de prevención en virtud de la obligación legal, impuesta por el artículo 75.7 LRBRL, de formular declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos, así como de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las autoliquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades. Declaraciones que se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho, conforme a los modelos aprobados por los Plenos respectivos, por lo que a efectos de esa derivada de mecanismo de prevención de los conflictos de intereses, sería recomendable ajustar dichos modelos con una previsión al respecto.

Estas declaraciones también serán exigibles al personal directivo local y a los funcionarios de las Corporaciones Locales con habilitación de carácter estatal que desempeñen en las Entidades locales puestos que hayan sido provistos mediante libre designación en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman.

3.3.- CANALES DE DENUNCIA SOBRE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

En su apartado 2, y tras llevar a cabo un definición de la noción de conflicto de intereses, con ciertos matices frente a la regulación europea, el artículo 64 LCSP recoge una obligación de denuncia para todas aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de intereses, estableciendo la obligación de ponerlo inmediatamente en comunicación del órgano de contratación. Mandato que abre numerosos interrogantes sobre cómo dar cumplimiento al mismo, y que lo conecta con el establecimiento de canales de denuncia y el estatuto del denunciante de buena fe.

Dada la inexistente regulación en la normativa básica, LTBG, sobre los canales de denuncias de buena fe y la regulación del estatuto del denunciante (whistleblower) y sin perjuicio de lo establecido por algunas normativas autonómicas, la respectiva entidad local deberá articular el procedimiento para dicha denuncia y los demás aspectos necesarios, estableciendo, al menos:

- Sujetos legitimados para denunciar: en particular si se da entrada a licitadores o ciudadanía en general
- Ámbito objetivo de la denuncia: en particular sólo los conflictos de intereses o cualquier otra irregularidad en relación con la corrupción
- Articulación material del canal de denuncias: procedimiento, documentación, requisitos de presentación
- Medidas de protección para el denunciante de buena fe

La dicción literal del artículo 64 establece que la denuncia habrá de ponerse directamente en conocimiento del órgano de contratación, lo que plantea dos problemas, por una parte, su elevada vinculación con la gestión del procedimiento y, por otra, la posibilidad de que el conflicto de intereses afecte a uno de sus miembros o a alguien designado por éste, como sucede, por ejemplo, con los miembros de la mesa de contratación

4.- SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

La parquedad con que la LCSP regula el conflicto de intereses deja amplias lagunas, entre ellas cómo actuar cuándo se detecta el conflicto de intereses, en todo caso, la configuración de la administración local exigiría que la gestión se concretase a través de un procedimiento contradictorio en el que las partes puedan aportar los medios de prueba de que dispongan en su defensa.

Con carácter informador puede recurrirse a la citada norma aragonesa, que establece que cuando las personas afectadas tuviesen un interés que pudiera parecer compromete su imparcialidad e independencia deberán abandonar el procedimiento y serán sustituidas por otra persona. Dicha sustitución será comunicada a los participantes en la licitación, puntualizando que la sustitución de personas deberá plantearse no solo si existe un conflicto de intereses real, sino siempre que haya motivos para albergar dudas sobre su imparcialidad. No obstante, esa afirmación resulta de difícil concreción también, pues no se determinan una serie de criterios que permitan señalar cuándo existen dudas sobre la imparcialidad, por lo que sería recomendable que el órgano de contratación procediese a clarificar una serie de indicadores al respecto.

La normativa autonómica dispone también, que cuando un licitador presente elementos objetivos que pongan en entredicho la imparcialidad o independencia de alguna de las personas afectadas, la entidad contratante examinará las circunstancias alegadas y decidirá sobre la existencia real o potencial de un conflicto de intereses, pudiendo incluso requerir a las partes para que, en caso necesario, presenten información y elementos de prueba. En el caso de apreciar la existencia de un conflicto de intereses, el órgano de contratación podrá declarar nula la actuación que hubiese llevado a cabo dicha persona.

La ambigüedad expresada aconseja que, con carácter previo a tener que dilucidar una situación real de hipotético conflicto se establezcan los protocolos o procedimiento de reacción ante la detección de un eventual conflicto de intereses. A continuación examinamos algunas de las vías que nos ofrece el ordenamiento jurídico para esta solución.

4.1. PROHIBICIONES DE CONTRATAR, INCOMPATIBILIDAD Y CONFLICTOS DE INTERESES

Un tema afín con los conflictos de intereses se produce en relación con las prohibiciones de contratar, con especial impacto para el ámbito local en relación con el supuesto contemplado en el artículo 71.1 g), cuando señala como tal el hecho de:

> *«Estar incursa la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma».*

En particular, adquiere una gran dimensión ante la configuración de la planta local, por la extensión de la prohibición más allá del licitador, al señalar que:

> *«La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas. La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero».*

A estos efectos, resultan de interés las conclusiones formuladas en Informe 10/2016, de 18 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 4 :

- El conflicto de intereses únicamente se da cuando pueda probarse que tiene incidencia directa en el procedimiento de licitación, en cuanto supone una infracción de los principios de la contratación pública, y un falseamiento real de la concurrencia y competencia entre los licitadores.
- La declaración de la existencia, o inexistencia, de un conflicto de intereses debe ser la consecuencia de la tramitación de un procedimiento contradictorio.

En cuanto al ámbito objetivo de la prohibición, en Informe 50/1999, de 21 de diciembre, la Junta Consultiva de Contratación clarifica que en caso de los miembros de las Corporaciones locales se aplican las prohibiciones de contratar de la normativa en materia de contratación, referencia que remite al artículo 178 LOREG, pero que no se hace extensiva a los contratos concertados con AAPP distintas de aquélla a la que pertenece el concejal.

Por su parte, la LRBRL dispone que los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación.

4.2. EL DEBER DE ABSTENCIÓN Y LOS CONFLICTOS DE INTERESES

Además de las prohibiciones de contratar y de las posibles causas de incompatibilidad que pudieran concurrir en los diferentes actores que participan en la tramitación de los procedimientos de licitación, debe tenerse en cuenta una tercera variable, la derivada de la concurrencia de causa de abstención en alguno de ellos, y que se producirá en relación tanto con los empleados públicos y demás personas que hayan participado en la tramitación del procedimiento de licitación, como en los miembros de la Mesa de Contratación, Comité de Expertos y los respectivos órganos de contratación, en relación con las causas de abstención recogidas en el artículo 28 LRJSP y conforme al procedimiento de recusación establecido en el artículo 29 LRJSP.

Hay que precisar que, conforme a reiterada jurisprudencia, no es suficiente una conexión hipotética y eventual para declarar la concurrencia de causa de abstención, sino que es necesaria la presencia de un interés real y directo en la resolución del expediente correspondiente. De lo contrario invadiría por completo ámbitos de gestión tan afectados por el principio de proximidad como el local, en el que sería difícil la actuación tanto de empleados públicos como de autoridades en una aplicación estricta.

5.- SANCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

En el ámbito sancionador, las consecuencias de vulnerar la obligación de no actuar ante la existencia de un conflicto de intereses, nos sitúa ante la ausencia de definición legal de cómo actuar en la LCSP, por lo que sería necesario distinguir si el conflicto de intereses afecta a un empleado público o a un representante político, así como al adjudicatario de un contrato público, pues en uno y otro caso, resultará de aplicación diferente régimen.

5.1.- SANCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

En el caso de los empleados públicos, para la determinación de esas consecuencias habrá que acudir al Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) y normativa autonómica de empleo público, resultando de aplicación la vía del régimen disciplinario ante las infracciones que puedan producirse en materia de conflictos de intereses y que se encuentran claramente vinculadas con el Código de conducta establecido en los artículos 52 a 54 TREBEP, en particular en relación con los principios éticos y de conducta.

5.2.- SANCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES DE LOS ALTOS CARGOS Y RESPONSABLES POLÍTICOS

En el caso de altos cargos, cuando existiesen para el ámbito local, como sucede en el País Vasco, en virtud de lo establecido en las disposiciones de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE) y responsables políticos, resultará de aplicación la normativa reguladora de su estatuto, cuando exista, y, en última instancia, el régimen sancionador en materia de buen gobierno establecido en la LTBG, en cuyo artículo 27 regula las infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses.

5.3.- SANCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES DE LICITADORES Y ADJUDICATARIOS

Medidas que también habría que plantearse, en su caso, en relación al licitador afectado, pudiendo excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses, tal y como recoge la propia Directiva, sin perjuicio del establecimiento como penalidades en el propio expediente de contratación del incumplimiento de las normas relativas al conflicto de intereses o por la vía de su establecimiento como obligación esencial del contrato. Todo ello sin perjuicio de la exigencia de otras responsabilidades que, en el orden penal o civil, resultaran de aplicación a todos los actores en el expediente de contratación.

6.- EL CONTROL DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LA LCSP

El actual mapa de órganos de control cuenta con numerosas vías para la determinación de los conflictos de intereses, aunque en la mayor parte de los supuestos se trata de un control a posteriori, que no actúan desde la prevención tal y como exige la LCSP. Sobre las vías tradicionales de los órganos de control internos, órganos de control externo, han aparecido nuevos órganos que se caracterizan específicamente por la lucha contra el fraude y la corrupción, la mayor parte de ellos de carácter autonómico, que han venido de la mano de la aprobación de la normativa sobre transparencia.

Pero, con independencia de las distintas fórmulas de control que se puedan articular en las entidades locales, como Comisiones éticas o similares, el artículo 332 LCSP crea ex novo la Oficina Independiente de la Regulación y Supervisión de la Contratación como órgano colegiado de los previstos en el artículo 19 LPAC, con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública, como su propio nombre indica, se configura como un órgano de supervisión.

A la Oficina le corresponde actuar en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional, y se le asignan entre otras, las siguientes funciones relacionadas con esta materia:

- promover la concurrencia y combatir las ilegalidades
- verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y
- detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación.

Asimismo, y tal y como se apuntaba en relación con la sanción a imponer en el caso de detectarse un efectivo conflicto de intereses, también producirse la intervención de otros órganos de control en materia de buen gobierno.

7.- CONCLUSIÓN: CÓMO EVITAR LAS INEFICIENCIAS Y DESPERDICIOS EN LA GESTIÓN PÚBLICA

Como hemos señalado, el artículo 64 LCSP impone el deber de prevenir, detectar y solucionar de un modo efectivo los conflictos de intereses, y más allá de consideraciones éticas y de integridad, nos encontramos

ante un ámbito que tiene un considerable impacto en la eficiente asignación de los recursos económicos para la provisión de bienes y servicios y la realización de obras, en términos de estabilidad presupuestaria y control del gasto.

Hay que recordar que la contratación pública representa el 20% PIB nacional. De ahí que la reducción de la corrupción en la contratación pueda conllevar un ahorro para los españoles de 48.000 millones de euros anuales, cifra que alcanza, según la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia (CNMC), el coste de la corrupción en España. El informe 'Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España' (Fundación BBVA, octubre de 2018) continúan advirtiendo sobre los costes de la corrupción en España, afirmando que «en el contexto de las economías avanzadas, España presenta un déficit institucional que se concentra en los aspectos de calidad regulatoria, respeto a la ley y los contratos y, sobre todo, el control de la corrupción. El cálculo del efecto que tendría una mejora de la calidad institucional sobre el nivel de renta en España admite distintos escenarios y resultados. Ahora bien, todas las calibraciones realizadas dan lugar a un notable impacto potencial positivo».

Por ello, resulta necesario seguir avanzando en la promoción de la integridad, ámbito en el que ocupa un lugar destacado el control de los conflictos de intereses, pues los datos todavía no reflejan mejoras sustanciales. Según el último estudio de la Comisión Europea sobre Contratación pública en Europa (EU Single Market Scoreboard on public procurement), en el que España aparece como el país con más indicadores negativos, destacando, de entre los doce indicadores que lo conforman, la escasa concurrencia y las dificultades burocráticas, escasa concurrencia que ponía de relieve la frecuencia con la que en los procesos de licitación tan sólo se contaba con un único licitador, con el consiguiente coste que ello supone en términos de competitividad y calidad en las ofertas, y la dificultad de acceder a ofertas económicamente ventajosas.

Datos todos ellos que avalan la necesidad de extremar el control sobre los conflictos de intereses, uno de los mayores riesgos de corrupción en la contratación pública que puede falsear la competencia, generando elevados costes y la aparición de prácticas colusorias, como lo demuestra el protagonismo que la propia LCSP y la normativa comunitaria le han otorgado a esta dimensión de la integridad, evitando de este modo ineficiencias y desperdicios en la gestión pública.

Capítulo IV

EL EXPEDIENTE DE CONTRATACION COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

1.- EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

El expediente de contratación puede entenderse como el conjunto ordenado de documentos y actuaciones administrativas requeridas para la adjudicación y ejecución de los contratos del sector público (arts. 70.1 LPAC y 116.1 LCSP).

La tramitación de este expediente se rige por las especialidades procedimentales existentes en la materia reguladas en la LCSP. De este articulado, desarrollado en un contexto impuesto por el Derecho comunitario europeo, deriva la exigencia de la realización múltiples trámites administrativos, adicionales a los del procedimiento administrativo común, que convierten al expediente de contratación en un proceso singularmente complejo y formalista.

La contratación pública no es sino un medio encaminado a dar cumplimiento y realizar los fines institucionales de las entidades del sector público a través de los presupuestos o fondos públicos. Por ello los intereses dignos de protección que convergen en la celebración de un contrato son numerosos y de origen diverso, debiendo tener en cuenta la perspectiva de la entidad adjudicadora, la del adjudicatario y también la de la sociedad en su conjunto, como destinataria, usuaria, beneficiaria o como contribuyente.

El deber garantizar el respeto al interés público prima siempre en estas relaciones contractuales, lo cuál obliga a establecer ciertas pautas o solemnidades en el procedimiento a llevar a cabo para asegurar que no se contrata libremente con cualquier empresario y bajo cualesquiera condiciones.

Por tanto, el marcado carácter formalista del expediente de contratación se explica porque es el instrumento o la herramienta del que disponen las entidades del sector público para respetar y hacer efectivos los principios generales de la contratación pública, en los que se concreta o materializa el referido interés público.

2.- TIPOS DE TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

ORDINARIA
(ART. 116 LCSP)

PREPARACIÓN >

- **Administraciones Públicas** *(Libro II, Título I, Capítulo I, Sección 1ª, arts. 115 y ss LCSP y* Contratos **sujetos a regulación armonizada de otros entes del sector público** *(Libro III, Título I, art. 317 LCSP)*
  - **Inicio del expediente de contratación:**
    - Motivación de la necesidad (art. 28 LCSP)
    - Publicación en el Perfil del contratante (art. 63 LCSP)
  - **Contenido mínimo del expediente:**
    - Pliego de cláusulas administrativas particulares (116.3 LCSP)
    - Pliego de prescripciones técnicas (art. 116.3 LCSP)
    - Certificado de existencia de crédito o documento equivalente que acredite la existencia de financiación, y la fiscalización previa de la intervención (art. 116.3 LCSP)
    - Justificación adecuada de (art. 116.4 LCSP):
      - La elección del procedimiento de licitación.
      - La clasificación que se exija a los participantes.
      - Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.
      - El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.

- La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.
- En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.
- La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.

- **Entidades que no tienen carácter de poder adjudicador** (*Libro III, Título II*, art. *321 LCSP)*
- **Otros entes del sector público** para contratos **no sujetos a regulación armonizada** (*Libro III, Título I, arts. 318 y ss LCSP*)

ADJUDICACIÓN:

- **Administraciones Públicas** *(Libro II, Título I, Capítulo I, Sección 2ª, arts. 131 y ss LCSP) y* Contratos **sujetos a regulación armonizada de otros entes del sector público** (*Libro III, Título I, art. 317 LCSP)*.
  - Procedimiento abierto (art. 156 LCSP)
  - Procedimiento abierto simplificado (art. 159 LCSP)
  - Procedimiento abierto súper simplificado /abreviado (art. 159.6 LCSP)
  - Procedimiento restringido (art. 160 LCSP)
  - Procedimientos con negociación (art. 166 y ss LCSP)
  - Procedimiento de asociación para la innovación (art. 177 LCSP)
  - Sistemas para la racionalización de la contratación (art. 218 y ss LCSP)

- **Otros entes del sector público** para contratos **no sujetos a regulación armonizada** (*Libro III, Título I, arts. 318 y ss LCSP*)
- **Entidades que no tienen carácter de poder adjudicador** (*Libro III, Título II*, art. *321 LCSP)*

CONTRATOS MENORES
(ART. 118)

- **Previsto para contratos de valor estimado inferior a:**
  - 4**0.000 euros**, cuando se trate de contratos de obras
  - 1**5.000 euro**s, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios
- **La tramitación del expediente exige:**
  - Informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato (arts.28 y 118.1 LCSP)
  - Aprobación del gasto (art. 118.1 LCSP)
  - Incorporación al mismo de la factura correspondiente (art. 118.1 LCSP)
  - Informe del órgano de contratación justificando que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación (arts. 99.2 y 118.3 LCSP)
  - Informe del órgano de contratación justificando que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los 40.000 euros en el supuesto de obras o de 15.000 euros cuando se trate de suministro o de servicios. (art. 118.3 LCSP)

- En los contratos de obras además: Se añadirá el presupuesto de las obras y el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

URGENTE
(ART. 119)

- **Previsto para necesidades inaplazables o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público.**
- **Especialidades orientadas a la agilización de los tiempos en la tramitación del expediente:**
  - Preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación (119.2.a)
  - Reducción de plazos a la mitad (119.2.b)

DE EMERGENCIA
(ART. 120)

- **Previsto para necesidades inmediatas acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional.**
- **Régimen excepcional en el que se eluden los principios de concurrencia, publicidad e igualdad, por lo que se limita a las actuaciones estrictamente indispensables para paliar las necesidades más apremiantes.**

3.- FASES DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

Con carácter general, la tramitación de cualquier expediente de contratación consta de tres partes. El régimen jurídico aplicable al procedimiento dependerá de la fase en la que nos encontremos. Además variará en función de la tipología del sujeto contratante (art. 3 LCSP) y de si del contrato está o no sujeto a regulación armonizada (art 19 y ss LCSP).

PREPARACIÓN	ADJUDICACIÓN	EJECUCIÓN
(AAPP, Libro II, Título I, Capítulo I Sección 1ª; PANAPS para contratos no SARA y entes que no tengan carácter de Poder adjudicador, Libro III LCSP)	*(AAPP, Libro II, Título I, Capítulo I Sección 2ª; PANAPS para contratos no SARA y entes que no tengan carácter de Poder adjudicador, Libro III LCSP)*	*(AAPP, Libro II, Título I. Capítulo I Sección 3ª; PANAPS y entes que no tengan carácter de Poder adjudicador y Libro III, Títulos I y II LCSP)*

La fase de ejecución ha sido tradicionalmente la menos regulada de todas por el Derecho comunitario europeo, desde la aprobación de sus primeras Directivas de contratos públicos en los años 70. Esto refleja, como veremos al tratar los principios generales, la mayor preponderancia de la norma sobre los intereses de vertiente económica que afectan a las fases de preparación y adjudicación del contrato, en contraposición a los de carácter social y medioambiental, que están más ligados a la fase ejecutoria.

4.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En relación con lo anterior, la LCSP consagra en su art. 1 una serie de principios generales que habrán de regir a lo largo de todas las fases del expediente de contratación, debiendo las entidades adjudicadoras garantizar que son debidamente respetados.

LIBERTAD DE ACCESO A LAS LICITACIONES	**SALVAGUARDA DE LA LIBRE COMPETENCIA**
PUBLICIDAD	**SELECCIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA**
TRANSPARENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS	**EXIGENCIA DE LA DEFINICIÓN PREVIA DE LAS NECESIDADES A SATISFACER**
NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO ENTRE LOS LICITADORES	**OBJETIVO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y CONTROL DEL GASTO**

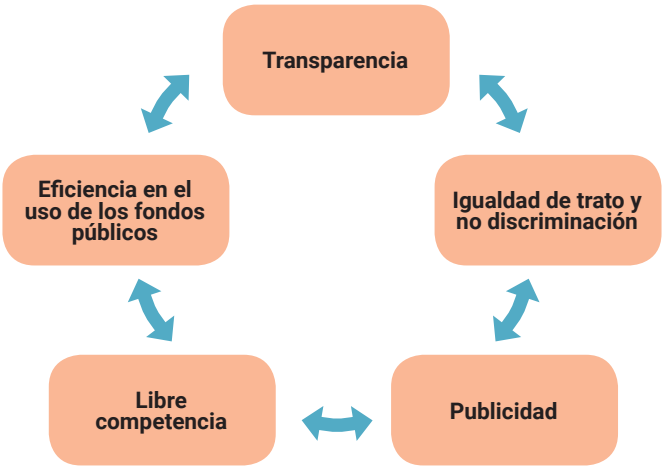
Debe recordarse que estos principios generales deben respetarse en todo caso, se trate o no de contratos cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas europeas sobre contratación pública, de conformidad con lo establecido en la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 23 de junio de 2006 (2006/C 179/2). En concreto los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación o igualdad de trato, los cuales se han articulado en torno a reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, se erigen como troncales dentro del ámbito de la contratación pública, afectando con carácter transversal a todas las fases del expediente contractual (preparación, adjudicación y ejecución).

Debe, tal como señala el profesor MORENO MOLINA, evitarse la denominada "huida de los principios generales" a través del uso abusivo e impropio de procedimientos excepcionales en los que las exigencias en materia de publicidad, libertad para concurrir e igualdad de trato y no discriminación son mucho más reducidas.

Es cierto que la gran mayoría de los principios enunciados en el apartado 1º se centran en las actuaciones que tienen lugar en las fases de preparación y adjudicación, pero el apartado 2º hace referencia expresa a que es también objeto de la LCSP la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.

En este sentido, en relación a la fase de ejecución, en el apartado 3º del art. 1 LCSP se establece, sin concretar su desarrollo, que deberán incorporarse de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales que guarden relación directa con el objeto del contrato, subrayando la relevancia que ello conlleva para darle mayor valor de la prestación, así como maximizar la eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Dedica su último apartado a disponer que se facilitará el acceso a los procedimientos de licitación de las pequeñas y medianas empresas y empresas de economía social.

Volviendo a los principios generales de carácter transversal, a la hora de garantizar que nuestros procesos se ajustan a los mismos, debemos tener en cuenta que están interconectados y que no se limitan a una sola actuación concreta del expediente.



4.1.- EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Nos centramos en la transparencia en primer lugar, puesto que su efectividad afecta a la realización del resto de principios generales, convirtiéndose así en un principio troncal.

Una transparencia real y efectiva permite una gestión más eficiente de los recursos públicos, que puede ser más fácilmente explicada y expuesta ante la ciudadanía de cara a la rendición de cuentas, sobre todo en un contexto como en el que nos encontramos marcado por la reducción del déficit público. Permite reforzar el principio de integridad en la contratación pública, minimizando así el riesgo de la corrupción.

La transparencia además garantiza el efecto útil de la igualdad de trato entre potenciales licitadores. Al facilitar que todo candidato o licitador acceda a una información adecuada, promueve la concurrencia y disminuye el riesgo de que se distorsionen las condiciones de competencia en el mercado.

Para poder garantizar la transparencia en nuestras licitaciones, como gestores públicos debemos tratar de conseguir que los procesos de trabajo sean trazables. Esto implica “dejar huella” de las actuaciones, dar visibilidad, paso a paso, a cada actuación relevante que tenga lugar en la tramitación del expediente. La trazabilidad del expediente puede ser una herramienta eficaz para luchar contra la corrupción.

4.2.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

El principio de igualdad de trato implica que los candidatos o licitadores conozcan toda la información que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la mejor oferta en relación calidad

precio. Es decir, los requisitos o condiciones de solvencia y los criterios de adjudicación deben ser conocidos dentro del plazo para preparar sus ofertas con la finalidad de poder valorar su interés sobre la obtención del contrato y disponer de las mismas oportunidades al formular los términos de las mismas *(STJUE de 24 de enero de 2008, C-532-06 P, apartado 34)*. Este principio ha de ser garantizado a lo largo de todo el procedimiento, incluido el momento en que las ofertas se someten a evaluación de la entidad contratante *(STJUE de 16 de diciembre de 2008, C-213/07, apartado 45)*.

Esto entra en conexión con la obligación de no discriminación por razón de la localización o ubicación geográfica, en cuanto a que ambas tienen por finalidad que la configuración de las licitaciones se realice en torno a criterios objetivos de participación y adjudicación, proscribiendo condiciones discriminatorias de acceso a la actividad económica, que impidan indebidamente la participación de empresas determinadas.

Ambos principios se entrelazan con el de transparencia, puesto que para poder verificar su cumplimiento es necesario que las entidades adjudicadoras aseguren un nivel adecuado de publicidad que permita abrir la competencia al mercado y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación *(SSTJUE de 24 de enero de 2008, C-324/98 considerando 62 y de fecha 13 de octubre de 2005 Asunto Parking Brixen C-458/03, considerando 49)*.

4.3.- EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

La transparencia y la igualdad de trato se alcanza en parte, a través de facilitar un adecuado acceso a la información a los candidatos o licitadores en la fase inicial del proceso. El mecanismo para alcanzar dicho objetivo es darle publicidad según los medios legalmente establecidos. Esta publicidad se instrumenta por medio del Perfil del contratante como portal de acceso libre, en el que se agrupa la información y documentos relativos a la actividad contractual de las entidades adjudicadoras.

El art. 63 de la LCSP establece la información que como mínimo debe publicarse en dicho Perfil sobre las licitaciones de cada entidad, en beneficio de todo potencial licitador, con tal de facilitar el acceso a los procedimientos al mayor número de operadores económicos posibles y mejorar la competitividad. Con ello se fomenta que ante una amplia variedad de ofertas, se encuentre en mejor posición para encontrar solución a las necesidades planteadas y para lograr la mejor oferta en relación calidad – precio.

4.4.- EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD

La transparencia también implica que la entidad adjudicadora deba garantizar que no existe riesgo de favoritismo y arbitrariedad y controlar la imparcialidad en los procedimientos de adjudicación *(STJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99, apartado 111)*, lo cual entra en conexión con el art. 64 de la LCSP.

En este sentido, el artículo no desarrolla los medios para evitar el conflicto de intereses por lo órgano de contratación tendrá que hacer un esfuerzo por establecer pautas para prevenir, detectar y solventar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación.

En definitiva, los órganos de contratación deben velar porque se respeten los principios generales de la contratación pública en todos sus procedimientos de licitación, ya que son el fundamento de toda la normativa contractual y garantizan la adecuada consecución de las necesidades e intereses públicos.

Una gestión transparente de los expedientes de contratación conlleva una uso más eficiente de los recursos públicos, fomenta la integridad del procedimiento y aumenta las opciones reales de las que dispone la entidad adjudicadora para seleccionar la mejor oferta en relación calidad-precio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DURAN RUIZ de EGUILAZ, H., *"La falta de publicidad en conflicto con el respeto a los principios generales de la contratación pública. Su repercusión en el contrato menor y en el procedimiento negociado sin publicidad por cuantía"*, Cuadernos Críticos del Derecho, Aletheia, Nº 2-2016, p. 68.

MORENO MOLINA, J.A., *"Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley Estatal de Contratos del Sector Público"*, en Revista Jurídica de Navarra, Enero-Junio 2008, Nº 45, págs.. 45-73.

REFERENCIAS WEB

GIMENO FELIÚ, J.M., (12 de mayo de 2014), *"La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia"*, en Observatorio de Contratación Pública, http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.153/relcategoria.121/relmenu.3/chk.577429fa7149b11b2d930ebe5b579d9f

PINTOS SANTIAGO, J. (27 de noviembre de 2017), *"A propósito de los principios generales y del novedoso apartado 3 del artículo 1 de la nueva LCSP"*, en Observatorio de Contratación Pública, http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.321/relcategoria.208/relmenu.3/chk.0bf0cc7be4532eb42b8f6824e59a34bc

YAÑEZ SANCHEZ, G., (24 de octubre de 2014), *"¿Cómo vas a garantizar la trazabilidad en tus procesos de contratación pública?"*, Blog esPublico, https://www.administracionpublica.com/como-vas-a-garantizar-la-trazabilidad-en-tus-procesos-de-contratacion-publica/#

JURISPRUDENCIA EUROPEA

Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, Comisión/Linakis y otros, C-532-06 P, Rec. p. I-255.

Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, Asunto Teleaustria y Telefonandress C-324/98, Rec. I-10745.

Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999.

Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801.

Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2005, Asunto Parking Brixen C-458/03.

Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, Asunto Teleaustria y Telefonandress C-324/98, Rec. I-10745

BLOQUE II

CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA (PLANIFICACIÓN, RESPONSABILIDAD E INNOVACIÓN)

Capítulo I

LA NECESARIA PLANIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU NECESIDAD.

1.- LA NECESARIA JUSTIFICACIÓN DE SU NECESIDAD.

Parece sorprendente que todavía estemos hablando de que es preciso justificar la necesidad que ampara acudir al mercado en busca de bienes y servicios y contratarlos con la empresa que gane la licitación.

Para contratar debe existir una necesidad. Para contratar se debe justificar la necesidad.

1.1.- EL PRINCIPIO DE NECESIDAD.

La LCSP ha regulado de una forma más potente *la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación.*

Ahora la necesidad, se convierte en un principio que debe inspirar la contratación pública. Si no hay necesidad, no debe existir un contrato. *"De acuerdo con los principios de necesidad,"* dice ahora el apartado 3º del artículo 28.

Como ya deberíamos saber, porque esto no ha cambiado: *"Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales"*.

1.2.- HAY QUE JUSTIFICAR LA NECESIDAD. DE LA NECESIDAD DEPENDEN MUCHAS DECISIONES.

El artículo 28. 1º de la LCSP dice: *"Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, 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, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación"*.

Es curioso que se limite la obligación de justificar de una forma determinada la naturaleza, la extensión, la idoneidad y el contenido a los procedimientos ordinarios y al negociado sin publicidad, ¿qué pasa en otros procedimientos para adjudicar los contratos?, ¿qué pasa en el menor, en la licitación con negociación, en

la subasta electrónica, en el diálogo competitivo? Siempre debe existir una necesidad y siempre habría que justificarla.

De la justificación de la necesidad dependen decisiones que hay que tomar en el inicio del expediente. El objeto del contrato, los lotes, la duración del mismo, …, son decisiones que dependen de la necesidad que se trata de satisfacer con el contrato que se licitará.

La necesidad delimita el objeto del contrato que se licitará. El artículo 99 establece en su apartado 1º que: *"El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única"*.

El artículo 116.4º de la LCSP dice que *"en el expediente se justificará adecuadamente"* y ello, a su vez, depende la justificación de la necesidad:

- La elección del procedimiento de licitación. Sí es una necesidad puntual y urgente, se podrá acudir a un menor; sí hay razones técnicas, se podrá acudir a un negociado sin licitación; sí...
- La necesidad determinará el tipo de empresa y la forma de valorar. *"Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo"*, como dice el artículo 116.4º.
- La necesidad de una obra, determina el objeto del contrato y la clasificación que se exija a los participantes. El artículo 133 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (no derogado expresamente por la LCSP) dispone que: *"Si conforme al artículo 25 de la Ley resultase exigible la clasificación, el órgano de contratación, al aprobar los proyectos de obras, fijará los grupos y subgrupos en que deben estar clasificados los contratistas para optar a la adjudicación del contrato, a cuyo efecto, el autor del proyecto acompañará propuesta de clasificación"*.
- Satisfacer la necesidad existente tendrá un valor económico. *"El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen. Con el desglose de costes directos, indirectos, gastos generales y beneficio industrial"*, como que dicen los artículos 100 y el 101 de la LCSP.
- Si es un contrato de servicios, además de la necesidad a satisfacer, es necesario que no existan medios internos para satisfacerla.
- La necesidad a satisfacer con el objeto del contrato exige un estudio previo del mercado proveedor y la decisión, en su caso, de no dividir en lotes el objeto del contrato.

Todas estas decisiones, que se deben de motivar en el expediente de contratación, están en función de la necesidad que se trata de satisfacer con el contrato.

1.3.- QUIÉN JUSTIFICA LA NECESIDAD.

El artículo 73 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (no derogado expresamente por la LCSP) establece en su apartado 2º que: *"Se unirá informe razonado del* **servicio que promueva la contratación***, exponiendo la necesidad, características e importe calculado de las prestaciones objeto del contrato"*.

Si bien es la unidad promotora, el servicio interesado en la contratación, o cómo se le quiera llamar quien justifica la necesidad, luego será el órgano de contratación quién motive la misma en el inicio del expediente. El artículo 116 de la LCSP dice: *"La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante"*.

1.4.- CÓMO SE JUSTIFICA LA NECESIDAD. MEMORIA E INFORME DE INSUFICIENCIA DE MEDIOS.

Esto sí ha cambiado. El artículo 73 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (no derogado expresamente por la LCSP) establece en su apartado 2º que:

> *"2. Se unirá informe razonado del servicio que promueva la contratación, exponiendo la necesidad, características e importe calculado de las prestaciones objeto del contrato".*

Actualmente, artículo 63. 3º de la LCSP se habla de la memoria justificativa del contrato y del informe de insuficiencia de medios, en el caso de los contratos de servicios. Estos dos documentos se deben de publicar siempre en el perfil de contratante ubicado en la plataforma de contratación del Sector Público. La transparencia alcanza al inicio del expediente de contratación, a las actuaciones preparatorias.

¿Llevan memoria todos los contratos? Parece que está claro en los procedimientos ordinarios y en el negociado sin publicidad. En el resto, entiendo que sí que es preciso. En particular, en los contratos menores, el artículo 118 LCSP dice que: *"En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo…".*

Creo que es en la memoria del contrato menor dónde se deben justificar e informar de estos aspectos, incluyendo que se trata de una necesidad puntual y urgente, una necesidad que no es periódica, ni reiterativa.

1.5.- LA NECESARIA PLANIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

El artículo 28. 4º de la LCSP dice que: *"Las entidades del sector público **programarán la actividad de contratación pública**, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada".*

El artículo 73. 1º del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (no derogado expresamente por la LCSP) ya establecía que: *"Los expedientes de contratación se iniciarán por el órgano de contratación determinando la necesidad de la prestación objeto del contrato, bien por figurar ésta **en planes previamente aprobados o autorizados**, bien por estimarse singularmente necesaria".*

Teniendo en cuenta lo que dice la Exposición de Motivos de la LCSP:"...hay que diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos, y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos" y los objetivos que la norma tienen.

La planificación de la gestión de la contratación pública pasa a ser un aspecto clave.

2.- QUÉ ES PLANIFICAR LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Los entes del Sector Público deben programar anualmente la gestión de su contratación pública. El plan anual debería tener una doble finalidad:

- 1.- Asegurar la gestión en plazo de los contratos que se precisan para atender las necesidades existentes.
- 2.- Implementar una dinámica o cultura de mejora continua en la gestión de la contratación pública para evitar fallos; aumentar la eficacia y eficiencia del proceso; solucionar problemas; prever y eliminar riesgos potenciales…).

Si bien la programación de la gestión de las licitaciones puede resultar sencilla, la planificación de mejoras integrales en la gestión de la contratación pública es una actividad compleja que precisa de personal capacitado para ello. Se precisan conocimientos y aptitudes directivas en el personal responsable de la gestión de la contratación pública. **Se precisa profesionalizar al personal que gestiona la contratación pública** y hacerlo no sólo en el plano estrictamente jurídico.

2.1.- ASEGURAR LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS EN PLAZO.

Tramitar un procedimiento abierto normal puede costar 4 meses. Si es un contrato SARA nos podemos ir a los 6 ó 7 meses. El proceso de contratación es un proceso muy burocrático. Muy largo. Un proceso en el que pueden acaecer acontecimientos imprevisibles como dice el artículo 28. 4º de la LCSP.

Los departamentos de contratación no tienen capacidad de reacción. Ante una necesidad, ante la resolución de un contrato por incumplimiento, ante un modificado no previsto en los pliegos, ante…, no hay capacidad de respuesta.

El comodín del contrato menor cada vez dará menos juego. Hay que programar la gestión de la contratación pública. Un ejemplo:

- **Octubre-Noviembre:**
  - Paralelamente a la gestión del borrador del presupuesto del año siguiente, el departamento de Contratación deberá ir recabando las necesidades que se están presupuestando. Debe empezar a trabajar en la primera planificación.
- **Diciembre:**

El departamento de Contratación planifica la gestión de los futuros contratos:

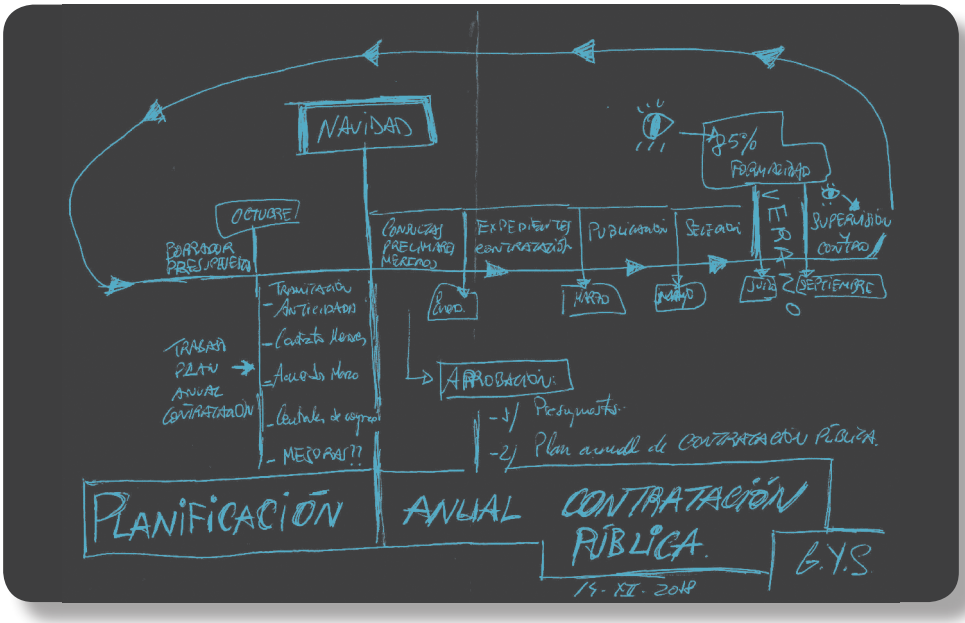
- Necesidades comunes y repetitivas tramitadas por menor que se harán otro procedimiento.
- Necesidades comunes y similares tramitadas por procedimientos abiertos repetitivos que se racionalizarán por acuerdos marcos o, en su caso, sistemas dinámicos de adquisición.
- Necesidades que se canalizarán por Centrales de Compras (provincial, FEMP, autonómica, del Estado).
- Necesidades complejas y de las que no se dispone la información precisa para preparar bien la licitación y el contrato y que deberán dar lugar a una consulta preliminar al mercado.
- Tramitación anticipada, cuando se pueda.
- Anuncios de información previa, cuando se pueda.
- Contratos que vencen (fecha clave) y tienen prórroga. El artículo 29. 2º de la LCSP dice: *"La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario,*

siempre que su preaviso se produzca al menos con ***dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato****, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor".*

- Contratos que vencen (fecha clave) sin prórroga. El artículo 29.4º de la LCSP dice: *"No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato,* **siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario".**

Estas fechas claves se deberían de programar ***"hacia atrás"***. **Iván Ochesenius Robinson** señala en El Consultor Contratación Administrativa, Editorial LA LEY que se puede programar la gestión de las licitaciones *"desde la fecha o plazo dada en punto anterior, comenzar a planificar (programar) «hacia atrás» las fechas correspondientes por cada una de las etapas del proceso o ciclo de vida de la compra. Para entender mejor lo mencionado, podemos apreciar el siguiente esquema que se inicia en la letra A, terminando en la letra B"*:

- **Enero**
  - Publicar consultas preliminares del mercado.
  - Publicación del plan anual de contratación. Paralelamente a la aprobación del presupuesto general se aprueba el plan anual de contratación. Según el artículo 134.1º de la LCSP, *"Los órganos de contratación podrán publicar un anuncio de información previa con el fin de dar a conocer aquellos contratos de obras, suministros o servicios que, estando sujetos a regulación armonizada, tengan proyectado adjudicar en el plazo a que se refiere el apartado 5 del presente artículo"*.
- **Febrero-marzo**
  - Aprobación expedientes de contratación.
- **Abril-Mayo**
  - Publicación licitaciones y recepción de ofertas.
- **Mayo-Julio**
  - Selección de contratistas.
  - Adjudicación de contratos.
  - Formalización (al menos, un 85% de lo establecido en el Plan). Objetivo operativo.
- **Septiembre-Octubre**
  - Seguimiento y supervisión de los contratos. Ayuda y asistencia a los responsables de los contratos.
- **Noviembre-Diciembre**
  - Paralelamente a la gestión del borrador del presupuesto del año siguiente, el departamento de Contratación deberá ir recabando las necesidades que se están presupuestando.
  - Planificación otra vez la programación de los futuros contratos e inclusión de objetivos operativos de mejora en función de las sugerencias, quejas y mejoras facilitadas.



Dibujo 2 Posible idea de una planificación de la gestión de la contratación pública.
Guillermo Yáñez Sánchez.

2.2.- IMPLEMENTAR UNA DINÁMICA O CULTURA DE MEJORA CONTINUA.

La elaboración de todo plan de mejora está sujeto a una secuencia de actividades:

- **Evaluar** necesidades futuras de contratación y la gestión pasada.
- **Analizar** los problemas y posibles soluciones.
- **Planificar** objetivos operativos de mejora de la gestión para el próximo ejercicio.
- **Controlar** el grado de cumplimiento de lo planificado.

2.2.- EVALUAR NECESIDADES FUTURAS DE CONTRATACIÓN Y LA GESTIÓN PASADA.

Para llevar a cabo una adecuada planificación de la contratación es preciso contar con información precisa y detallada de las futuras necesidades de bienes y servicios que habrá que licitar y de los resultados que se están obteniendo con la gestión actual.

Con ocasión de la elaboración del proyecto de presupuesto del ejercicio siguiente, las unidades promotoras deberían de poder proponer mejoras, quejas y sugerencias (asistencia, modelos, formación, …) al departamento que gestiona la contratación y que deberán servir para planificar mejoras a introducir en la gestión de la contratación.

2.3.- ANALIZAR LOS PROBLEMAS Y POSIBLES SOLUCIONES.

Además de atender a las necesidades futuras de bienes y servicios, es preciso analizar, al menos:

- **Gestión de la contratación:**
  - Tipos de contratos más usados.
  - Procedimiento de adjudicación (nº de contratos menores).
  - Tiempos de tramitación.
  - Tramitación anticipada.
- **Indicadores de mala gestión**
  - Procedimientos abiertos con una sola oferta.
  - Recursos de reposición, especiales y contenciosos.
  - Fiscalizaciones internas y externas.
- **Normativa interna de contratación.**
  - Bases de ejecución.
  - Instrucciones internas de contratación.
  - Informes secretaría o intervención.
- **Herramientas que se están utilizando para racionalizar la gestión.**
  - Acuerdos Marco.
  - Centrales de compra.
  - Sistemas dinámicos de adquisición.
- **Tecnología que soporta la gestión.**
  - Gestión electrónica del expediente.

- Elementos que habilitan la tramitación electrónica como la firma electrónica y el sellado de tiempo.
- Perfil de contratante.
- Plataforma de contratación del Sector Público.

› **Recursos humanos que gestionan la contratación.**

2.4.- PLANIFICAR LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS DEL PRÓXIMO EJERCICIO.

Paralelamente a la elaboración del presupuesto anual de cada organización se debería elaborar el plan anual de contratación pública que debería incluir, la programación de las licitaciones, teniendo en cuenta las fechas señaladas, y la implementación de objetivos operativos de mejora en la gestión de la contratación pública.

3.- CONTROLAR EL GRADO DE CUMPLIMIENTO DE LO PLANIFICADO

Con el objeto de hacer un seguimiento y evaluar el cumplimiento de lo establecido en el plan anual de contratación pública, **hay que fijar unos indicadores que permitirán conocer el grado de cumplimiento de los objetivos fijados**, para en caso de que se aprecie una considerable desviación de las finalidades del Plan proceder a una reflexión sobre lo que debe modificarse para ajustarse a los resultados pretendidos.

Capítulo II

LA COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE EN EL ÁMBITO LOCAL. EL CICLO PDCA EN LA COMPRA PÚBLICA.

1.- LA COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE

La contratación pública, decíamos en el “Decálogo de integridad en la contratación pública local” (Elaborado por el Grupo de Trabajo de Integridad en la Contratación. Red de Entidades Locales por la Transparencia y la Participación Ciudadana FEMP), no es sólo un medio para proveer de bienes y servicios a la Administración, sino que además es un potente inductor para la consecución de otras

finalidades sociales, entre ellas la calidad en el empleo de las personas más vulnerables de la sociedad, la conservación del Medio Ambiente, o la innovación en sectores estratégicos, para mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios públicos. Esta estrategia pública aspira a impulsar acciones que persigan objetivos de generación de empleo, de gestión sostenible y de cohesión social, en línea con la Estrategia Europa 2020, que otorga a la contratación pública un papel clave como instrumento para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando un uso más eficiente de los fondos públicos, como fin para facilitar la participación de las PYMES en la contratación pública y utilizarla en apoyo de objetivos sociales comunes.

El concepto de estrategia permite igualmente a la organización diferenciarse y superar los resultados de sus homónimas, detectando las oportunidades del entorno social y medioambiental, movilizando recursos para conseguir incrementar la calidad de los servicios y, en definitiva, la calidad de vida de las personas. En esta línea marcada por la Directiva 2014/24/UE, la LCSP refleja en su artículo primero el alcance de la nueva norma y la voluntad del legislador por hacer extensivo el paradigma de una contratación instrumental al servicio de políticas sociales, ambientales y de innovación.

Sin embargo, este carácter instrumental de la contratación pública no aparece porque sí, más bien podemos asociarlo con una visión socialmente responsable de las Administraciones, apoyada en la transición de su modelo de gestión, que progresa desde una burocracia profesional, en terminología de Mintzberg, anclada a la seguridad del procedimiento, las reglas, la jerarquía y el departamentalismo, preocupada por *"cómo se hacen las cosas"*, hacia un nuevo modelo que se pregunta: *"para quién se hacen"*, tomando como protagonista al ciudadano y a los grupos de interés. Esta lógica se representa en la figura siguiente, en la que puede apreciarse cómo la administración se sitúa en un contexto de servicio y utilidad para la sociedad, propiciando el bien común, de un modo estratégico.

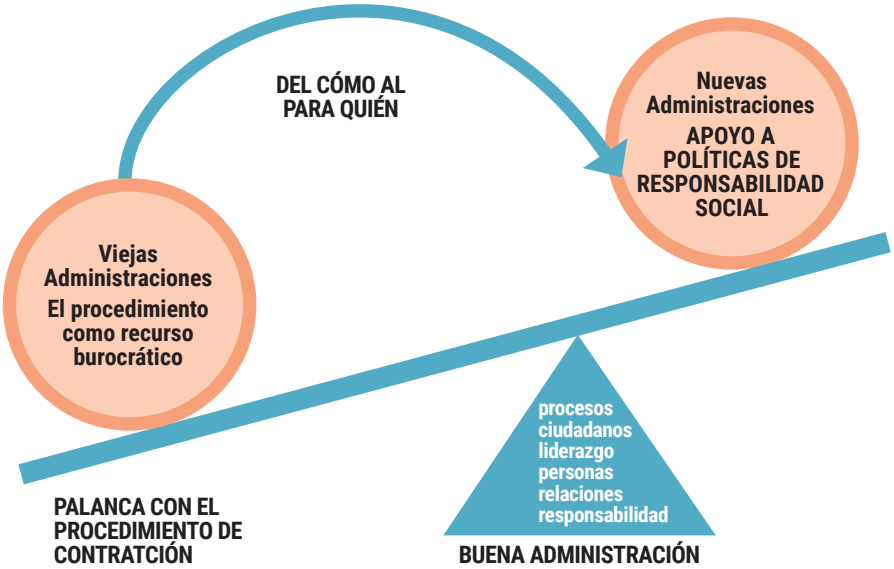


Figura 1 Fuente propia

Cuando hablamos de visión responsable, necesariamente hemos de referirnos a esta orientación de servicio al ciudadano y de mejora de su calidad de vida. La responsabilidad social de las empresas (RSE) ha sido definida por la Comisión de las Comunidades Europeas (Libro Verde. "Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas". Bruxelas, 18.7.2001 COM (2001) 366 final) ,

como compromiso que va más allá de las obligaciones reglamentarias y convencionales, sin sustituir la normativa sobre derechos sociales o normas medioambientales, invirtiendo más en las personas, el entorno y las relaciones con los grupos de interés. Dice el Libro Verde que: *"Ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo «más» en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores. La experiencia adquirida con la inversión en tecnologías y prácticas"*

El Parlamento Europeo considera que la RSE debe conllevar medidas referidas a la formación profesional, a la conciliación de la vida familiar y laboral y a condiciones laborales adecuadas, afirmando que sólo será viable si se respetan la legislación en vigor y las normas salariales locales. Pide a las empresas que estudien iniciativas destinadas a crear y conservar puestos de trabajo para los jóvenes y las mujeres, *"con especial hincapié en las personas afectadas por múltiples desventajas, como los gitanos y discapacitados."* Las acciones de RSE ayudan a la empresa a estar mejor valorada por la sociedad y los consumidores potenciales, *"lo que le ayudará a ser económicamente viable en el largo plazo"*. Esta ayuda se extiende a las administraciones públicas, en el ámbito de la contratación pública, reconociendo el papel que pueden desempeñar en *"en la formación, la igualdad, el comercio justo y la integración social de trabajadores desfavorecidos y de personas con discapacidad, para incentivar a las empresas a incrementar su responsabilidad social, aunque (el Parlamento) no tiene clara la efectividad de estas medidas"*. El Parlamento comparte el objetivo de atribuir mayor importancia a los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública y sugiere, en este contexto, la eliminación del criterio de adjudicación al precio más bajo.

Por su parte, la estrategia española de responsabilidad social de las empresas del Gobierno de España, aprobada por el Consejo de Ministros, el día 24 de octubre de 2014, en su línea de actuación 6.6 "Relación con los proveedores", incide en que se deben tener en cuenta las posibilidades de incorporación de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación pública, respetando tanto la vinculación de las mismas al objeto del contrato, como los principios de proporcionalidad y no discriminación, siendo el objetivo que todos los niveles de la administración pública las conozcan y aprovechen.

Y si nos referimos a los modelos de gestión de calidad, como por ejemplo EFQM 2013 (European Foundation for Quality Management), vemos cómo su criterio 8 "Resultados en la Sociedad", propugna un enfoque ético de actuación, siendo transparentes y responsables con la sociedad, planificando y desarrollando una mayor sensibilización ambiental en la ciudadanía, a través de la colaboración con distintas organizaciones sociales en proyectos mutuamente beneficiosos.

Podría mantenerse que RSE es consustancial a los propios fines de la Administración Local, entendidos como aquéllos que contribuyen a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, según expresa la LBRL, y referidos tanto a servicios que corrigen las imperfecciones del mercado (sociales, sanitarios, culturales y medioambientales), como a los que carecen de esa proyección, aun siendo básicos (tráfico, seguridad ciudadana o recogida de residuos), y que por tanto no quedaría recorrido para comprometer ese *"más allá de las obligaciones reglamentarias y convencionales"*, como hemos visto. Sin embargo, todavía es posible la búsqueda de beneficios adicionales, como la utilización estratégica de la contratación pública, que contribuye al ensanchamiento del campo de las políticas activas, sociales y medioambientales, e inciden directamente en la reputación de las organizaciones públicas, legitimándolas ante los ciudadanos.

Pueden citarse algunos ejemplos de buena administración responsable socialmente, y entre ellos, la Memoria de Responsabilidad Social del INAP de 2015, considerando que la diversidad debe formar parte del núcleo central de la estrategia para conseguir el bien común; el Plan de Mejora del Ayuntamiento de Logroño, de 18 de septiembre de 2015, denominado *"Caminando hacia un sistema de responsabilidad social municipal: las contrataciones social y verde y su incidencia en la mejora de la calidad en el empleo y el medio ambiente sostenible"*; o el Plan de Responsabilidad Social de Aragón, que prevé la mejora del medio ambiente, la educación, la salud, la empleabilidad y la innovación, para mejorar la imagen y reputación de la Organización.

Después de esta aproximación a la causa de la contratación estratégica, que es instrumento o herramienta para conseguir beneficios complementarios a las políticas activas, sociales y

medioambientales, hemos de referirnos a la Directiva de Contratación Pública 2014/24/UE, que protagoniza un salto cualitativo hacia una contratación socialmente responsable. La Directiva pone en valor el equilibrio entre el libre establecimiento de las empresas en el territorio de la Unión y sus derivados de igualdad, no discriminación y transparencia, y su contribución en apoyo de objetivos sociales comunes, vinculados al objeto del contrato, considerando la rentabilidad de las ofertas basadas en otros factores que no sean únicamente el precio.

En esta línea marcada por la Directiva, la LCSP se encarna en elemento facilitador, tratando de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. La LCSP mantiene en su exposición de motivos la dialéctica entre libre competencia y contratación socialmente responsable a la que se refiere ROMEO RUIZ, A., en Revista Vasca de Administración Pública (RVAP) Nº 108 MAYO-AGOSTO 2017. Pág. 134, poniendo el foco en las distintas fases del procedimiento. Su artículo primero es fiel reflejo del alcance de la nueva norma y de la voluntad del legislador por hacer extensivo el nuevo paradigma de una contratación instrumental al servicio de políticas sociales, ambientales y de innovación. Así, establece que en toda contratación pública se incorporarán, de manera transversal y preceptiva, criterios sociales y medioambientales, siempre que guarde relación con el objeto del contrato, con el animado propósito de obtener una mejor relación calidad-precio, y una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, pero que si no la referimos a externalidades medioambientales (reducción de la huella de carbono, derivada de un menor vertido de residuos y consumo de energía, de la utilización de métodos de producción ecológicos, de la menor generación y gestión de los residuos, o la utilización de materiales reciclados) o al apoyo de otras políticas sociales (mejora de la calidad en el empleo de las personas más vulnerables al servicio de las empresas contratistas: personas con discapacidad, o en situación de exclusión social, empleo joven, mujer trabajadora en sectores en los que está subrepresentada, igualdad de género, conciliación, etc.) o de innovación, sólo indirectamente relacionadas con la administración contratante; es difícil de visualizar.

2.- POSIBILIDADES DE INTEGRACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Demos un repaso ahora por el procedimiento administrativo de la contratación pública para destacar, aunque sea someramente, las posibilidades de integración de cláusulas sociales y medioambientales que presentan las distintas fases de su tramitación, condensadas en la siguiente tabla para una más fácil utilización por el gestor de las Unidades proponentes, en la realización de la memoria de necesidad del contrato y en la fijación de las especificaciones técnicas; por el gestor de las Unidades de contratación en su aportación a la Memoria de necesidad y realización del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares; y por los órganos de control interno en el seguimiento del cumplimiento de los compromisos ofertados, obligaciones propias de la regulación del contrato, o en la comprobación material de la inversión.

INTEGRACIÓN DE CARACTERÍSTICAS SOCIALES Y VERDES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS LOCALES	
FASE DEL PROCEDIMIENTO Y MATERIA REGULADA	**ACTUACIONES**
PREPARACIÓN DEL CONTRATO	
Diseño del Contrato (Arts. 28 y 116 LCSP)	Se parte de la celebración de contratos necesarios para el cumplimiento y realización de los fines institucionales que son propios de las Entidades Locales. Por tanto, se impone un análisis de la relación, directa, clara y proporcional, entre las necesidades que pretenden cubrirse, mediante el contrato proyectado y la idoneidad de su objeto para satisfacerlas. Este análisis conlleva la evaluación de necesidades reales, teniendo en cuenta los elementos personales y medioambientales que determinan la prestación, analizando los Convenios Colectivos sectoriales o territoriales de aplicación, representación de la mujer trabajadora en el ámbito de actividad correspondiente, compatibilidad con el trabajo desarrollado por personas con discapacidad, ponderación de mano de obra y mecanización, impacto ambiental del contrato, eficiente utilización de los recursos, reutilización, sectores sobre los que puede actuarse y análisis de mercado para la identificación de soluciones, etc. Se realizará un completo análisis de costes directos e indirectos, valorando todas las circunstancias que inciden en el fomento de la política, fijando un presupuesto ajustado a los precios de mercado.
Especificaciones técnicas (art. 125 y ss. LCSP)	Describen y delimitan el contrato. Constituyen los criterios de cumplimiento mínimo cuya vulneración dará lugar al rechazo de las proposiciones o a la imposición de penalidades. Se centran en el producto o la prestación y no en las capacidades generales de las empresas. Pueden formularse con referencia a: normas técnicas, basadas en el rendimiento o funcionales en cuanto a calidad, cantidad y fiabilidad, incluido el modo de medición; materiales (exigencia de que el producto esté hecho de un material concreto o contenga elementos reciclados o reutilizados); procesos y métodos de producción (requisitos de la fabricación de un producto, sin que tengan que ser visibles, como las fuentes de la energía con la que se ha producido); variantes; etiquetas ecológicas que acreditan la conformidad de las obras, los productos y los servicios a determinados requisitos (tipología social, medioambiental, agricultura o ganadería ecológicas, comercio justo, igualdad de género o garantía de convenciones de la OIT)

SELECCIÓN	
Prohibiciones para contratar (Art. 71 LCSP)	Condena firme por trata de seres humanos. Sanción administrativa por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería; y muy grave en materia medioambiental. Incumplimiento del requisito de que, al menos, el 2% de empleados de empresas de más de 50 trabajadores lo sean con discapacidad, según se haya ponderado por el órgano de contratación, entretanto se produce el desarrollo reglamentario (DT 10ª, L 40/2015). Incumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad para empresas de más de 250 trabajadores.
Solvencia técnica (Art. 87 y ss. LCSP)	Criterios de selección vinculados al objeto del contrato y proporcionados al mismo. Adopción por la empresa de medidas de gestión medioambiental, conformidad de productos a normas de calidad o de gestión medioambiental, plantilla media anual de la empresa, grado de estabilidad en el empleo.
ADJUDICACIÓN	
Vinculación al objeto del contrato (Art. 145 LCSP)	Coadyuvante para la correcta interpretación de la inclusión de cláusulas sociales o ambientales en los Pliegos. Puede referirse a cualquiera de los aspectos de la prestación y etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en la producción, prestación o comercialización, tales como las personas adscritas a la ejecución del contrato, o a las formas de producción, comercialización o prestación social y medioambientalmente sostenibles y justas.
Criterios de adjudicación (art.145 LCSP)	Enfoque social hacia los trabajadores al servicio de la empresa contratista. Se regulan medidas de integración social (discapacidad, riesgo de exclusión social, planes de igualdad, contratación de la mujer trabajadora); de salud de personal (seguridad y salud); de formación (mejora de competencias); de mejora de las condiciones laborales y salariales y de estabilidad en el empleo y de una mayor empleabilidad. Criterios de comercio ético. Enfoque medioambiental referido al menor impacto del consumo de bienes y servicios municipales, al ahorro y uso eficiente del agua, la energía y los materiales, al ciclo de vida, los procedimientos ecológicos, la generación y gestión de residuos, los materiales reciclados o reutilizados, y los reciclables.
Ofertas con valores anormales (art. 149 LCSP)	Se rechazará la oferta si se incumplen las obligaciones medioambientales, sociales o laborales. Deberá hacerse un seguimiento pormenorizado de aquellas adjudicaciones incursas inicialmente en presunción de anormalidad que hayan sido justificadas.
EJECUCIÓN	
Obligaciones en materia medioambiental, social y laboral (art. 192 LCSP)	Los órganos de control tomarán las medidas pertinentes para garantizar las obligaciones y compromisos contractuales. El incumplimiento de las mismas, los retrasos en el pago de salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos, que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades del art. 192 LCSP

Condiciones especiales de ejecución. (Art. 202 LCSP)	Son requisitos objetivos que no inciden en la valoración de las ofertas, no deben ser discriminatorias y han de estar vinculadas al objeto del contrato. Es la única característica, social, medioambiental, ecónomica o relacionada con la innovación, de obligatoria inclusión (al menos una) en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Tipo medioambiental: «la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica» Tipo social: personas desfavorecidas (discapacidad, empleo de personas con dificultades de inserción en el mercado laboral), igualdad entre el hombre y la mujer (medidas de fomento de la igualdad, mayor participación de la mujer en el mercado laboral, conciliación de la vida personal, familiar y laboral), empleo (combatir el paro juvenil, mujeres trabajadoras subrepresentadas, seguridad y protección de la salud en el lugar de trabajo, cumplimiento de convenios colectivos aplicables, prevención de la siniestralidad laboral) y comercio ético (consideraciones que buscan favorecer el trato comercial justo).
RESERVAS E INSTRUMENTOS NO CONTRACTUALES	
Contratos reservados (D.A 4ª LCSP)	Para Centros Especiales de Empleo de iniciativa social (DF 14ª LCSP), empresas de inserción o programas de empleo protegido, en los ámbitos a los que se refiere el Anexo VI LCSP (servicios de limpieza, recogida y reciclaje, lavandería, transporte, hostelería, imprenta, servicios sociales, almacenamiento y reparto, trabajos administrativos, mantenimiento y reparación, venta y distribución, regalos y obsequios de empresa, entre otros).
Reserva de contratos de servicios sociales, culturales y de salud (D.A. 48ª LCSP)	Reserva de contratos de servicios sociales, culturales y de salud del Anexo IV LCSP para organizaciones que cumplan los requisitos de la D.A. Cuadragésima octava (misión de servicio público, reinversión de beneficios o distribución participativa, estructuras de dirección basadas en la propiedad de los empleados).
Prestación de servicios sociales por debajo del umbral de 750.000 euros, sin necesidad de celebrar contratos. D.A. 49ª LCSP	Posibilidad de legislar por las CC.AA. instrumentos no contractuales, mediante la simple financiación o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan determinadas condiciones previamente fijadas, para servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos. Son las prestaciones que se conocen como servicios a las personas. El sistema ha de garantizar una publicidad suficiente y ajustarse a los principios de transparencia y no discriminación.
INSTRUMENTOS DE CONTROL	
Unidad de supervisión y control	Algunas funciones relevantes que esta pequeña estructura organizativa puede acometer en el campo de la contratación estratégica: colaborar con el Responsable del Contrato en la fase de diseño, velar por el cumplimiento de obligaciones administrativas u ofertadas, revisar documentación justificativa, realizar inspecciones de actividad en coordinación con los responsables, entre otras.

Hasta aquí, lo desarrollado ha acentuado el modelo de gestión responsable socialmente, en su condición causal de este carácter instrumental que se dice de la contratación pública; igualmente se ha hecho hincapié en las posibilidades de integración de características sociales y medioambientales a través de las distintas fases del procedimiento y, finalmente, se han incluido, por su carácter social, la reserva de contratos y otras prestaciones que pueden realizarse sin el mecanismo contractual. Pero todavía queda algo más para terminar de visionar, en modo 360º, esta compra pública responsable. Me refiero a su proceso de gestión y concretamente al de mejora continua de los servicios, a través del ciclo: planificar-hacer-verificar-actuar.

3.- EL CICLO PDCA COMO ELEMENTO CLAVE EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Es la lógica del ciclo PDCA de Deming, un elemento clave de la eficacia de la ejecución de las políticas públicas en su evaluación y revisión continuas, para mejorar el desempeño de las administraciones y, en el caso que nos ocupa, la satisfacción de las necesidades y expectativas de los ciudadanos y grupos de interés que demandan un empleo de mayor calidad, basado en mejora de las condiciones de trabajo, conciliación de la vida personal, familiar y laboral, igualdad entre el hombre y la mujer, la creación de empleo para personas con discapacidad o en situación de exclusión social, y una mejor conservación del medio ambiente, mitigando o neutralizando los impactos derivados de la producción y consumo de bienes y servicios públicos.

La Comisión Europea, en su Guía "Calidad de la Administración Pública. Una Caja de herramientas para gestores. Versión resumida 2016", nos habla del espíritu de la mejora continua *(PDCA = Planear, Hacer, Controlar, y Actuar)* aplicada a la innovación del sector público y de cómo *"[…] las administraciones públicas están creando culturas innovadoras para estimular nuevas formas de trabajar"*, y se pregunta ¿cómo integrar la gestión de calidad y la mejora continua en la cultura de la administración pública?, señalando como vía la del empleo de modelos de gestión de calidad y la estimulación de una cultura basada en los mismos. Modelos que cimentados en la posibilidad de realizar ajustes continuos, que dan respuesta a la retroalimentación que procede de la evaluación continua de la calidad de servicio.

ISO 9000:2015, *"Sistemas de gestión de la calidad. Fundamentos y vocabulario"* representa el esquema de la mejora como si de un ciclo PDCA se tratara, sustituyendo los clásicos términos por los de ***planificar-hacer-verificar-actuar***, que pueden aplicarse a todos los procesos y al sistema de gestión de la calidad como si de un todo se tratara

Con la planificación se fijan los objetivos del sistema y de sus procesos, como el de la contratación pública. La planificación, conlleva fijar los recursos necesarios para proporcionar los resultados que queremos, de acuerdo con unas expectativas previamente definidas y el establecimiento de indicadores y objetivos. Con el verbo "hacer" se pretende llevar a cabo lo planificado conforme al proceso de contratación. La verificación implica seguimiento y medición de todos los trámites fijados como objetivos intermedios. Por último, con la acción de "actuar" nos orientamos a la corrección de desviaciones durante el proceso de ejecución, completando un círculo que se retroalimenta sobre la base de la experiencia obtenida. Una representación de este proceso lo vemos en la siguiente figura:

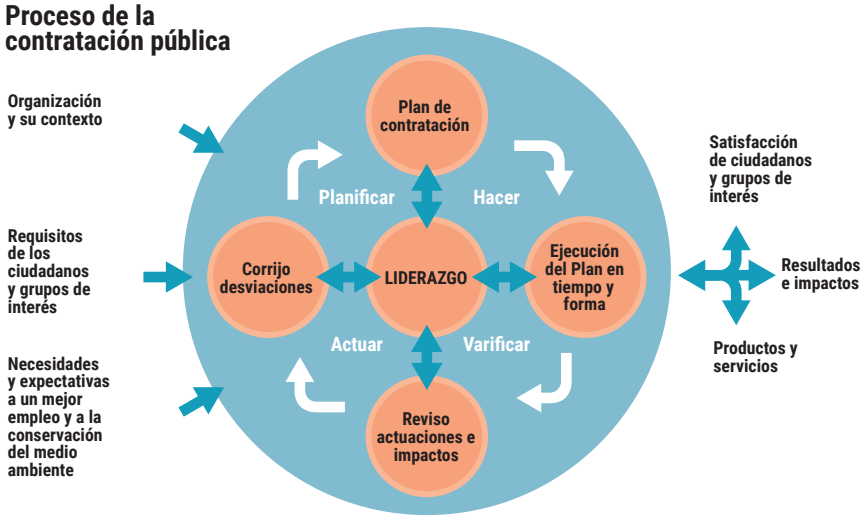


Figura 2 Adaptación ISO 9001:2015

El modelo obedece como se cita en el trabajo de PALACÍN, Bernabé, en *"La calidad como herramienta para conseguir un modelo eficiente de gestión pública, socialmente responsable. Cap. I. En VV.AA., Calidad, transparencia y ética pública. Director PINTOS SANTIAGO, Jaime. Colección Monografías. Instituto Nacional de Administración Pública. Primera ed. 2017" a "[...]una secuencia lógica en el modo de hacer las tareas y actividades, fijando objetivos en lugar de tareas espontáneas, planificando los recursos materiales y las personas con las que se colabora para su mejor aprovechamiento, identificando indicadores de seguimiento y de impacto con sus respectivos objetivos; ejecutando los objetivos intermedios, distribuidos por actividades y tareas; verificando el cumplimiento de las mismas y la corrección de desviaciones apreciadas. Qué sencillo, pero qué ausentes están estas metodologías de los modelos productivos de bienes y servicios de las administraciones públicas".*

Si nos fijamos en la siguiente representación gráfica:

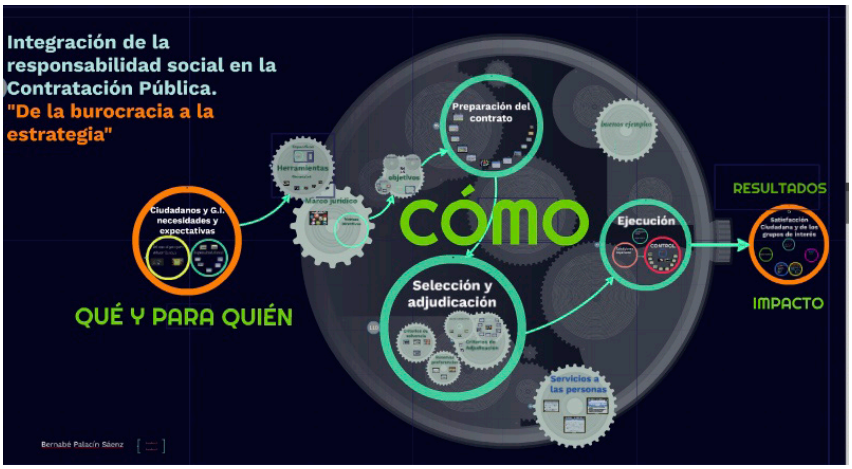


Figura 3 Fuente propia

Vemos que se trata de un mapa conceptual que representa una secuencia lógica de la mejora del desempeño de las organizaciones. En él no solo se aprecia el procedimiento de la contratación que aparece en el nódulo central con las distintas fases y sus posibilidades, como se ha comentado, sino que atiende a elementos que, a menudo, se sitúan fuera del alcance de nuestro cometido, como son las necesidades de los ciudadanos y grupos de interés, y los impactos o resultados que se obtienen mediante la utilización estratégica de las herramientas y que corroboran, o no, su utilidad. Para que el establecimiento de una estrategia social y medioambiental cuajen han de medirse los impactos, así lo establece la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, en su epígrafe 26, que señala «[…] todo proceso de gestión pública debe perseguir la creación de valor público, lo que tiene que reflejarse en resultados e impactos, cuantificables, que permitan evaluar el rendimiento en todas sus dimensiones.»

Capítulo III

LA EFICIENCIA EN EL GASTO PÚBLICO Y SU RELACIÓN CON LAS CARACTERÍSTICAS SOCIALES, MEDIOAMBIENTALES Y DE INNOVACIÓN DE LOS CONTRATOS.

1.- CONTRATACIÓN PÚBLICA EFICIENTE

"La contratación pública tiene necesariamente que ser eficiente: el aprovechamiento de los recursos públicos es primordial." Así se indica en el apartado 4 del Decálogo de Integridad de la Contratación Pública Local, citado en el capítulo anterior.

En el citado capítulo hemos visto cómo, previo a la preparación del contrato, se impone un análisis de la relación entre las necesidades que pretenden cubrirse, mediante el contrato proyectado y la idoneidad de su objeto para satisfacerlas; y cómo era precisa la evaluación de las necesidades reales, teniendo en cuenta los elementos personales y medioambientales que determinan la prestación. Pero, ¿podemos presumir que esta nueva faceta estratégica de la contratación tiene un coste?. Al menos a priori, no existen datos sobre la posible compensación de los mayores gastos que pueden generarse con los beneficios indirectos, derivados del ahorro en políticas activas de carácter social y de protección medioambiental. Aunque, ciertamente se intuyen, considero que es insuficiente para mantener una convicción como la prevista en el artículo primero de la LCSP: *"[...] en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos [..."]*. Como afirma DÍEZ SASTRE, Silvia, ("Contratación pública socialmente responsable". VV.AA. Cap. III, parte III del libro "Contratación, Competencia y Sostenibilidad: últimas aportaciones desde el derecho administrativo". Ed. Civitas Thonson Reuters), *[...]* ***"no existen suficientes estudios que analicen el impacto real en la práctica de la incorporación de cláusulas sociales en los contratos públicos" [...] "sólo será posible realizar una valoración ponderada de esta herramienta y de los límites impuestos por el derecho, cuando conozcamos realmente su eficacia y utilidad en la realidad."***

El legislador comunitario ha insistido en la finalidad de incrementar la eficiencia en el gasto público, mediante la participación de las pequeñas y medianas empresas y la mejor utilización de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, sin olvidarse de los principios originarios del Tratado de Funcionamiento, tales como la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y sus derivados. Esto implica un sí a la contratación estratégica, pero mirando de frente a la eficiente ejecución del gasto público.

Sin embargo, parece que existe un difícil equilibrio entre la obtención de la eficiencia en el gasto y el establecimiento de características sociales, medioambientales y de innovación en la contratación pública, como coadyuvantes de otras políticas directas. Y también parece evidente que para alcanzar el objetivo de la eficiencia hay que generar competencia, facilitando a los licitadores una concurrencia en condiciones de igualdad y no discriminación, evitándose cualquier tipo de falseamiento.

Cuando la competencia falta, nos dice la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA *(Análisis de la Contratación Pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, de 5 de febrero de 2015), […] hay invariablemente una pérdida de eficiencia económica y un innecesario desaprovechamiento de recursos públicos, siempre escasos y costosos.”*. Los principios de eficiencia y de legalidad, presentes en el proceso de la contratación pública, han de mantener el debido equilibrio para conseguir un servicio efectivo a los ciudadanos, tal y como requiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, atendiendo objetivos de tipo social, medioambiental e innovador.

Dado el contexto en el que se inscribe esta Guía, Administración Local y soporte de la gestión de su contratación administrativa, se precisa materializar el principio de eficiencia en prácticas adecuadas en materia social y medioambiental que lo hagan presumiblemente viable, aunque siempre quede la duda de su constatación, si no se llevan a cabo métricas coherentes con los objetivos a alcanzar. Así, la eficiencia debería presidir la mejora de la gestión contractual abordando conceptos como el de la calidad-precio, el coste rentabilidad, los despilfarros propios de la falta de transparencia, de la falta de claridad en el clausulado de los pliegos, de la falta de concurrencia en los procesos de licitación electrónica y por tanto de competencia, y de la falta de estructura y recursos (profesionalización) para optimizar el procedimiento de compra pública. Veamos estos conceptos.

2.- CALIDAD-PRECIO

El concepto se introduce por la Directiva 2014/24/UE, en el artículo 67.2, justificado en el considerando (89), y reiterado en múltiples enmiendas presentadas al Proyecto por los grupos de oposición, para evitar la confusión con los criterios de adjudicación conocidos como «la oferta económicamente más ventajosa» del anterior artículo 150 del TRLCSP. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, recoge la Directiva, en su considerando (92), reiterado por la LCSP, en su artículo 145.4: *“Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades”*. En este mismo artículo, se establece como regla general, la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación sobre el binomio calidad-precio, tipificándolos en cualitativos, tales como la calidad, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, los aspectos medioambientales o sociales, la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato, así como el servicio postventa y la asistencia técnica, y otro u otros basados en los costes, ya sea el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida. Todos ellos estarán vinculados al objeto del contrato, formulados de modo objetivo y deberán ser evaluados en condiciones de competencia efectiva.

Como dice el profesor GIMENO FELIU, José Mª (“50 criterios de calidad y excelencia para la prestación del servicio, que aportan valor en la Contratación Pública”. Club Excelencia en Gestión. noviembre de 2018), *“La calidad no es un mayor gasto, ni cuestiona en si misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda licitación pública […].*

Se ha afirmado que la adopción de medidas específicas relativas a la visión estratégica e íntegra de la contratación pública permitirían lograr una mayor eficiencia social (MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel. "Contratación estratégica e íntegra: una experiencia práctica en cifras Análisis de la contratación del Ayuntamiento de Valladolid del ejercicio 2016". Contratación Administrativa Práctica nº 157, septiembre-octubre 2018, Nº 157, 1 de sep. de 2018, Editorial Wolters Kluwer). Así, se cita como ejemplo, la Instrucción del Ayuntamiento de Valladolid para impulsar la eficiencia y sostenibilidad en la contratación pública e implementar a través de ella las políticas municipales en materia social, medioambiental, de innovación y de promoción de las PYMES. En ella se habla del aseguramiento de una mayor calidad de las obras, servicios y suministros y de una mayor duración de las inversiones, reduciendo al máximo las modificaciones imprevistas de los contratos. Pero donde más tangible se torna la eficiencia que se pretende es en el fomento de la contratación con PYMES, mediante la utilización de medidas tales como la división en lotes, la programación anual de la actividad contractual, la adaptación de los requisitos de solvencia, la concesión de un mayor plazo de licitación, el pronto pago y otras específicas sobre transparencia para potenciar la confianza de los proveedores. Según refiere su experiencia práctica, se constatan unas mejores ofertas económicas y una menor conflictividad en la ejecución de los contratos.

Llegados a este punto, cabe preguntarse qué es esto de la calidad y su modulación a través del precio, para establecer un óptimo que pondera dos variables directamente relacionadas con la eficiencia, definida ésta como la más racional y económica utilización de los recursos para conseguir los resultados deseados. Es decir, rentabilidad, obteniendo el máximo rendimiento de los recursos disponibles, frente al mero resultado, propio del concepto de eficacia.

La calidad ha sido definida por la norma ISO 9000:2015, como *el grado en el que un conjunto de características inherentes de un objeto cumple con los requisitos (necesidad o expectativa establecida, generalmente implícita u obligatoria)*. Si bien, la calidad, dice la norma en su apartado 2.2.1. *"[…] está determinada por la capacidad para satisfacer a los clientes, y por el impacto previsto y el no previsto sobre las partes interesadas pertinentes"*. Como puede colegirse, la calidad no se refiere a un valor intrínseco clásico (textura, color, estado), sino como concepto teleológico de satisfacción al cliente, esto es al ciudadano, al que van dirigidos las obras, productos y servicios de los que se vale la administración para la realización de sus actividades.

Pero la calidad, considerada en su concepción clásica (valor intrínseco o por sí mismo) o finalista (capacidad para satisfacer unas necesidades) no puede desligarse del precio que la modula y le da proporcionalidad, estableciéndose generalmente una relación directa entre la graduación de calidad y precio conseguido para la misma, sin desechar otras amplias combinaciones que, por posicionamiento en el mercado, economías de escala, estocaje, transporte, cercanía al lugar de producción, etc., los operadores económicos estén en condiciones de ofrecer mejores y más baratos productos y servicios. No es lo habitual. Cuando se les pregunta a las PYMES cómo pueden competir con los grandes operadores económicos, responden que en calidad, y cuando ésta no interesa tanto y, en consecuencia, no se valora suficientemente, fijando más la ponderación en el precio, desaparecen de la escena y con ellos la mejor calidad productiva, comercializadora o de prestación.

Cierto también que la óptima definición de un proyecto de obra o de servicio o del suministro a realizar, con especificaciones muy concretas, objetivas y bien desarrolladas y presupuestadas, donde la calidad se fija y define de antemano por la administración, ayuda a establecer ponderaciones en el binomio calidad-precio diferentes, pero incluso en estos supuestos, donde la calidad asume un menor protagonismo por estar previamente acotada, puede resentirse ante prácticas espurias para la obtención del contrato, a sabiendas de que durante su ejecución se intentará compensar una desviación real entre oferta y presupuesto, logro que dependerá del grado de control previsto para la prestación.

Cómo fijar entonces criterios de adjudicación que permitan obtener al órgano de contratación obras, suministros y servicios de gran calidad, que respondan lo mejor posible a sus necesidades que, como hemos visto, son las de sus ciudadanos receptores de los servicios públicos. Es indudable que la calidad de producto, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad y el diseño, el mantenimiento en el período de posventa, cuando se ponderan otorgándoles el protagonismo que merecen, pueden dar lugar a la obtención de prestaciones de gran calidad. Pero además están los criterios sociales y medioambientales,

que nadie niega que sean buenos, lo son per se, por contribuir a tan nobles causas, aunque el beneficio no sea directo para el órgano de contratación, y a veces se aprecie más en su cómputo global, esto es, como la suma agregada de la reducción de la huella de carbono por el conjunto de las administraciones, o la reducción de las prestaciones o subsidios por desempleo otorgadas por los servicios competentes, que en la "cuenta de explotación" particular del órgano de contratación y la sociedad a la que representa.

Es posible que la eficiencia en la utilización de los fondos públicos que buscamos, a través de una mejor calidad-precio de las obras, los productos y los servicios, venga de la mano de la inclusión de criterios sociales y medioambientales, como elementos contribuyentes de políticas activas directas, que aportan un plus al objetivo de conseguir obras, servicios y suministros de gran calidad, entendida en sentido amplio y teleológico, de satisfacción de las aspiraciones de la comunidad vecinal. Es posible que si pretendemos esta "gran calidad" debamos ponderar en menor medida el precio, incluso si se trata de una definición óptima de proyecto, **para que la "batalla" de la concurrencia se libre en el campo de la calidad**, evitando los riesgos de ofertas que esconden la necesidad de obtener un contrato para prolongar la agonía de un operador económico, o que esconden incumplimientos de normativas sociales, laborales o medioambientales. Pero es posible también que la oportunidad de invertir un euro en política estratégica a través de la contratación pública, sea menos rentable que invertirlo en políticas activas y directas. De esto no se habla y, sin embargo, habremos de hacerlo, para pasar a la siguiente fase, la que trasciende el mero convencimiento legal, previsto en el artículo 1 LCSP, a la demostración, o no, de que están bien empleados los recursos que destinemos a potenciar la contratación estratégica.

Entretanto esto ocurre, el mandato legal es claro, habrá que incorporar criterios sociales y medioambientales en toda licitación pública, al menos como condición especial de ejecución, porque al margen de las dudas que nos asaltan cuando los relacionamos con la eficiencia, dar la oportunidad de trabajar a personas que se hallan en situación de exclusión social, parados de larga duración, mujeres trabajadoras subrepresentadas en el sector correspondiente, romper "techos de cristal" en favor de la igualdad entre hombre-mujer, conciliación de la vida familiar, laboral y personal, o la realización de buenas prácticas ambientales; sin suponer mayores recursos para el contrato, contribuyen de una manera clara y decidida a mejorar situaciones de vulnerabilidad y sostenibilidad que no pueden discutirse, aunque no existan métricas de impacto, todavía. Y esto también es eficiencia, conseguimos más con los mismos recursos asignados.

3.- COSTE-RENTABILIDAD

Se ha analizado el concepto calidad-precio con la necesaria ponderación y equilibrio entre ambos para obtener la máxima eficiencia en el gasto destinado al contrato correspondiente. Sin embargo, hemos tratado el criterio precio como el importe a satisfacer por la compra de un bien, la realización de una obra o un servicio, sin tener en cuenta, como lo hace el artículo 145 LCSP, un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, que partiendo del precio o coste, tenga en cuenta el ciclo de vida. Ciertamente el órgano de contratación podrá decidir si el criterio relacionado con los costes será un precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida, en el que se tienen en cuenta las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante la existencia de la obra, del suministro o del servicio, tales como *"la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que ésta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización"*. Las ventajas, considerando la eficiencia del gasto público, son evidentes. El precio nos habla del coste de adquisición del bien o servicio, sin tener en cuenta funcionalidades ni características que van a incidir durante su vida útil, tales como el consumo de energía, el mantenimiento necesario que irá en función de su diseño y materiales empleados y otros de menor importancia en lo económico, pero de mayor relevancia en la conservación del medio ambiente, tales como la extracción de materias primas, el transporte o su desmantelamiento, directamente relacionado con su diseño y materiales empleados. El ciclo de vida

nos informa de la totalidad de los costes relacionados con el producto o el servicio contratado, no sólo los evidentes como son los asociados al contrato, sino los que no se imputan al crédito presupuestario que lo sustenta, porque formarán parte de otras partidas, generalmente de gasto corriente, pero que están indeleblemente asociados a la compra realizada, sirviendo para discernir sobre la mayor o menor eficiencia del gasto que realizamos.

Suele decirse que es de necios tener en cuenta únicamente el precio y no el valor de las obras, productos o servicios, porque es posible que un producto barato en precio de adquisición o prestación sea caro, cuando se contempla desde su extracción en la naturaleza hasta su reutilización, o lo que es lo mismo bajo el concepto de la "cuna a la cuna", como bien lo representa la Sociedad Pública IHOBE, adscrita al Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda del Gobierno Vasco.

Figura 4 Fuente IHOBE

Este enfoque es el de la economía circular, que nos habla, siguiendo a GÓMEZ GONZÁLEZ, Soledad (Presentación de ponencia titulada "Criterios ambientales y de economía circular en la contratación pública". Valladolid, 12 de dic. de 2018), del aprovechamiento de los materiales tantas veces como sea posible, de la tendencia a no generar ningún residuo (residuo cero), y de lo que para unos es un residuo puede ser materia prima para otros. En definitiva, es basar la economía *[…] en el diseño inteligente, la innovación, la reutilización, la reparación, el reciclaje, la valorización de materiales y productos ya existentes, dejando atrás sistemas no sostenibles con prácticas tramposas como la obsolescencia programada."* Y esto también es eficiencia, eficiencia social si se quiere, difícil de imputar exclusivamente a políticas activas locales de las que poder extraer un beneficio evidente, por próximo, pero sin duda contribuyente de la conservación del medio ambiente, que no sabe de delimitaciones territoriales, sino que debe contemplarse como sistema del que toda la sociedad forma parte, dando (buenas prácticas) y obteniendo (medio mejor para vivir).

4.- DESPILFARROS ORIGINADOS POR LA FALTA DE TRANSPARENCIA

En este repaso de factores íntimamente ligados a la eficiencia de carácter social, hemos de hacer parada en el de transparencia, elevada por la LCSP a objetivo inspirador de la misma, desencadenante de otros no menos importantes como los principios de igualdad y libre competencia, precisos para la obtención de obras, suministros y servicios de gran calidad. Es como si de un ciclo de vida se tratara, o de una secuencia natural y lógica que comenzando en la libertad de acceso a la compra pública, precisa de la publicidad para dar a conocer las necesidades del órgano de contratación, pero no de cualquier modo sino con transparencia, es decir, conociendo todos los factores y criterios que los órganos de contratación han de tener en cuenta para elegir la oferta, siendo datos claros para ser interpretados de la misma manera por todos los licitadores, sin discriminaciones, con trato igualitario, propiciando la libre concurrencia de la que surgirá la competencia, y de ahí la mejor oferta en calidad-precio.

La eficiencia recoge toda la secuencia y será mayor o menor en función del aprovechamiento de estos principios, sin los despilfarros propios de la falta de transparencia, que nos llevan a: prórrogas excesivas, al fraccionamiento indebido del contrato, a calificaciones incorrectas de los tipos o procedimientos contractuales, a criterios generalistas sin subcriterios valorados, a modificados indebidos, a la selección de la oferta basada en intereses extraños al contrato que se licita por razones territoriales o compensación de obligaciones anteriores, o a la inversión sin causa por desajuste entre necesidades propias de los fines institucionales y objeto del contrato.

Figura 5 Fuente propia

5.- LA FALTA DE CONCURRENCIA EN LOS PROCESOS DE LICITACIÓN ELECTRÓNICA

Es un hecho que los procedimientos de licitación son electrónicos desde la entrada en vigor de la LCSP, pero también lo es que solo una parte muy pequeña de los órganos de contratación, apenas el 5%, según refiere ARISTEGUI CARREIRO, José Luis (Capítulo VI "Principales recomendaciones en la implementación de la contratación pública electrónica", del libro Las Consecuencias Electrónicas de la Nueva Ley de Contratos del Sector Público. VV.AA., dirección PINTOS SANTIAGO, Jaime. Edición: PUNTO ROJO LIBROS, S.L.), contratan electrónicamente, debido principalmente a factores, tales como la ausencia de gestión y liderazgo público, el excesivo garantismo existente en la Administración Pública y a la falta de independencia ocasional de los funcionarios públicos en la toma de decisiones sobre los modelos de gestión eficiente.

No deja de ser menos cierto que la aplicación de herramientas electrónicas a la licitación también está produciendo algunas ineficiencias debidas a la variedad de plataformas existentes, cada una con sus peculiaridades, a la dificultad de las PYMES para acceder a un medio totalmente nuevo, y a la incapacidad de algunas administraciones, con plataformas propias o del sector público, para prestar la debida asistencia que demandan los operadores económicos. Estas dificultades se traducen en un menoscabo de la concurrencia y, por tanto, de las mejores ofertas fruto de la competencia que debería generarse, si se aprovecharan los beneficios de la licitación electrónica, tales como una mayor accesibilidad y transparencia (información digitalizada y disponible permanentemente a través de las plataformas de licitación), simplicidad (herramientas y formatos de libre uso, potenciación de la relación administración/licitador), racionalización y agilidad de las actividades de gestión (ahorro en material y desplazamientos, en coste y tiempo), eficacia (mayor número de licitadores: en el año 2015 en la UE un 30% de las licitaciones solo tuvieron una oferta) y eficiencia (consecución de las ofertas más ventajosas en términos de calidad/precio y, por ende, con mayor impacto en las políticas que queremos apoyar). Principios y beneficios todos ellos que no pueden llevarse a la práctica de un modo coherente y efectivo, si no es a través de la licitación electrónica.

Urge, por tanto, la implantación con recursos de la licitación electrónica, con la debida asistencia a PYMES para facilitarles el acceso al procedimiento, aprovechando los beneficios de la misma para conseguir una mayor concurrencia y, por ende, mejores ofertas también en eficiencia social.

En síntesis, el apoyo de la contratación pública a otras políticas que son estratégicas en la Europa 2020 encuentra un eficaz aliado en la contratación electrónica, pues democratiza el proceso al hacerlo más concurrido, barato y competitivo, ofreciendo la oportunidad al órgano de contratación de elegir, conforme a criterios dados, entre varias proposiciones con un alto componente innovador, también en lo social y ambiental.

6.- LA FALTA DE ESTRUCTURA Y DE PROFESIONALES PARA OPTIMIZAR EL PROCEDIMIENTO DE LA COMPRA PÚBLICA

Desde hace algunos años se viene incidiendo en el importante papel asignado a la profesionalización de los empleados públicos, tanto que su Estatuto Básico –EBEP- aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, recoge que tiene por finalidad "mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la administración", y podrá cumplir sus funciones *si las personas que en ella laboral lo hacen desde*

el compromiso con el servicio objetivo al interés general, comenta el profesor RODRÍGUEZ ARANA, J. (*El derecho a una buena administración para los ciudadanos*. INAP, Netbiblo, S.L. 2013). Todos los modelos de gestión de la calidad enfatizan la importancia de las personas como activo en la realización de actividades, capaces de convertir las demandas y expectativas ciudadanas en servicios, mediante la consideración de todas las partes interesadas, los ciudadanos, los proveedores, los clientes internos y otros grupos de interés.

La contratación pública se ha vuelto poliédrica, por la necesidad de especialización: técnica, laboral, económica, social, jurídica, medioambiental, y está afectada por diversos desafíos que se concretan en la Recomendación UE 2017/1805, que requieren de la demostración de la mejor calidad/precio, de las oportunidades de la digitalización, de los objetivos de política horizontal y valores sociales como la innovación, la inclusión social y la sostenibilidad económica y medioambiental, de la accesibilidad, y de la minimización: de ineficiencias, malgasto, irregularidades, el fraude y la corrupción.

Sin embargo, no tenemos estructura ni profesionales con competencias suficientes para acometer estos desafíos. Como digo en otro trabajo en *"La calidad como herramienta para conseguir un modelo eficiente de gestión pública, socialmente responsable"*. Cap. I. En VV.AA., Calidad, transparencia y ética pública. Instituto Nacional de Administración Pública, *"Hoy más que nunca se necesita «encandilar al personal» con proyectos atractivos, innovadores y útiles por eficaces, eficientes y económicos. El miedo al cambio y al control, unido a la escasa orientación a resultados, junto con la falta de compromiso, se erigen en importantes frenos para conseguir la profesionalización que buscamos"*. Seguidamente, la cuestión que se plantea es ¿cómo remediar estas carencias que limitan el derecho de los ciudadanos y de los grupos de interés a una buena administración eficientemente compradora?.

La Comisión Europea, a través de la Recomendación citada, propone actuar sobre tres ejes. En primer lugar, definiendo estrategias de profesionalización, dentro de las cuales podrían tener cabida los planes estratégicos definitorios de mejoras de tecnologías de la comunicación e información y de la gestión por procesos, de los sistemas de contratación horizontales, tales como las centrales de compras, de la elaboración de guías y de la formulación de códigos éticos para evitar conflictos de interés.

En segundo lugar, sobre la formación de los empleados públicos, pues no solo se requiere atraer a los mejores profesionales que la administración necesita, sino estimularles para el cumplimiento eficiente de sus funciones y responsabilidades, proporcionando la formación adecuada y oportunidades de desarrollo profesional, mediante la gestión por competencias, la correcta valoración de los puestos de trabajo y la convocatoria de premios a la excelencia para fomentar las buenas prácticas de innovación, contratación socialmente responsable y lucha contra la corrupción.

En tercer y último lugar, sobre el suministro de herramientas y metodologías, tales como el desarrollo y aceptación de herramientas de TI accesibles que pueden simplificar y mejorar el funcionamiento de los sistemas de contratación, la garantía de integridad, a nivel individual e institucional, la seguridad jurídica y el intercambio de buenas prácticas.

Todos los conceptos tratados tienen una incidencia real sobre la eficiencia en la contratación pública, también sobre el tipo de eficiencia social del que trata este trabajo, y su mejor conocimiento y uso adecuado potencia la rentabilidad de introducir características sociales y medioambientales en el proceso, pese a que no estemos seguros de su verdadero "coste de oportunidad", el correspondiente a la alternativa a la que renunciamos, incluidos los beneficios, cuando tomamos la decisión de actuar sobre la contratación pública o sobre políticas activas directas, ajenas normalmente a las administraciones locales.

Capítulo IV

LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y PÚBLICO-PÚBLICA PARA ALCANZAR LOS OBJETIVOS SOCIALES, MEDIOAMBIENTALES Y DE INNOVACIÓN

1.- ¿QUÉ ES LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN? LA INNOVACIÓN COMO PARTE DE LA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA

La Guía 2.0 para la compra pública de innovación, publicada por la Dirección General de Ciencia y Competitividad del MINECO, señalaba ya en el año 2015, al analizar la cuarta generación de Directivas en materia de contratación, que, *"La «innovación» ha sido incorporada en las nuevas Directivas europeas de contratos públicos aprobadas el 26 de febrero de 2014 como una nueva política pública, al mismo nivel que la social y medioambiental, que debe promoverse a través de los instrumentos contractuales. Merece la pena recordar que el Considerando número 47 de la Directiva 2014/24/UE dispone expresamente que los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación, por ser considerada uno de los principales motores del crecimiento futuro."*

Así, el Considerando 47 de la Directiva 2014/24/UE es claro al indicar que *"La investigación y la innovación, incluidas la innovación ecológica y la innovación social, se encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europa 2020. Los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad. Contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible."*

Al respecto, la norma comunitaria contiene en su artículo 2.22 una definición del concepto de innovación que se caracteriza por la *"introducción de un producto, servicio o proceso nuevo o significativamente mejorado, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros, con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador"*.

Proclamaba la Guía antes citada que *"…la compra pública de innovación es una actuación administrativa*

de fomento de la innovación, orientada a potenciar el desarrollo de soluciones innovadoras desde el lado de la demanda, a través del instrumento de la contratación pública" y ello conforme a los siguientes objetivos:

- La mejora de los servicios públicos mediante la incorporación de bienes o servicios innovadores.
- El fomento de la innovación empresarial.
- El impulso a la internacionalización de la innovación empleando el mercado público local como cliente de lanzamiento o referencia."

Respecto de la relevancia de la innovación en la contratación pública, como elemento que la configura como contratación estratégica, la LCSP afirma en su Exposición de Motivos que *"El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley […] trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia"*, proclamando a continuación que *"Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio. Para lograr este último objetivo por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato."*

Es más, conforme a lo dispuesto en la LCSP, la Estrategia Nacional de Contratación Pública se diseñará para establecer medidas que permitan, entre otros, cumplir los siguientes objetivos: *"Utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación"*, debiendo servir, por tanto, como elemento rector de la contratación en esta materia.

2.- VÍAS PARA INTRODUCIR INNOVACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Siguiendo con el análisis de la Guía antes mencionada, es preciso notar que dicho documento identificaba dos modalidades de actuación dentro de la contratación pública de innovación, *"la compra pública de tecnología innovadora y las compras pre-comerciales"*, las cuales definía en los siguientes términos:

> *"-La compra pública de tecnología innovadora (CPTI), que se incluye en la modalidad de las compras comerciales, consiste en la compra pública de un bien o servicio que no existe en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un período de tiempo razonable. Dicha compra requiere el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para poder cumplir con los requisitos demandados por el comprador.*
> *- La compra pública pre-comercial (CPP) es una contratación de servicios de investigación y desarrollo (I+D), íntegramente remunerada por la entidad contratante, caracterizada por que el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su propio uso en exclusiva, sino que comparte con las empresas los riesgos y beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado."*

El artículo 8 de la LCSP desarrolla como negocio excluido del régimen contenido en dicho texto legal, los contratos relacionados con la investigación, el desarrollo y la innovación, de forma que indica que *"Quedan excluidos de la presente Ley los contratos de investigación y desarrollo, excepto aquellos que además de estar incluidos en los códigos CPV 73000000-2 (servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos); 73100000-3 (servicio de investigación y desarrollo experimental); 73110000-6 (servicios de investigación); 73111000-3 (servicios de laboratorio de investigación); 73112000-0 (servicios*

de investigación marina); 73120000-9 (servicios de desarrollo experimental); 73300000-5 (diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo); 73420000-2 (estudio de previabilidad y demostración tecnológica) y 73430000-5 (ensayo y evaluación), cumplan las dos condiciones siguientes:

- *a) Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.*
- *b) Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador."*

Así, la LCSP excluye de su ámbito de aplicación la compra pública precomercial siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo antes citado. Pero, ¿cómo se incorpora la innovación en aquellos contratos que sí se encuentran sujetos a la LCSP? Veamos a continuación las posibilidades que contempla la LCSP:

2.1.- A TRAVÉS DE PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DISEÑADOS PARA INCORPORAR LA INNOVACIÓN

Como ya tuve oportunidad de analizar en el análisis que realicé en la revista El Consultor de los Ayuntamientos, en el especial de mayo de 2018 sobre Innovación Pública coordinado por Mª Concepción Campos Acuña, la Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación, elaborada, a través de la Plataforma de Compra Pública de Innovación, en el año 2014 (disponible a través de la página web: https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-ES-final-lowres.pdf), apunta, en el apartado relativo a "cómo contratar innovación", que una de las claves es la utilización de procedimientos flexibles, tales como el procedimiento de asociación para la innovación, el diálogo competitivo o el procedimiento de licitación con negociación, ya que *"la ventaja de estos procedimientos en comparación con los procedimientos abiertos o restringidos, es que permiten una interacción más flexible con el mercado facilitando la redefinición de prescripciones y la adjudicación del contrato."*

En este sentido, la Directiva 2014/24/UE afirma en su Considerando 49 que *"Cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes, los poderes adjudicadores deben tener acceso a un procedimiento de contratación específico respecto de los contratos que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Este procedimiento específico debe permitir a los poderes adjudicadores establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores, siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes, sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición."*

En línea con lo expuesto, y aras de fomentar la compra de innovación, una de las medidas recogidas en la LCSP 2017 consiste en la creación de este nuevo procedimiento, el procedimiento de asociación para la innovación, el cual se define en la Exposición de Motivos en los siguientes términos:

"En el ámbito de la innovación y desarrollo, con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras, destaca especialmente la introducción del nuevo procedimiento de asociación para la innovación, el cual se ha previsto expresamente para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Se trata, por tanto, de supuestos en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación."

El procedimiento de asociación para la innovación se configura como un procedimiento por fases de forma que, tal y como dispone la Exposición de Motivos, *"En relación con este nuevo procedimiento, la nueva Directiva perfila un proceso en el que tras una convocatoria de licitación, cualquier empresario puede formular una solicitud de participación, tras lo cual, los candidatos que resulten seleccionados podrán formular ofertas, convirtiéndose así en licitadores, en el marco de un proceso de negociación. Este podrá desarrollarse en fases sucesivas, y culminará con la creación de la asociación para la innovación. Esta*

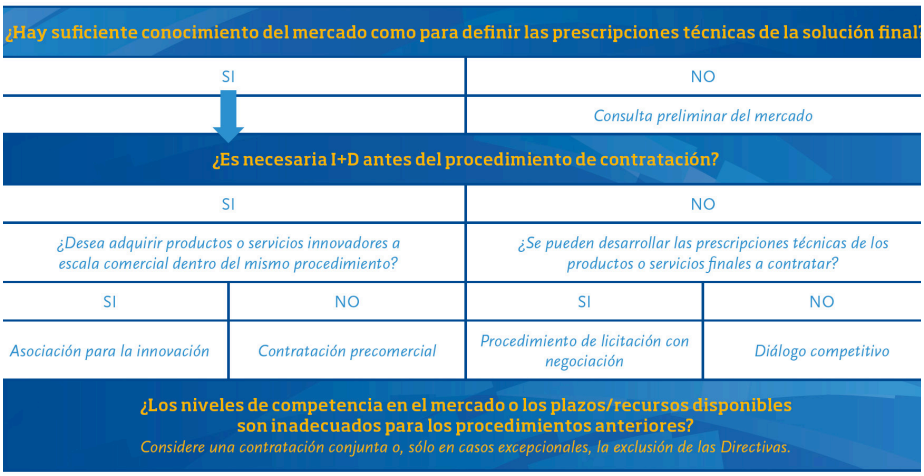
asociación para la innovación se estructurará a su vez en fases sucesivas, pero ya no tendrá lugar entre el órgano de contratación y los licitadores, sino entre aquel y uno o más socios; y generalmente culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes.

Se trata, por tanto, de un procedimiento en el que podrían distinguirse, esquemáticamente, cuatro momentos diferenciados: selección de candidatos, negociación con los licitadores, la asociación con los socios, y la adquisición del producto resultante. A este esquema responden los artículos de la Ley dedicados a la regulación de este nuevo procedimiento".

Pero, como hemos apuntado, no es este el único procedimiento contemplado en la LCSP para llevar a cabo la compra pública de innovación, siendo susceptibles de incorporar la innovación por la flexibilidad de que se les puede dotar, los siguientes procedimientos:

- El procedimiento de licitación con negociación, contemplándose incluso como uno de los supuestos a los que se podrá acudir a él conforme a lo dispuesto en el artículo 167, *"cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras"*.
- El diálogo competitivo en el que está previsto, además, la posibilidad de establecer primas o compensaciones para promover la participación de los operadores económicos.

Así, la Guía para autoridades públicas sobre la contratación pública de innovación, incorpora el siguiente esquema que resulta esclarecedor para determinar cuál es el procedimiento adecuado en función del conocimiento existente respecto de las prescripciones técnicas:



Pero existen otras vías para incorporar la innovación en los procesos de compra pública que alcanzan también a los procedimientos ordinarios. Así lo indica la Guía a la que nos venimos refiriendo: *"Además de los nuevos procedimientos a disposición de las autoridades contratantes, y de aquellos que han sido revisados, las Directivas de 2014 facilitan técnicas contractuales que se ha demostrado favorecen la innovación. Se destaca la posibilidad de realizar consultas preliminares del mercado y la contratación precomercial (CPC). Se da una base jurídica más sólida a la posibilidad de incorporar consideraciones medioambientales y sociales en diferentes momentos del procedimiento de contratación, así como al uso del coste del ciclo de vida en el momento de la adjudicación. Al permitir a los adquirentes centrarse en criterios que van más allá de los costes iniciales de contratación, el uso de criterios medioambientales y sociales y del coste de ciclo de vida puede promover soluciones innovadoras. De igual modo el uso de prescripciones técnicas funcionales o basadas en el rendimiento puede permitir un mayor espacio para propuestas innovadoras."*

2.2.- LAS CONSULTAS PRELIMINARES DE MERCADO

Las consultas preliminares de mercado se configuran como técnica que permiten *"preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento"*.

Así, el MINECO, en la Guía antes citada, recomienda como buena herramienta de planificación de las compras de innovación, la vigilancia tecnológica del mercado, la demanda temprana (por ejemplo, a través de la publicación de anuncios previos de licitación en los que se comunique con antelación la intención de realizar contratos que incluyan condiciones innovadoras, a través de los planes de contratación pública, etc.). Concretamente se afirma que *"Cuando anticipa su demanda, el comprador público provoca un adelanto en la aplicación de las soluciones innovadoras que desarrollan las empresas, y puede conseguir anticipadamente las prestaciones que de ella se derivan."*

En este sentido, resulta especialmente interesante por su aplicación práctica al tema que nos ocupa, el análisis que realiza Sandra Sinde Cantorna en el Capítulo "Como comprar innovación en el ámbito local empleando el diálogo competitivo" en la obra colectiva dirigida por Mª Concepción Campos Acuña "La nueva contratación pública local", donde indica cuáles son los aspectos claves a la hora de diseñar una consulta al mercado para definir mapas de demanda temprana, identificando los siguientes hitos que exponemos de forma sumaria, remitiéndonos al capítulo citado para su estudio pormenorizado:

- La realización de un anuncio previo sobre la realización de la consulta al mercado.
- Desarrollar un documento de convocatoria que recoja de forma competa todos los aspectos relevantes a los efectos de la consulta. A estos efectos, cita como ejemplo la iniciativa del Código 100 del Servicio Gallego de Salud que se puede consultar en su página web: https://codigo100.sergas.gal
- Realizar documentos estandarizados de apoyo tanto para presentar la información como para recibir la información (documentos con preguntas, fichas estandarizadas, etc.)
- Crear un canal abierto para recoger las ideas, así como definir el procedimiento de análisis y respuesta.
- Realizar jornadas de difusión.
- Establecer categorías para las ideas recibidas.
- Una vez cerrada la consulta publicar documentos de avance que recojan los resultados de la consulta.
- Elaborar guías de iniciativas innovadoras, señalando las propuestas recibidas y facilitando la relación entre todos los participantes.

2.3.- EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS CONTRATOS Y LA DEFINICIÓN DE LOS PLIEGOS QUE RIGEN LA LICITACIÓN

El artículo 28 de la LCSP, en su apartado segundo, proclama que *"Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley."*

Así, la innovación puede estar presente en la propia configuración del objeto del contrato, haciendo gala de lo dispuesto en el artículo 99 que permite que el objeto de contrato se defina *"… en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden*

incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten." De esta forma, el Pliego de Prescripciones Técnicas puede definir la necesidad a través de fórmulas abiertas que permitan la valoración de soluciones alternativas a la inicialmente planteada.

En palabras de la Guía 2.0 del MINECO, *"Se trata, por tanto, de plasmar en el pliego no lo que quieres, sino lo que necesitas (para que cada ofertante pueda plantar una manera diferente de resolver el problema). Las especificaciones técnicas formuladas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales (performance-based, or functional (or "outcome") specifications) se definen como aquéllas que describen la función, objetivo o rendimiento que se pretende alcanzar, en vez de especificar el producto o servicio que es objeto del contrato. En otras palabras, las especificaciones funcionales se centran en las necesidades reales que el contrato busca satisfacer y dejan que el mercado sugiera el mejor camino para su consecución, sin establecer elementos técnicos obligatorios."*

Esta posibilidad debe venir acompañada indudablemente de la definición de unos criterios de adjudicación adecuados que valoren aspectos de apreciación no automática, donde podrían incluirse valores tales como la innovación, además de otros criterios como los medioambientales.

Además, las variantes, que se contemplan en el artículo 142 de la LCSP, pueden ser un elemento de integración de la innovación en los contratos públicos, las cuales *"… podrán hacer referencia a determinadas funcionalidades que puedan tener los bienes, obras o servicios objeto del contrato, o a la satisfacción de determinadas necesidades"*. Así, la Directiva 2014/24/UE hace una expresa mención a las variantes como herramienta que permite a los operadores económicos proponer mejores soluciones a las necesidades del órgano de contratación a través de técnicas innovadoras.

No olvidemos que las variantes deberán estar previstas expresamente en el anuncio de licitación, así como en los pliegos, debiendo indicar los elementos y condiciones en los que queda autorizada su presentación.

En materia de criterios de adjudicación, la Exposición de Motivos requiere que su diseño permita a los órganos de contratación *"… obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato."* El artículo 145 incluye una relación de posibles criterios cualitativos de adjudicación, entre los que se incluye, por su especial relación con la innovación, *"La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.."* debiendo, en todo caso, contemplarse, además, en los pliegos, un criterio relacionado con los costes, ya sea el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como podría ser el cálculo del coste del ciclo de vida.

La LCSP es consciente de la importancia de incorporar una pluralidad de criterios de adjudicación, superando el único criterio de adjudicación relacionado con el precio, en los contratos en los que la innovación está presente, afirmando el artículo 145 citado que se deberá, en todo caso, utilizar más de un criterio de adjudicación, en los siguientes contratos:

- *"b)… en los que el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas o por reducciones en su plazo de ejecución."*
- *"d) Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja."*
- *"f) Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación."*
- "g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación."

A este respecto, la Guía 2.0 del MINECO a la que venimos refiriéndonos, plantea que *"La valoración de la innovación exigirá tomar en consideración criterios distintos del precio. Resulta incompatible con la valoración de la innovación atribuir al precio una ponderación excesivamente amplia, puesto que, normalmente, las soluciones innovadoras pueden resultar más caras si atendemos al precio (que no implica que su coste sea mayor, por ejemplo, si la solución requiere un menor mantenimiento, o su vida útil es mayor). Por tanto, más que el precio (o junto a él), en las compras de innovación se deberá considerar no solo los costes actuales sino el conjunto de los costes del ciclo de vida del objeto del contrato, que incluye los costes de adquisición, los de mantenimiento y disposición sobre los productos o servicios, además de otros aspectos importantes tales como la calidad y el mérito técnico de la oferta. De esta manera resultará posible adjudicar la combinación óptima del conjunto de costes del ciclo de vida y las consideraciones de calidad, con relación al precio. Se trata en definitiva de dar más valor en términos relativos a los aspectos innovadoras frente al precio. Las diferencias en el alza de precios resultarían en cualquier caso compensadas con mejoras que reportarían las soluciones innovadoras que accedieran al contrato."*

La meritada Guía aporta ejemplos de criterios de adjudicación relacionados con la innovación que pueden ser utilizados por los órganos de contratación en la definición de los pliegos que rigen la licitación:

- Contenidos de I+D en la ejecución del contrato que aporten mayor calidad al objeto de la prestación.
- Plazo de ejecución. De utilizarse, este criterio debería ponerse en relación con el anterior (contenidos de I+D), ya que un mayor contenido de I+D necesitaría de mayores plazos de ejecución. Lo que habría que valorar, por tanto, sería la proporcionalidad entre contenidos de I+D y el plazo para su desarrollo
- Volumen o porcentaje del precio del contrato que se destina a desarrollo del producto o servicio.
- Capacidad de la innovación propuesta para producir una mejora en la prestación de un servicio público concreto.
- Mayor ahorro energético futuro derivado de la solución de innovación.
- Mejora en el medioambiente (uso de materias primas, uso de agua, emisiones, residuos, reciclabilidad, etc.) como consecuencia directa de la solución de innovación.
- Reducción de costes de mantenimiento, reposición, eliminación u otros, teniendo en cuenta el coste del ciclo de vida completo del producto.
- Se puede valorar también aquellas propuestas que se oferten el desarrollo de actividades de I+D en colaboración con otros operadores económicos, como Universidades y Centros Tecnológicos.

La innovación también está presente en la introducción de mejoras, y ha sido incorporada, asimismo, como un factor a tener en consideración en el tratamiento de las ofertas anormalmente bajas, de forma que se prevé como forma de justificar la viabilidad de una oferta, *"la innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras"* (artículo 149 de la LCSP).

Además, no podemos olvidar que el artículo 202 contempla la obligación de que el órgano de contratación incorpore en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al menos una de las condiciones especiales de ejecución contenidas en el citado precepto, entre las que se encuentran aquellas relacionadas con la innovación.

Como hemos indicado, la LCSP facilita la incorporación de la innovación a través de la configuración de los elementos definitorios del contrato, mediante diversas y variadas fórmulas, comenzando por la propia definición del objeto del contrato sobre la base de criterios funcionales, la introducción de variantes o mejoras, los criterios de adjudicación, las condiciones de ejecución, etc.

3.- LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PÚBLICA: EL PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

Como hemos indicado con anterioridad, el procedimiento de asociación para la innovación se configura como el procedimiento idóneo, previsto en la LCSP, para articular vías de colaboración entre las Administraciones Públicas y los operadores económicos, con la finalidad de desarrollar soluciones innovadoras inexistentes en el mercado.

Así, la Exposición de Motivos de la LCSP, se trata de un procedimiento concebido *"con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras", por lo que, "…se ha previsto expresamente para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración"*.

A tales efectos, se hace preceptivo que los pliegos de cláusulas administrativas particulares recojan, de manera expresa, la siguiente información:

- Deberán contener una mención a la necesidad que se pretende satisfacer con indicación del producto, servicio u obra innovador que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. La definición de la necesidad deberá venir acompañada de una debida justificación sobre la inexistencia de una solución en el mercado que permita la satisfacción de la misma, ya que, de otra forma, estaría vetada la utilización del referido procedimiento.
- Deberá indicar los elementos que configurarán los requisitos mínimos que tendrán que cumplir los licitadores.
- Deberá señalar las disposiciones aplicables en materia de propiedad intelectual e industrial.
- Deberá contener la información necesaria y precisa que posibilite a los licitadores identificar la naturaleza de la solución requerida, el ámbito de la misma, a fin de que puedan decidir si participar en el procedimiento.

En la fase inicial de selección de los candidatos, el órgano de contratación deberá definir en los pliegos el número de socios con los que se prevé que se configurará la asociación y los criterios que determinarán su selección.

La fase de negociación y adjudicación de la asociación posibilitará la reducción del número de candidatos, persiguiendo la mejora en el contenido de la oferta inicial realizada para concluir con la definición de una solución determinada y con la adjudicación de la asociación. Seguidamente se continuará con la fase de asociación con los socios, en la que se procederá al desarrollo de los objetivos marcados para la

consecución de la solución definida, momento en el que finalizará la asociación para la innovación, a salvo de que el pliego haya contemplado expresamente la posibilidad de que el órgano de contratación adquiera el producto resultante.

Si bien el procedimiento de asociación para la innovación, como hemos indicado, se configura, por tanto, como una herramienta adecuada para el desarrollo de soluciones innovadoras, es preciso señalar que requiere de un trabajo previo de diseño y configuración de los pliegos y que exige, igualmente de un nivel de profesionalización de los empleados públicos involucrados en el mismo. Ejemplar ejemplo de un procedimiento de asociación para la innovación lo constituye el lanzamiento por la Diputación de Castellón, de la que forma parte Pilar Batet como Jefa de Contratación, para la búsqueda de una solución de territorio rural inteligente para la Provincia de Castellón, cuya documentación puede ser consultada en la Plataforma de Contratación del Sector Público, a través de este enlace: https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/f316793d-bf67-4e2b-b6c4-a5de38aa0b77/DOC_CN2018-442900.html?MOD=AJPERES

Podría parecer que para determinados entes del sector público es este es un procedimiento demasiado complicado, lo cual no debería ser un obstáculo ya que la LCSP contempla herramientas de colaboración público-pública para la consecución de objetivos comunes. Así, la vía para establecer procesos de colaboración puede ser la suscripción de convenios, los cuales están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP, a través de los cuales se aglutinen diversos compradores públicos que, unidos por una finalidad común, articulen procesos de compra pública de innovación a través de figuras como la financiación conjunta de los contratos a adjudicar, ya sea mediante un procedimiento de asociación para la innovación o mediante otro tipo de procedimientos en los que se configure la innovación como elemento determinante del contrato.

4.- CONCLUSIONES

Como hemos analizado a través del presente capítulo, la LCSP establece diversas vías para incorporar la innovación en la contratación pública, de forma que los órganos de contratación cuentan con múltiples posibilidades para fomentar soluciones novedosas e innovadoras en las compras públicas.

Si bien es cierto que el procedimiento de asociación para la innovación se configura como el procedimiento estrella para la creación de nuevas soluciones, no es, ni mucho menos, la única forma de incorporar la innovación en la contratación pública, ya que, en la propia configuración del contrato, a través de procedimientos ordinarios, pueden agregarse elementos que faciliten esta labor. Así, en la propia definición de la necesidad y en la configuración del objeto, ya sea a través de criterios funcionales, la introducción de variantes o mejoras, en la configuración de los criterios de adjudicación, de las condiciones de ejecución, etc.

Capítulo V

EL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES EN EL CUMPLIMIENTO DEL NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL

1.- LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICAS

Un repaso a lo que dice la LCSP en relación con las Diputaciones Provinciales.

El artículo 46 de la LCSP sobre los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación dice en su apartado 4º que: *"En todo caso, los Ayuntamientos de los municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y* ***las Diputaciones Provinciales podrán crear un órgano especializado*** *y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos. Su constitución y funcionamiento y los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción y la duración de su mandato se regirá por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por lo establecido en el artículo 45 de esta Ley. El Pleno de la Corporación será el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros. El resto de los Ayuntamientos podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan"*.

Luego nos tenemos que ir a las disposiciones adicionales, dónde se encuentra la regulación de la contratación pública *"local" y "provincial"*.

En la **disposición adicional 2ª** de la LCSP, donde se regulan las competencias en materia de contratación en las Entidades Locales, se establece que:

- Apartado 6º: *"En los municipios de población inferior a 5.000 habitantes las competencias en materia de contratación podrán ser ejercidas por los órganos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el artículo 228 de la presente Ley, mediante acuerdos al efecto"*.
- Apartado 6º: *"Asimismo podrán concertarse convenios en virtud de los cuales se encomiende la gestión del procedimiento de contratación a las Diputaciones provinciales o a las Comunidades Autónomas de carácter uniprovincial"*.
- Apartado 7º: *"La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros*

electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación. En las Entidades locales municipales, mancomunidades y consorcios locales, podrán integrarse en la Mesa personal al servicio de las correspondientes Diputaciones Provinciales o Comunidades Autónomas uniprovinciales".

- Apartado 12º: *"Las referencias a las Diputaciones provinciales contenidas en esta Ley también se entenderán efectuadas a los entes locales supramunicipales previstos en los correspondientes Estatutos de Autonomía con competencias en materia de asistencia y de cooperación a los municipios, y de prestación de servicios públicos locales".*

En la **disposición adicional 3ª** de la LCSP, cuándo se regulan las normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales, se establece que:

- Apartado 3º: *"Los actos de fiscalización se ejercen por el órgano Interventor de la Entidad local. Esta fiscalización recaerá también sobre la valoración que se incorpore al expediente de contratación sobre las repercusiones de cada nuevo contrato, excepto los contratos menores, en el cumplimiento por la Entidad local de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que exige el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. El órgano interventor asistirá a la recepción material de todos los contratos, excepto los contratos menores, en ejercicio de la función de fiscalización material de las inversiones que exige el artículo 214.2.d) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Podrá estar asistido en la recepción por un técnico especializado en el objeto del contrato, que deberá ser diferente del director de obra y del responsable del contrato. Los servicios de asistencia de las Diputaciones Provinciales asistirán a los pequeños Municipios a estos efectos y los demás previstos en la Ley".*
- Apartado 6º: *"Serán de aplicación a los contratos de obras las normas sobre supervisión de proyectos establecidas en el artículo 235. La supervisión podrá efectuarse por las oficinas o unidades competentes de la propia entidad contratante o, en el caso de municipios que carezcan de ellas, por las de la correspondiente Diputación provincial o Administración autonómica uniprovincial. En el acuerdo de aprobación de los proyectos se recogerá expresamente la referencia a la supervisión favorable del mismo".*

La **disposición adicional 24ª** de la LCSP regula el régimen jurídico de la «Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSA), y de su filial «Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSATEC) en su apartado 2º dice: *"TRAGSA y su filial TRAGSATEC tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, de los Cabildos y Consejos Insulares, de las Diputaciones Forales del País Vasco, de las Diputaciones Provinciales y de las entidades del sector público dependientes de cualesquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el punto 2° de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo, y estarán obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que estos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y su filial TRAGSATEC podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias".*

Al margen de estas especialidades a las Diputaciones Provinciales, como al resto de EELL, se les aplican el resto de preceptos establecidos en la LCSP.

2.- LA ASISTENCIA DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICAS

2.1.- ASISTENCIA TÉCNICA PROVINCIAL EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

Parece que la LCSP limita la asistencia técnica a:

- **La Mesa de Contratación**, para que aquellos ayuntamientos en los que sólo cuenten con el secretario-interventor, se pueda constituir la Mesa.
- **La fiscalización de la recepción.** También para pequeños municipios.
- **La supervisión de proyectos.** Para pequeños ayuntamientos en los que la única persona de la organización es el secretario-interventor.

Aun dando por supuesto que las Diputaciones Provinciales estén cumpliendo con sus obligaciones de asistencia técnica (mesa, fiscalización y supervisión), ¿podría un pequeño municipio cumplir con las obligaciones que le establece la LCSP? No.

2.2.- IMPOSIBILIDAD DE QUE LOS PEQUEÑOS AYUNTAMIENTOS CUMPLAN CON LO ESTABLECIDO EN LA LCSP.

Siempre hay alguna excepción, siempre hay algún pequeño ayuntamiento que es capaz de funcionar mejor que una Diputación Provincial, siempre hay un secretario-interventor que es capaz de hacer lo imposible, pero, lo lógico, es que los pequeños ayuntamientos NO puedan cumplir con lo establecido en la LCSP.

2.3.- NO DISPONEN DE PERSONAL ESPECIALIZADO.

Todo contrato se justifica en una necesidad. Una organización, la que sea, también en las pequeñas, contrata porque precisa de un bien o un servicio para cumplir con sus fines institucionales (suministros de tecnología, de bienes o materiales; servicios de mantenimiento de ascensores, cuartos de calderas, equipos de cloración, recogida de basura; obras; explotaciones de albergues, piscinas, cotos de caza o aprovechamientos forestales, …).

Todo contrato público precisa de alguna persona que, dentro de la organización, conozca la necesidad existente y el mercado proveedor y que sea capaza de describir y valorar la necesidad.

En organizaciones medianas y mayores se cuenta con esos perfiles profesionales (arquitectos, ingenieros, trabajadores sociales, psicólogos, informáticos,) que son los encargados, como especialistas, de saber qué bien o qué servicio haría falta para satisfacer la necesidad existente y que se encargan de **conocer el mercado proveedor.**

Esas personas son las encargadas, como conocedores del mercado proveedor, de recabar la información precisa para justificar la necesidad existente y motivar la ulterior toma de decisiones en el expediente de contratación:

- **La necesidad delimita el objeto del contrato que se licitará.** El artículo 99 establece en su apartado 1º 116.4º de la LCSP que: *"El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única"*.
- **Si es una necesidad no recurrente, puntual o urgente se podrá acudir a un menor. En el resto**

de los casos se tramitarán abiertos simplificados sumarios, simplificados o abierto. ¿Tiene un ayuntamiento personal capacitado para negociar, para montar un Comité de Expertos, para racionalizar la contratación con un acuerdo marco?

- **Del conocimiento del mercado, depende la selección del tipo de empresa y la valoración de las ofertas.** De la necesidad dependen los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo, según el artículo 116.4º de la LCSP. ¿Tiene un ayuntamiento personal para estudiar el mercado y preparar correctamente un contrato?
- **Es preciso desglosar los costes directos e indirectos, los gastos generales y el beneficio industrial** como dicen los artículos 100 y el 101 de la LCSP. ¿Tiene un ayuntamiento personal para realizar esta tarea?
- **Es preciso fraccionar el objeto del contrato en lotes para favorecer la participación de la pequeña y mediana empresa.** ¿Tiene un ayuntamiento personal para estudiar el mercado proveedor y establecer lotes o bien, motivar el no fraccionamiento del objeto del contrato?

Muchas decisiones que hay que tomar en base a un conocimiento previo de un personal que, o bien no tiene capacidad de adquirirlo, o bien, no existe en plantilla.

En la mayor parte de los pequeños ayuntamientos no cuentan con el personal que realice las tareas previas al inicio de contratación. Sin ese conocimiento previo no se puede preparar correctamente una licitación y la ejecución del contrato. Tampoco cuentan con los medios y con la formación precisa para llevar a cabo una consulta preliminar del mercado, una negociación, un acuerdo marco, un ....

Esas personas, que en otras organizaciones son las unidades promotoras o los servicios interesados en la contratación, juegan un papel clave en el proceso de contratación pública. Además de realizar una serie de trabajos en el inicio del expediente, su concurso y participación es trascendental en:

- La fase de valoración de ofertas. Aquí:
  - Valoran las ofertas técnicas, emiten un juicio de valor.
  - Valoran las ofertas anormales.
- La fase de ejecución del contrato. Se convierten en responsables del contrato.
- En los pequeños municipios no hay personas que:
  - Realicen las actuaciones previas de preparación del contrato.
  - Valoren ofertas.
  - Controlen y supervisen la ejecución de los contratos.

Y sin en esas personas, ¿se puede cumplir la LCSP? No.

2.4.- NO VAN A PODER USAR LA PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO. ALGUNO LO CONSEGUIRÁ CON MUCHO TRABAJO Y TESÓN.

No nos engañemos la plataforma de contratación fue hecha pensando en el Estado.

Así se llamó hasta la del año 2013. Durante 6 años, las EELL sólo usaban PLACE cuando precisaban tramitar un contrato sujeto a regulación armonizada.

La obligó a las EELL a publicar sus convocatorias (todas) y resultados (todos) en la PLACSP (se cambió su nombre *"del Estado"* por *"del Sector Público"*). El incumplimiento de dicha obligación fue masivo en el entorno local. Quizá por ello, la LCSP ha sancionado con la nulidad la falta de publicación de los anuncios de licitación en el perfil de contratante que esté ubicado en la PLACSP, según dispone el artículo 39. 1º letra c) de la LCSP.

Una cosa es disponer del perfil de contratante, abrir un espacio virtual a cada expediente, subir los pliegos, publicar un anuncio, un acuerdo de adjudicación, …. y otra es utilizar el módulo de licitación electrónica.

En este momento la licitación electrónica en la PLACSP sólo lo están utilizando aquellas organizaciones cuyo personal se formó en el uso de la PLACSP.

Antes de la aprobación de la LCSP, se realizaban cursos de formación presenciales impartidos en Madrid, en el Instituto de Estudios Económicos y Fiscales de 25 horas de duración.

Si no eres una de las personas que recibió formación profesional en el uso de la PLACSP te tendrás que enfrentar a las 196 páginas que tienen las cuatro guías de ayuda sobre el módulo de licitación electrónica. Tendrás que dedicarle mucho tiempo y esfuerzo. Tendrás que estudiar y practicar lo estudiado en el entorno de pruebas para adquirir habilidades y destrezas en el uso de la PLACSP. Si tienes tiempo y capacidad de trabajo, podrás conseguirlo.

Ten presente que cuando convoques tu primera mesa de contratación no contarás con el soporte y la ayuda de los técnicos de la PLACSP.

Ten presente lo que contó el 31 de agosto de 2018 sobre las primeras Mesas de contratación electrónicas (no fueron hechas con la PLACSP): *"No puedo negar que las primeras mesas de contratación electrónicas* ***fueron objeto del caos inicial*** *que preside todo gran cambio, sin embargo, tras varias incidencias típicas, tales como que se caiga la red y nos quedemos sin internet justo en el momento de la apertura de algún sobre, olvidos de tarjetas electrónicas, de contraseñas, bloqueos de las mismas, y un largo etcétera de imprevistos que hacían que si las mesas tenían que durar media hora se alargasen de forma indefinida, en la actualidad debo decir que estamos superándolo con éxito,..."*

Ten presente que va a ser un cambio que hay que gestionar, porque el caos está garantizado. Si no cuentas con unos servicios de asistencia y apoyo estás solo.

La plataforma no da esos servicios con los que contó y su organización para iniciarse en la licitación electrónica.

La PLACSP tampoco da formación.

Sin formación y sin esos servicios es muy complicado cumplir con esa obligación legal de licitar electrónicamente, cuyo incumplimiento ya se empieza a sancionar con *"la vuelta a la casilla de salida"* por los tribunales de recursos contractuales. La Resolución nº 632/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales **anula unos pliegos por admitir la presentación no electrónica de ofertas**. La Resolución 104/2018, de 22 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León **también anula unos pliegos por admitir la presentación no electrónica de ofertas.**

2.5.- NO VAN A PODER USAR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA.

El mandato de la LCSP es claro. Dice en su Exposición de Motivos de la LCSP: *"El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad"*.

Fruto de ello el novedoso e imperativo apartado 3º del artículo 1 la LCSP dispone: *"En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social"*.

Y es más el artículo 202.1º de la LCSP, regula las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden estableciendo que: *"En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución…"*.

Y en los pequeños municipios:

- ¿Quién sabe cómo utilizar estratégicamente la contratación pública?
- ¿Quién sabe cómo valorar los aspectos medioambientales o sociales de las ofertas?
- ¿Quién sabe incluir, al menos una condición especial de ejecución social o medioambiental en cada contrato?
- ¿Quién dispone de medios y conocimiento para controlar y supervisar que se cumplen las condiciones especiales de ejecución?

3.- EL NUEVO PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES

Parece que ha llegado el momento de las Diputaciones Provinciales y de que éstas jueguen el trascendental papel que tienen que desempeñar en el ámbito de la contratación pública.

En este ámbito clave, (la contratación pública es una herramienta que puede servir para transformar la sociedad), o se hacen cargo de una forma integral en sus respectivos territorios de la práctica totalidad de la contratación en los pequeños municipios o éstos seguirán abocados a transitar, con su falta de medios, en la ilegalidad y en la desesperanza.

Las centrales de compra están llamadas a hacer ese papel. Órganos especializados bien comunicados con los ayuntamientos de su provincia que racionalicen y gestionen las necesidades de bienes y servicios de su provincia de una forma rápida, eficiente, legal y transparente. Fraccionando en lotes para favorecer a las pequeñas y medianas empresas.

Los pequeños municipios deberían tramitar escasos contratos menores para atender necesidades puntuales y urgentes. El resto debería encomendarse, mediante los oportunos convenios de colaboración, a la correspondiente Diputación Provincial.

No sólo la gestión integral de la contratación es una competencia de las Diputaciones Provinciales. Algo fundamental que ya se está haciendo en alguna **es gestionar la formación en contratación pública,** un aspecto clave. El cumplimiento de la normativa legal pivota, sin lugar a dudas, en un potente y continuo espacio formativo.

Es necesario resaltar la planificación que realizó la Diputación Provincial de Alicante en materia de contratación pública como publicaba José Antonio Latorre el 14 de diciembre de 2018 en su blog titulada ***cómo estamos abordando la profesionalización en contratación pública:*** *"A modo de resumen, y por dar algunos datos concretos. Se han impartido algo más de 500 horas lectivas (504 para ser exactos), y hemos podido atender a 1.311 personas. Teniendo en cuenta que entre todas las actividades formativas descritas habíamos recibido 1.790 solicitudes, hemos sido capaces de atender al 73% de las mismas (casi las tres cuartas partes)"*

El 26 de mayo del 2019 serán las próximas elecciones municipales. Elecciones en las que se volverá a cuestionar el papel de las Diputaciones Provinciales.

Utilizar estratégicamente la contratación pública en una provincia, favorecer políticas de empleo, de arraigo de la población, políticas medioambientales o verdes sólo es posibles si es la Diputación Provincial quien lidera la gestión de la contratación pública integralmente en su territorio y lo hace además en formato electrónico, como defendí en PRESURA, la feria de la repoblación de la España vacía, celebrada en Soria, el 10 de noviembre de 2018.

BLOQUE III

PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN, CUÁNDO, CÓMO Y POR QUÉ UTILIZAR CADA UNO DE ELLOS

Capítulo I

LA ADECUADA Y PROPORCIONAL UTILIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA LCSP COMO SALVAGUARDA DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD EN LA UTILIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

1.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La selección del procedimiento constituye una operación de preparación contractual de la máxima importancia, no debe ser considerada como una decisión rutinaria o irreflexiva, sino que debe ir aparejada al objeto del contrato, teniendo en cuenta su complejidad, y las circunstancias del sector a que pertenezca el mismo. Como ya señalaba el Consejo de Estado en su dictamen de 21 de mayo de 1992 *"la preparación de un contrato es una etapa puramente administrativa pero de tal relieve que influye decisivamente en la consecución de los bienes últimos del negocio"*.

Si bien la simplificación es uno de los objetivos de la nueva LCSP, acorde con el nuevo paquete de directivas que transpone, la elección del procedimiento de adjudicación no debe ser utilizada como un mecanismo en el que se pretenda simplificar la tramitación a costa de la restricción de los eventuales licitadores a participar (procedimiento negociado o restringido), o incluso mediante el que se restrinja dicha participación de forma artificial.

En primer lugar debe realizarse una precisión de conceptos y es que si bien todos los contratos, sea cual sea su cuantía, precisan de la tramitación de un expediente, (aunque sea a posteriori como en el caso de los contratos de emergencia), no todos los contratos se licitan como es el caso de los contratos menores y de los contratos tramitados mediante el procedimiento con negociación sin publicidad. Así mismo cabe señalar que la tramitación de cada expediente será más o menos compleja en función del contrato de que se trate y del procedimiento para su adjudicación. Así, incluso en el caso de los contratos menores que se pagan mediante el sistema de anticipo de caja fija, debe elaborarse un mínimo expediente. Así se desprende del primer párrafo del artículo 116 "La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente", que no hace distinciones entre tipos contractuales y procedimientos, en principio, que atiende al carácter formalista de la contratación pública, como instrumento de transparencia y legalidad de la actuación administrativa. El expediente de contratación comprende las actuaciones a través de las cuales la Administración forma su voluntad contractual mediante la elaboración y aprobación de un conjunto de actos administrativos, de manera que no puede haber contrato sin que previamente se haya tramitado dicho procedimiento contractual, excepto en la tramitación de emergencia.

La nueva LCSP, congruente con las exigencias de transparencia y eficiencia que de acuerdo con su artículo

1 rigen la contratación del Sector Público, refuerza respecto del TRLCSP los elementos que conforman la preparación contractual, para ello exige que la justificación de la necesidad e idoneidad del contrato se recoja en el expediente en su artículo 28, y específicamente en el artículo 116 .4 se indica que en el expediente se justificará adecuadamente *"a) La elección del procedimiento de licitación"*. La necesidad de justificación sin embargo no significa que la decisión sea discrecional, antes bien no cabe utilizar cada uno de los procedimientos establecidos más que en los supuestos tasados para ello. Esta justificación que se recoge en la memoria justificativa es obligatoria en todos los contratos (en los menores un informe motivado, art. 118), y sin ella el contrato es nulo de pleno derecho (STS de 3 de noviembre de 2011, rec. 2557/2009). La memoria se ha de publicar en el perfil de contratante (art. 63.3), que en su apartado a) señala que en el mismo ha de publicarse *"La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente"*.

Esta justificación, cuando se utilicen procedimientos distintos del abierto y restringido (con la matización que respecto de este último que veremos más adelante) debe alejarse de fórmulas genéricas, y consiste en encajar la elección del procedimiento con el supuesto que permite su utilización.

En el mismo sentido el artículo 118.3 cuando se trata de la adjudicación de contratos menores,- que no requieren de licitación-, establece la regla de la incompatibilidad *"en el expediente se justificará que (…) el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo"*.

El artículo 28 eleva a la máxima categoría por lo que a su justificación se refiere, la elección del procedimiento de licitación, como una garantía de la máxima importancia para prevenir la elección fraudulenta de los posibles procedimientos de licitación, con el ánimo de eludir controles, o requisitos de publicidad. Esta justificación resultará fundamental en el caso de la adjudicación de los contratos menores y de la elección del procedimiento negociado sin publicidad.

Por último debe insistirse en la obligatoriedad desde el 9 de marzo de 2018 de tramitar electrónicamente los distintos procedimientos de licitación, con las excepciones contenidas en la D.A. decimoquinta apartado 3, debiendo en cualquier caso justificarse la excepción de forma expresa, al exigirse que "los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos." (DA 15ª, apartado 3 y 4 in fine). No cabe por otro lado aplicar el trámite de subsanación previsto en el artículo 68.4 de la LPCACP, de acuerdo con el Informe 2/18 "Cuestiones sobre la tramitación electrónica de los procedimientos", de la JCCPE, siendo causa de nulidad de pleno derecho la falta de tramitación por estos medios, como ya han señalado los Tribunales de recursos contractuales RTACR 632/2018, de 29 de junio, por faltar total y absolutamente el procedimiento establecido.

2.- PARÁMETROS PARA ELEGIR PROCEDIMIENTOS

- Evitar inercias en la elección del procedimiento realizando un examen del objeto de nuestra licitación para la elección del procedimiento de licitación más adecuado.

- Los procedimientos de utilización general serán el procedimiento abierto y el restringido tal y como se desprende de lo dispuesto en el art. 63.3 a) LCSP que solo exige la justificación del procedimiento elegido cuando sea distinto del procedimiento abierto o restringido. En todo caso entiendo que también debe justificarse cuándo se utiliza el procedimiento restringido ya que si bien el artículo 160 regulador del indicado procedimiento no lo exige específicamente, sí que establece que este procedimiento *"Es especialmente adecuado cuando se trata de servicios intelectuales de especial complejidad, como es el caso de algunos servicios de consultoría, de arquitectura o ingeniería"*. De esta forma este test de adecuación exige a mi juicio también cierta justificación, aunque sea mínima, de la elección de este procedimiento.

- El resto de procedimientos distintos del procedimiento abierto y restringido, solo podrán utilizarse cuando concurran los supuestos previstos para su utilización en cada uno de los artículos que los regulan.

Los contratos de concesión de los servicios especiales recogidos en el Anexo IV de la LCSP deberán adjudicarse mediante procedimiento restringido, de forma obligatoria a la vista de fórmula imperativa elegida en la norma. Esta regla sin embargo, no opera en el caso de que el servicio de que se trate, aun incluido en el Anexo IV, no se configure como un contrato concesional, sino de servicios puro o en su caso como servicio administrativo especial.

- En el caso de los Poderes adjudicadores no administración pública (PANAPS) de acuerdo con el artículo 317, si los contratos están sujetos a regulación armonizada, la preparación y adjudicación de los contratos se regularán por las normas establecidas en las Secciones 1º y 2º del Capítulo I del Título I del Libro II que comprende los preceptos reguladores del expediente de contratación y de la adjudicación de los contratos a través de cada procedimiento de adjudicación. Si los contratos no están sujetos a regulación armonizada el artículo 318 ha sido objeto de una interpretación en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de La Ley de Contratos del Sector Público, de 28 de febrero de 2018, que concluye que también en el caso de que se trate de contratos de PANAPS no sujetos a regulación armonizada deben aplicarse los criterios de selección.

- En el caso del resto de entidades que integran el sector público, el artículo 321 de LCSP establece la necesidad de que dichas entidades aprueben unas instrucciones internas de funcionamiento, que regulen los procedimientos de adjudicación de manera que quede garantizada la efectividad de los principios por los que debe regirse la contratación pública.

- Una vez elegido, diseñar el procedimiento de forma que responda a nuestras necesidades, en la medida de lo posible, con el objeto de realizar la tramitación más sencilla posible. Especialmente por lo que se refiere a la elección de los criterios de adjudicación seleccionados, se propone la objetivación de los mismos. Cabe señalar que el establecimiento de criterios de calidad, esto es distintos al precio y coste de ciclo de vida, no implica que estos tengan que ser valorados subjetivamente, o mediante juicio de valor, de manera que en la medida de lo posible sería recomendable su valoración mediante fórmula. Ello supone una doble ventaja, de un lado que se logran mayores cotas de transparencia y objetividad y en segundo lugar que se simplifica la tramitación al suprimirse una reunión de la Mesa de contratación (y eventualmente del Comité Técnico Especializado en función del peso específico asignado a tales criterios) y la realización del informe de valoración. No cabe desdeñar tampoco en la elección del procedimiento la consideración de las consecuencias que en el caso de anulación de la valoración por los Tribunales de recursos contractuales, se produciría en relación con el procedimiento tal y como entre otras se establece en la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 124/2014.

3.- SUPUESTOS PARA LA UTILIZACIÓN DE CADA PROCEDIMIENTO

El artículo 131 de la LCSP establece en su apartado 2 las normas generales para seleccionar las ofertas con mejor relación calidad precio, debiendo partirse de que la elección de uno u otro procedimiento no es discrecional.

La regla general será la utilización del procedimiento abierto o restringido, y del resto de los procedimientos en función de la presencia de los supuestos que permiten su utilización, debiendo señalarse que la utilización del procedimiento negociado sin publicidad será restrictiva y excepcional,- pues no en vano se elimina una de las exigencias más relevantes de la LCSP en relación con la transparencia, como es la publicidad de la licitación *"sin la previa publicación de un anuncio de licitación"*,- tal y como se desprende de la propia redacción del precepto cuando utiliza la expresión *"únicamente"*.

Esta nota de excepcionalidad no concurre sin embargo en el procedimiento negociado con publicidad como resulta de lo expuesto en los considerandos 42 y 45 de la Directiva 2014/24/UE *"Es realmente necesario que los poderes adjudicadores gocen de mayor flexibilidad a la hora de elegir un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones"*–como es el procedimiento negociado con publicidad, el diálogo competitivo y la futura asociación para la innovación. En todo caso en este tipo de procedimientos ES NECESARIO NEGOCIAR.

PROCEDIMIENTO	SUPUESTOS
P. Abierto art. 156	Utilización general
P. Abierto simplificado art. 159	Obras de VE ≤2.000.000€ Servicios y suministros de VE≤100.000 €

P. Abierto simplificadísimo art. 159.6	Obras de VE <80.000€ Servicios y suministros de VE<35.000 €1
P. Restringido art.160 y ss.	Especialmente adecuado para servicios intelectuales de especial complejidad
P. con negociación con publicidad art. 167	-Cuando resulte imprescindible un trabajo previo de diseño o de adaptación por parte de los licitadores. -Cuando la prestación incluya un proyecto o soluciones innovadoras. -Cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación, o por los riesgos inherentes a la misma. -Cuando el O.C no pueda establecer con la suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica, en los términos establecidos en esta Ley. -Cuando en los procedimientos previos solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables. -Cuando se trate de contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención, dotar de continuidad en la atención a las personas beneficiarias del servicio.

1 Nótese que a diferencia de lo establecido para delimitar el umbral para la utilización del procedimiento abierto simplificado el VEC debe ser inferior, no igual o inferior.

P. con negociación sin publicidad art. 168

TODOS LOS CONTRATOS

a) No se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, + envío informe a la Comisión Europea cuando esta así lo solicite.

b) Solo puedan ser encomendados a un empresario determinado
- contrato de creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única
- inexistencia de competencia por razones técnicas
- protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial

c) Contrato declarado secreto o reservado, o deba ir acompañado de medidas de seguridad especiales.

OBRAS, SERVICIOS Y SUMINISTROS.

- Imperiosa urgencia derivada de acontecimientos imprevisibles para el O.C y no imputables al mismo, que demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119.
- Ofertas irregulares o inaceptables si en la negociación se incluye a todos los licitadores que, hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación, y siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el precio de licitación ni modificar el sistema de retribución.

SUMINISTROS

- Productos fabricados exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo
- Entregas adicionales efectuadas por el proveedor inicial.
  - Reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente,
  - Ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas. Límite 3 años. (por lo general)
- Adquisición en mercados organizados o bolsas de materias primas de suministros que coticen en los mismos.
- Suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza. EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR art. 71.1.c)

SERVICIOS

- -Contratos consecuencia de un concurso de proyectos que deba adjudicarse al ganador. En caso de que existan varios ganadores, se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones.
- -Servicio concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales.

OBRAS Y SERVICIOS

- -Repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista, siempre que se ajusten a un proyecto base objeto del contrato inicial con indicación de la posibilidad de hacer uso de este procedimiento en el anuncio de licitación del contrato inicial + importe de las nuevas obras o servicios se haya tenido en cuenta al calcular el VEC inicial, + que no hayan transcurrido más de 3 años de la celebración del contrato inicial.

P. Diálogo Competitivo art.172 LCPS	Supuestos del artículo 167 LCSP para el procedimiento con negociación y publicidad
P. Asociación para la innovación art. 177 LCSP	Desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los mismos

4.- ESPECIALIDADES EN LA SELECCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

Junto con las reglas generales antes expuestas la LCSP contempla una serie de especialidades a la hora de seleccionar los procedimientos de adjudicación.

4.1.- CONTRATOS DE SUSCRIPCIÓN DE PUBLICACIONES

La D.A. 9 de la LCSP permite la adjudicación directa para contratos de suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y la contratación de los servicios necesarios para los anteriores cuyo valor estimado sea inferior a los umbrales para considerar un contrato como SARA (221.000 € o 144.000 €). Esta adjudicación directa que se establece por referencia a los contratos menores exigirá la aplicación de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP. Por el contrario, cuando estén sujetos a regulación armonizada habrá que acudir a los procedimientos generales descritos en la ley, como establece la Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018, en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la LCSP.

Esta posibilidad se refiere solo a la compra del acceso a bases de datos ya existentes, esto es que no comprende el encargo de realización de bases de datos específicas a demanda de los poderes adjudicadores para satisfacer sus necesidades, que deberá licitarse por los procedimientos previstos en función de la concurrencia de los supuestos más arriba expuestos.

Una especialidad radica en la posibilidad de regular estos contratos mediante las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. Cabe destacar especialmente que esta D.A. recoge una excepción al régimen general de los contratos de servicios o suministros que se abonan una vez recepcionados, tal y como establece el artículo 21.2 de la LGP “Si dichas obligaciones tienen por causa prestaciones o servicios, el pago no podrá efectuarse si el acreedor no ha cumplido o garantizado su correlativa obligación” y 185 TRLHL, y es que permite el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

En lógica correlación con el carácter de condiciones generales de contratación o de cláusulas de adhesión de las reglas por las que se rige esta contratación, en el caso de que estos contratos se celebren por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, las entidades del sector público contratantes tendrán la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

4.2.- CONTRATOS RELATIVOS A LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA

El art. 131.4 LCSP permite que los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, se adjudiquen sin licitación, esto es de forma directa, siempre que se justifique la urgencia. Para ello basta con determinar el objeto de la prestación, el precio a satisfacer por la asistencia y que se designe por el órgano de contratación la empresa a la que corresponderá la ejecución.

4.3.- CONCURSOS DE PROYECTOS (ART. 183 A 187 LCSP)

Se trata este de un procedimiento especial de licitación de determinados servicios, especialidad que determina que se apliquen las normas que lo regulan específicamente (art. 183 a 187 LCSP) aplicándose supletoriamente en lo no previsto lo dispuesto para el procedimiento restringido, de acuerdo con el apartado 10 del art. 187 LCSP.

Son dos los requisitos que permiten la utilización de este tipo de procedimiento: el primero de carácter objetivo, así el objeto del contrato que se corresponde con la tipología de un contrato de servicios debe consistir en: obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, si bien no se trata de una enumeración numerus clausus. En segundo lugar, la selección se encomienda a un jurado, especializado, sin intervención de la mesa de contratación.

Si bien con carácter general la utilización de este tipo de procedimiento es potestativa, el apartado 3 de este artículo establece la obligatoriedad de su utilización cuando el objeto del contrato de servicios que se vaya a adjudicar se refiera a la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad y, cuando se contraten conjuntamente con la redacción de los proyectos anteriores, a los trabajos complementarios y a la dirección de las obras.

TIPOS:

a) Concursos de proyectos organizados en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, en los que eventualmente se podrán conceder premios o pagos.

b) Concursos de proyectos con premios o pagos a los participantes.

Capítulo II

LA MESA DE CONTRATACIÓN COMO ELEMENTO TÉCNICO EN SU ASISTENCIA AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN: PECULIARIDADES LOCALES Y PROPUESTAS DE MEJORA

1.- CONCEPTUALIZACIÓN DE LA MESA DE CONTRATACIÓN

La Mesa de contratación es un órgano de asistencia técnica especializada al órgano de contratación en los procedimientos de contratación que se establezcan legalmente.

Sus caracteres principales son:

- Se trata de un órgano de asistencia técnica especializada (art. 326.2 LCSP).
- Es de existencia imperativa en algunos procedimientos de contratación como ocurre en los siguientes procedimientos (arts. 326.1 LCSP):
  - Abiertos (arts. 156-158 LCSP).
  - Abiertos simplificados (art. 159 LCSP).
  - Restringidos (arts. 160-165 LCSP).
  - Diálogo competitivo (arts. 172-176 LCSP).
  - Licitación con negociación (arts. 166-171 LCSP).
  - Asociación para la innovación (arts. 177-182 LCSP)
  - Negociados sin publicidad del art. 168.b.1º LCSP.
- Es de existencia facultativa en otros procedimientos de contratación como son los (art. 326.1 LCSP):
  - Negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación (art. 170 LCSP).
  - Abiertos simplificados del art. 159.6 LCSP.
- Para los procedimientos de diálogo competitivo y asociación para la innovación, se regula una Mesa especial (art. 327 LCSP).

2.- RÉGIMEN JURÍDICO DE FUNCIONAMIENTO

Lejos quedan los tiempos, si es que alguna vez existieron, en que abordar una cuestión jurídica requería acudir únicamente a un texto legal. Tras integrarse España en la Unión Europea, su ordenamiento jurídico

no ha cesado de integrarse con otro ordenamiento jurídico como lo es el europeo, resultando de una importancia decisiva en materia de contratación administrativa.

El ordenamiento jurídico europeo en materia de contratación, parte actualmente de tres directivas: la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (Preámbulo I de la LCSP).

La LCSP como su propia denominación indica, viene a transponer dos de las tres: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. La tercera de ellas, se encuentra aún pendiente de transposición existiendo actualmente un Proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 2 de diciembre de 2016.

La LCSP como texto legal de referencia para la contratación pública española, es un texto amplio que cuenta con 347 artículos, 54 disposiciones adicionales, 5 transitorias, 1 derogatoria y 16 finales. Esta norma se estructura en un Preámbulo, un Título preliminar y en los siguientes cuatro libros: Libro I Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, Libro II De los contratos de las Administraciones Públicas, Libro III De los contratos de otros entes del sector público y Libro IV Organización administrativa para la gestión de la contratación. Debe destacarse que no toda la LCSP como ley cabecera de grupo normativo horizontal (González Navarro & González Pérez, 2007) posee el mismo carácter, ya que una parte de la Ley es básica y otra no (DF 1 LCSP).

Dentro del precitado Libro IV, aparece un Título I que establece la siguiente clasificación de los órganos competentes en materia de contratación:

- Órganos de contratación (arts. 323-325 LCSP).
- Órganos de asistencia (arts. 326-327 LCSP).
- Órganos consultivos (arts. 328-334 LCSP).
- Órganos destinatarios de la información (arts. 335-336 LCSP).

Sin embargo y aunque reguladas con carácter legal las Mesas de contratación, existe numerosa normativa previa que debe convivir con la LCSP, ya que esta Ley deroga el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a la misma (DD LCSP).

3.- FUNCIONES LEGALES

Las funciones de la Mesa se establecen con carácter legal (art. 326.2 LCSP) y reglamentario (art. 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante RRDP):

FUNCIONES LEGALES DE LA MESA DE CONTRATACIÓN
La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los arts. 140 y 141 de la LCSP, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.
La valoración de las proposiciones de los licitadores.
En su caso, la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento a que se refiere el art. 149 de la LCSP.
La propuesta al órgano de contratación de adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el art. 145 de la LCSP, según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación.
En el procedimiento restringido, en el diálogo competitivo, en el de licitación con negociación y en el de asociación para la innovación, la selección de los candidatos cuando así se delegue por el órgano de contratación, haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

4.- CÓDIGO DE CONDUCTA DE LA MESA DE CONTRATACIÓN

Aunque la existencia de un Código de Conducta para empleados públicos se trata de una materia más propia de función pública que de contratación administrativa, resulta conveniente la inclusión de este pequeño apartado. Todo órgano colegiado existe por su propia definición, para sustraer la toma de decisiones a la voluntad de un individuo. Por ello, en la propia esencia de esta clase de órganos se encuentra la posibilidad del desencuentro. Propiciar un entorno en el que pueda producirse la discrepancia no siempre resultará fácil.

La propia Constitución de 1978 expresa que el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución). Como parte de ese respeto a la ley, debe hacerse aquí especial mención al Capítulo VI del Título III del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TREBEP).

Esos artículos aluden a la existencia de un Código de Conducta para los empleados públicos compuesto de una serie de principios éticos (art. 53 TREBEP) y de conducta (art. 54 TREBEP). La Exposición de Motivos del EBEP ya señalaba que *"la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio. Éste, el servicio público, se asienta sobre un conjunto de valores propios, sobre una específica «cultura» de lo público que, lejos de ser incompatible con las demandas de mayor eficiencia y productividad, es preciso mantener y tutelar, hoy como ayer"*.

Pese a lo indicado, debe advertirse que en la composición de la Mesa en las EELL (DA 2.7 LCSP) puede haber miembros sin la consideración de empleados públicos (art. 8.2 TREBEP). Para los unos y los otros, su intervención en la Mesa deberá respetar las numerosas exigencias de la Ética pública (González Pérez, 2014) que comportará entre muchos otros, aspectos tales como la educación, la cortesía o el respeto.

5.- REGLAS PARA SU COMPOSICIÓN

Habiéndose buscado en la LCSP dotar a la Mesa de un carácter eminentemente técnico (Villarejo Galende & Calonge Velázquez, 2018), ésta no deja de ser un órgano colegiado que encontrará parcialmente su régimen jurídico en la LRJSP (Cadenas García, y otros, 2018). Lo primero que debe indicarse es que la LRJSP como cabecera de grupo normativo horizontal (González Navarro & González Pérez, 2007), al igual que la LCSP, no tiene el mismo carácter en todo su articulado, presentando preceptos con carácter básico y no básico (DF 14 LRJSP).

Las Mesas de contratación se compondrán de un presidente, de un secretario y de los vocales que se determinen reglamentariamente (art. 326.3 LCSP). Este desarrollo reglamentario había venido requiriendo hasta la fecha: un presidente, un secretario y, al menos, cuatro vocales (art. 21.2 RDDP). Sin embargo para las EELL, la DA 2.7 de la LCSP ha regulado la Mesa de contratación con carácter básico, a diferencia de lo que ocurre con la Mesa de contratación del art. 326 LCSP que presenta carácter no básico (Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, 2018).

COMPOSICIÓN MÍNIMA DE LA MESA DE CONTRATACIÓN		
LCSP	**RDDP**	**DA 2.7 LCSP**
Presidente	Presidente	Presidente
Secretario	Secretario	Secretario
Vocales	Vocal jurídico	Vocal jurídico
	Vocal interventor	Vocal interventor
	Vocal	Vocal
	Vocal	

Una de las cuestiones que más han preocupado a las EELL en relación con la composición de las Mesas, ha sido la redacción del art. 326.5 LCSP cuando refiere que no podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. A este respecto, hay que resaltar que el mismo precepto ha añadido “salvo en los supuestos a los que se refiere la Disposición adicional segunda” que es la relativa a competencias en materia de contratación de las EELL.

5.1.- EL PRESIDENTE DE LA MESA DE CONTRATACIÓN Y SUS ATRIBUCIONES

Aunque como se ha indicado la Mesa de contratación en las EELL sea un órgano de asistencia técnica especializada, el legislador ha primado en su composición la posible insuficiencia de recursos que pueda producirse, permitiendo que la presidencia recaiga sobre un miembro de la Corporación o sobre un

funcionario (DA 2.7 LCSP). Esta posibilidad ha sido criticada al entender que deben separarse las funciones del órgano de asistencia, de las propias del órgano de contratación que recaerán necesariamente sobre miembros de la Corporación (Sánchez Moretón, 2010).

ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE (ART. 19.2 LRJSP)
Ostentar la representación del órgano.
Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros, siempre que hayan sido formuladas con la suficiente antelación.
Presidir las sesiones, moderar el desarrollo de los debates y suspenderlos por causas justificadas.
Dirimir con su voto los empates, a efectos de adoptar acuerdos, excepto si se trata de los órganos colegiados a que se refiere el art. 15.2 de la LRJSP, en los que el voto será dirimente si así lo establecen sus propias normas.
Asegurar el cumplimiento de las leyes.
Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del órgano.
Ejercer cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Presidente del órgano.

5.2.- EL SECRETARIO DE LA MESA DE CONTRATACIÓN Y SUS ATRIBUCIONES

El secretario será un funcionario de la Corporación, lo que no resulta contrario al art.16.1 LRJSP. La LCSP no aclara al igual que ocurre con la presidencia, si el funcionario debe ser de carrera (art. 9 TREBEP) o interino (art. 10 TREBEP) por lo que podrá pertenecer a cualquiera de las dos categorías. Esta interpretación parece coherente con la línea de flexibilización de la composición de la Mesa seguida para las EELL en la DA 2.7 LCSP.

ATRIBUCIONES DEL SECRETARIO (ART. 19.4 LRJSP)	
Asistir a las reuniones con voz pero sin voto, y con voz y voto si la Secretaría del órgano la ostenta un miembro del mismo.	
Efectuar la convocatoria de las sesiones del órgano por orden del Presidente, así como las citaciones a los miembros del mismo.	

Recibir los actos de comunicación de los miembros con el órgano, sean notificaciones, peticiones de datos, rectificaciones o cualquiera otra clase de escritos de los que deba tener conocimiento.	
Preparar el despacho de los asuntos, redactar y autorizar las actas de las sesiones.	
Expedir certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados.	
Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Secretario.	
Las propias del art. 16.2 LRJSP.	Velar por la legalidad formal y material de las actuaciones.
	Certificar las actuaciones.
	Garantizar que los procedimientos y reglas de constitución y adopción de acuerdos son respetadas.

5.3.- LOS VOCALES DE LA MESA DE CONTRATACIÓN Y SUS ATRIBUCIONES

Los vocales deberán ser un mínimo de tres, habiéndose llegado a afirmar que junto con el Presidente y Secretario de la Mesa, hacen un mínimo de cinco componentes en las EELL (El Derecho, 2018). Los vocales serán los tres siguientes:

- El Secretario o en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico.
- El Interventor o en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de control económico-presupuestario.
- Los que designe el órgano de contratación de entre funcionarios de carrera al servicio de la Corporación, laborales al servicio de la Corporación o miembros electos de la Corporación con una limitación para este último supuesto de un tercio del total de miembros.

La LCSP ha supuesto una ruptura con razonamientos que habían venido estableciéndose para otro tipo de órganos colegiados como son los órganos de selección, en los que no se permite la participación de personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual (art. 60.2 TREBEP).

Cabe destacar que no se permite que el personal eventual (art. 12 TREBEP) forme parte de las Mesas ni emita informes de valoración de ofertas. Por el contrario, se permiten los funcionarios interinos cuando se acredite en un expediente la inexistencia de funcionarios de carrera suficientemente cualificados (art. 326.5 y DA 2.7 LCSP).

Para el supuesto de EELL municipales, mancomunidades y consorcios locales, la Ley ha permitido también la existencia en la Mesa, de personal al servicio de Diputaciones Provinciales o Comunidades Autónomas uniprovinciales.

ATRIBUCIONES DE LOS VOCALES (ART. 19.3 LRJSP)
Recibir, con una antelación mínima de dos días, la convocatoria conteniendo el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros en igual plazo.
Participar en los debates de las sesiones.
Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican. No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros natos de órganos colegiados, en virtud del cargo que desempeñan.
Formular ruegos y preguntas.
Obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas.
Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.

5.4.- OTROS ASISTENTES: ASESORES, INVITADOS Y PÚBLICO

Amparándose principalmente en la transparencia, se ha planteado si pueden asistir a las sesiones de la Mesa otras personas distintas de sus miembros: presidente, secretario y vocales. Este planteamiento origina problemas novedosos para el Derecho administrativo, siendo el principal de ellos, la determinación de cuáles sean sus derechos y obligaciones. Se dan fundamentalmente tres posibilidades de asistencia como no miembro:

- Asesores técnicos o expertos independientes: en este supuesto la normativa sí ha recogido que la Mesa pueda solicitar su asesoramiento cuando dispongan de conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato. Esta asistencia debe ser autorizada por el órgano de contratación y reflejada expresamente en el expediente, acreditándose su identidad, formación y experiencia profesional (art. 326.5 LCSP). A este respecto, son interesantes los razonamientos de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la independencia que han de poseer estos asesores o expertos (Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, 2018).
- Invitados: en respuesta a una consulta efectuada por el Ayuntamiento de Murcia acerca de si los representantes de los diferentes grupos políticos podían asistir a la Mesa en condición de invitados, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha señalado que *"la figura de los invitados a la Mesa de Contratación no está prevista en la normativa de contratación pública, de manera que a los actos de la Mesa de Contratación que no sean públicos no podrán asistir más que aquellas personas expresamente previstas por la normativa contractual", recordando igualmente y de manera acertada que "la Mesa es un órgano de asistencia al órgano de contratación y no un órgano político"* (Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, 2018).
- Público: a sensu contrario, cualquiera podrá asistir a aquellos actos de la Mesa que sean públicos.

6.- REGLAS DE FUNCIONAMIENTO DE LA MESA DE CONTRATACIÓN

6.1.- CONVOCATORIA DE LAS SESIONES DE LA MESA DE CONTRATACIÓN

En cuanto al régimen de convocatorias del órgano colegiado habrá que estar a lo que dispongan sus normas de funcionamiento y si no existen, el órgano podrá dotarse de su régimen propio. La convocatoria tendrá el siguiente contenido (art. 17.3 LRJSP):

- Orden del día.
- En caso de ser posible, documentación necesaria para la deliberación.
- Condiciones en las que se va a celebrar la sesión.
- Sistema de conexión.
- Los lugares en que estén disponibles los medios técnicos necesarios para asistir y participar en la reunión.

En otro orden de ideas, cuando estuvieran reunidos todos los miembros del órgano colegiado, podrán constituirse válidamente como órgano colegiado para la celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de acuerdos sin necesidad de convocatoria previa cuando así lo decidan todos sus miembros (art. 17.2 LRJSP).

6.2.- NORMAS DE CONSTITUCIÓN

Para la válida constitución de la Mesa deberán estar presentes la mayoría absoluta de sus miembros, y, en todo caso, el presidente, el secretario y los dos vocales que tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano (art. 21.7 del RDDP). Se ha recogido una excepción para los procedimientos abiertos simplificados del art. 159 LCSP en los que únicamente será necesaria la asistencia del presidente, el secretario, un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un funcionario que tenga atribuidas las funciones relativas a su control económico-presupuestario (art. 326.6 LCSP).

Salvo que un reglamento interno indique lo contrario, todos los órganos colegiados se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia. La posibilidad de establecimiento de sesiones a distancia constituye una novedad en nuestro Derecho administrativo, ya que viene a romper la unidad espacial de la sesión. En estas sesiones a distancia, los miembros del órgano se encontrarán en diferentes lugares pero deberá asegurarse a través de medios electrónicos (art. 17.1 LRJSP):

- Identidad de los miembros.
- El contenido de sus manifestaciones.
- El momento en el que se produzcan sus manifestaciones.
- Interactividad e intercomunicación entre los miembros en tiempo real.
- Disponibilidad de los medios durante la sesión.

En el sector privado los sistemas de telepresencia han sido acogidos con gran aceptación en los últimos tiempos como sistemas de innovación tecnológica que han implicado grandes reducciones de costes

empresariales (Escribano & Arrieta, 2012), por lo que es de esperar que produzcan igualmente beneficios en el sector público.

6.3.- RÉGIMEN DE SESIONES

Como regla general, únicamente se admite la deliberación o acuerdo sobre los asuntos que hayan sido incluidos en el orden del día de la sesión. Esta regla se excepciona para el supuesto de asistencia de todos los miembros del órgano colegiado a la sesión, en la que se declare urgente algún asunto por voto de la mayoría (art. 17.4 LRJSP).

Los miembros del órgano con derecho a voto podrán votar sí, no, o abstención, alcanzándose los acuerdos por mayoría de votos (art. 17.5 LRJSP). Cuando los miembros del órgano voten no o abstención, quedarán exentos de la responsabilidad que pueda derivarse de la adopción del acuerdo (art. 17.6 LRJSP).

Cuando alguien acredite la titularidad de un interés legítimo, podrá dirigirse al Secretario del órgano para que le expida una certificación de los acuerdos de la sesión. Esta certificación será expedida por medios electrónicos, salvo que el interesado manifieste expresamente lo contrario y no tenga obligación de relacionarse con las Administraciones por esta vía (art. 17.7 LRJSP).

6.4.- ACTAS

Resulta preceptivo que de cada sesión, se levante un acta que tendrá el siguiente contenido mínimo:

- Asistentes.
- Orden del día de la reunión.
- Circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado.
- Puntos principales de las deliberaciones.
- Contenido de los acuerdos adoptados.

En caso de producirse la grabación de la sesión, la Ley permite un acta en el que no consten los puntos principales de las deliberaciones, siempre que se acompañe: el fichero con la grabación, certificación expedida por el Secretario sobre su autenticidad e integridad, y cuantos demás documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión (art. 18.1 LRJSP).

El acta podrá aprobarse en la misma o en la siguiente reunión del órgano colegiado. La aprobación del acta en la siguiente sesión ha sido la práctica habitual, siendo ordinario que se fijase como primer punto del orden del día, la aprobación del acta de la sesión anterior. Para ello, el Secretario elaborará el acta de la sesión y lo remitirá electrónicamente a los miembros del órgano colegiado, quienes de forma electrónica podrán dar su conformidad o reparar el texto. En caso de conformidad, se entenderá que fue aprobada en la misma reunión (art. 18.2 LRJSP).

7.- PROPUESTAS DE MEJORA.

Doctrinalmente, se han venido señalado varias propuestas de mejora para las Mesas de contratación que han ido desde reivindicar su presencia en la contratación menor hasta reclamar que se mantenga su existencia mientras dure la vida del contrato (Cantera Cuartango, 2012). Sería atrevido realizar críticas a una Ley tan reciente cuyo resultado únicamente mostrará el tiempo, lo que no impide sin embargo, que puedan atisbarse ya algunos problemas que deberán resolverse en los años venideros.

El principal trabajo que se encuentra aún pendiente de realización es elaborar un reglamento de contratación que desarrolle la LCSP. Este reglamento deberá abordar entre diferentes cuestiones, la regulación pormenorizada de las Mesas. Para ello, las labores de desarrollo normativo deberán realizarse buscando tres notas: unidad, coherencia y plenitud (Navarro Aznar, 1999):

- Unidad: debe tenderse hacia la unidad de la regulación de las Mesas pues no resulta muy ortodoxo que para encontrar la regulación de este tipo de órganos, se deba acudir a numerosos preceptos de varios textos normativos.
- Coherencia: difícilmente podrá mantenerse la coherencia en la regulación de las Mesas mientras los reglamentos de desarrollo de la LCSP sean cronológicamente anteriores a la misma. Esta incoherencia amenaza con volverse cada vez más compleja en el ámbito local, dado el carácter básico y no básico que presentan tanto la LCSP como la LRJSP.
- Plenitud: gran parte de la regulación de las Mesas requiere acudir a la normativa supletoria sobre órganos colegiados. No parece razonable que con tres directivas, una ley y varios reglamentos de contratación, se tenga que acudir a la LRJSP para encontrar parcialmente su regulación.

No puede cerrarse este epígrafe relativo a mejoras, haciendo referencia simplemente al ámbito de lo jurídico y sin mencionar la gran contribución que está suponiendo en la gestión de la contratación pública para las EELL, una herramienta informática del Ministerio de Hacienda como es la PLACSP (art. 347.3 LCSP). Es ya una realidad que el Derecho administrativo de la contratación pública tiene una doble naturaleza tecnológica y jurídica, por lo que a cualquier mejora que el regulador adopte en el ámbito de lo jurídico, deberá seguirle otra mejora en el ámbito de la correspondiente plataforma electrónica.

BIBLIOGRAFÍA

- Cadenas García, M. I., Bueyo Díez Jalón, M., Fernández Castilla, R., Frías Rivera, R., García Malsipica, S., Izquierdo Pérez , S., . . . Rodríguez Natal , M. (2018). *Memento Práctico de Contratación Pública Abogacía del Estado*. Madrid: Francis Lefebvre.
- Cantera Cuartango, J. M. (2012). La Mesa de Contratación: un instrumento de control financiero, del gasto público y de legalidad en tiempos de crisis económica. *Auditoría Pública*(58), 51-60.
- El Derecho. (28 de mayo de 2018). *Comentario: dificultades para la composición de la Mesa de contratación en un municipio de 250 habitantes.* Recuperado el 20 de diciembre de 2018, de Elderecho.com: https://elderecho.com/dificultades-para-la-composicion-de-la-mesa-de-contratacion-en-un-municipio-de-250-habitantes
- Escribano, G., & Arrieta, E. (18 de octubre de 2012). Adiós viajes, bienvenida videoconferencia *"low cost". Expansión.*
- González Navarro, F., & González Pérez, J. (2007). *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.* Cizur: Aranzadi.
- González Pérez, J. (2014). *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas.* Cizur Menor: Aranzadi.
- Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. (2018). *Informe 12/2018, de 30 de mayo, sobre composición de las mesas de contratación.* Cualificación mínima exigible a sus integrantes.
- Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. (2018). *Expediente 3/2018. Composición de las mesas de contratación.*
- Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. (2018). Expediente 62/2018. *Asistencia a la Mesa de Contratación de las Entidades Locales.*

- Navarro Aznar, F. (1999). El ordenamiento jurídico. Sus notas o caracteres. La unidad. La coherencia y plenitud del ordenamiento. En F. Puy Muñoz, Á. López Moreno, F. Carpintero Benítez, M. Marín Castán, Martínez-Sicluna y Sepúlveda, F. Navarro Aznar, . . . C. Roldán Álvarez, *Manual de Teoría del Derecho* (págs. 185-201). Madrid: Colex.
- Sánchez Moretón, F. (2010). Notas sobre la naturaleza, composición y funciones de las Mesas de contratación de las Entidades Locales, así como otros órganos complementarios de las mismas. *Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*(15-16), 2385-2411.
- Villarejo Galende, H., & Calonge Velázquez, A. (septiembre de 2018). Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Revista Jurídica de Castilla y León*(46), 7-64

Capítulo III

EL CONTRATO MENOR COMO RIESGO PARA LA ELUSIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LIBRE CONCURRENCIA, TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD

1.- UNA TRADICIONAL AMENAZA PARA LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El celebérrimo contrato menor no ha traído más que quebraderos de cabeza para los gestores públicos desde la entrada en vigor de la LCSP. La desafortunada penumbra de la nueva norma en torno a esta figura ha obligado a interpretar el art. 118 LCSP, generando incertidumbre e inseguridad jurídica. Así lo demuestran los contradictorios informes de las distintas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y los innumerables artículos y opiniones doctrinales escritos al respecto. Esta situación ha conllevado cierta paralización de la actividad contractual de las Administraciones Públicas por miedo a errar en su actuar ante la complejidad de una Ley de casi 350 artículos y 54 Disposiciones adicionales.

En lo que tradicionalmente ha habido consenso es en la amenaza que ha supuesto el contrato menor hacia el cumplimiento de los principios de la contratación pública de libre concurrencia, transparencia e integridad.

La existencia en la legislación española de un procedimiento excepcional como lo es el contrato menor, pone en entredicho los principios generales de la contratación en tanto que:

- Carece de publicidad por lo que limita la libertad de acceso a los procedimientos de contratación de potenciales licitadores.
- Restringe la libre competencia y la igualdad de trato entre operadores económicos. Lo cuál

afecta a la inaplicación del principio de transparencia, que tiene como objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora[2].

- La falta de transparencia real afecta a la merma de eficacia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos y al principio de buena administración.

El Derecho comunitario de la contratación pública no reconoce expresamente la figura del contrato menor. El Consejo de la Unión Europea advirtió ya en 2016[3] que en España existía una utilización abusiva de las adjudicaciones directas, teniendo como referencia la calificación realizada por el TJUE de la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la *"infracción más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos"*[4].

De la Comunicación de la Comisión Europea de 23 de junio de 2006[5], puede extraerse que las Directivas sobre contratación pública sólo son de aplicación a aquellos contratos que tengan "interés transfronterizo" o que guarden suficiente relación con el funcionamiento del mercado interior. No obstante matiza que las normas y principios del Tratado CE deben respetarse en todas las adjudicaciones de contratos públicos de las entidades adjudicadoras.

A pesar de que los contratos menores no gozan por definición de dicho interés transfronterizo, esto no justifica una interpretación extensiva que generalice su uso de manera abusiva e impropia[6]. La Comunicación de la Comisión señala una serie de pautas a seguir en aquellos contratos no cubiertos por las directivas de contratación. Tienen como finalidad potenciar la configuración de todos los procedimientos de licitación con base en el respeto de los principios de igualdad, no discriminación y transparencia.

Entre algunas de estas pautas:

1. Describir de manera no discriminatoria el objeto del contrato;
2. Facilitar la igualdad de acceso para los operadores de todos los Estados miembros (dando publicidad adecuada a la licitación a través de los Perfiles de Contratante y promoviendo el reconocimiento mutuo de títulos, certificados y otros diplomas);
3. Plantear de manera transparente y objetiva el procedimiento para permitir a cualquier potencial licitador presentar su oferta, estableciendo plazos adecuados al efecto;
4. Dar publicidad a la adjudicación y la motivación de la misma para posibilitar el recurso frente a la misma.

El problema de inaplicación de los principios generales de la contratación se produce con el indebido uso de la figura del contrato menor.

El fraccionamiento ilícito del objeto del contrato para eludir los límites legales, sobrepasar los umbrales cuantitativos establecidos, la aprobación del gasto anterior a la retención del crédito presupuestario o la existencia de facturas datadas en fecha anterior a la aprobación del gasto son entre otras, algunas de las actuaciones que han dado lugar a la propagación de mediáticos casos de corrupción *(trama Gürtel, caso Palau, operación Pokemon, caso Púnica entre otros)*[7] y de irregularidades administrativas de las que se extrae que la forma en que se ha utilizado el contrato menor en los últimos años ha incidido negativamente

2 Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 111.

3 Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, COM/2016/0518, Considerando 14, y artículo I.6.

4 Sentencia del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, C-26/03, apartado 37.

5 Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 23 de junio de 2006, sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas de Contratación pública, (2006/C 179/2), publicada en el DOUE el 1 de agosto de 2016.

6 CARRODEGUAS MÉNDEZ. R. "Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público", en REALA. Nueva época, Nº 10, Octubre 2018, p. 62

7 CARRODEGUAS MÉNDEZ. R. "Análisis de la nueva regulación del contrato menor…", cit.,p.59.

en los principios de transparencia, eficiencia e integridad.

No obstante, la adjudicación directa por numerosa que sea no tiene porque estar necesariamente ligada a la corrupción y a la quiebra de los principios de integridad en la gestión pública, buena administración, transparencia y libre concurrencia.

Los últimos estudios doctrinales señalan que el problema reside en la forma de utilizar el contrato menor (de manera repetitiva, abusiva y generalizada) y no tanto del propio procedimiento en sí. De hecho si se usa adecuadamente, es un procedimiento sencillo, eficiente y eficaz que posibilita una vía ágil para la satisfacción de las necesidades de las Administraciones, en especial para las entidades locales de reducido dimensionamiento. En España de los 8.124 municipios que componen la planta municipal, 1.364 tienen menos de 100 habitantes[8], 4.998 municipios menos de 1.000 habitantes y 2.371 menos de 10.000 habitantes, suponiendo el contrato menor para estas pequeñas organizaciones una herramienta operativa y resolutiva dados los medios personales y materiales de los que disponen en la actualidad.

2.- NUEVOS LÍMITES AL CONTRATO MENOR A FAVOR DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

A pesar de sus bondades desde el punto de vista operativo, el nuevo régimen jurídico del contrato menor introducido por la LCSP, establece una regulación más restrictiva en tanto que incorpora limitaciones relativas a que un mismo contratista pueda suscribir más contratos menores que superen (individual o conjuntamente) los umbrales máximos, rebaja estas cuantías e incluye nuevos requisitos procedimentales y obligaciones en materia de publicidad. El cambio se realiza con afán de minorar las irregularidades administrativas que rodean a la adjudicación directa, que acaban por desviar el servicio del interés general.

Limitaciones o incompatibilidades del art. 118 LCSP. Estas limitaciones han generado dudas interpretativas, que se reflejan de modo esquemático en el siguiente cuadro[9]:

NUEVAS LIMITACIONES O INCOMPATIBILIDADES DEL ART. 118 LCSP	
UMBRAL ECONÓMICO	Contratos de valor estimado inferior a: **40.000 euros**, cuando se trate de contratos de obras **15.000 euros**, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios
TIPO DE CONTRATO	Prestación concreta (JCCAE Informes 41/17, 42/17, 5/18)
	Objeto típico (JCC Aragón Informe 1/18, JCC Madrid Informe 1/2018, JCC Cataluña Informe 1/2018)

8 CARRODEGUAS MÉNDEZ. R. "Análisis de la nueva regulación del contrato menor…", cit.,p. págs. 76 y 77.

9 ALMONCID LAMELAS, V., 26 de octubre de 2017, "Los contratos menores en la nueva LCSP (tramitación y relaciones con la Ley de transparencia)" en Blog Oficial de Víctor Almoncid, Nosoloaytos, https://nosoloaytos.wordpress.com/2017/10/26/los-contratos-menores-en-la-nueva-lcsp-tramitacion-y-relaciones-con-ley-de-transparencia/

TEMPORAL	Ejercicio presupuestario (JCC Aragón Informe 3/18 de 13 de febrero, JCC Madrid Informe 1/2018, JCC Galicia Informe1/2018, JCC Cataluña 1/2018, JCC Euskadi 1/2018)
	Fecha emisión factura (JCCE Informes 41/17, 42/17, 5/18)
ÓRGANO DE CONTRATACIÓN	Cada órgano de contratación (JCC Aragón Informe 3/18, JCC Madrid Informe 1/2018)
	Cada órgano o unidad con competencia para contratar por separado (sea propia o delegada) (JCC Galicia Informe 1/2018)

Incorporación de requisitos procedimentales. A los requisitos ya existentes de la necesaria constancia de la correspondiente aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura, se añaden los siguientes:

NUEVOS REQUISITOS PROCEDIMENTALES	CONTENIDO MÍNIMO
A.- Informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato (arts.28 y 118.1 LCSP)	Naturaleza y extensión de las necesidades a satisfacer. • No deben ser necesidades recurrentes, o continuadas en el tiempo. • Escasa cuantía y duración. Idoneidad del objeto y contenido del contrato para satisfacerlas.
B.- Informe del órgano de contratación justificando que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación (arts. 99.2 y 118.3 LCSP)	Que no se está disminuyendo la cuantía con tal de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Que se respeta el principio de completitud del objeto del contrato y su necesaria vinculación con las necesidades públicas a satisfacer.
C.- Informe del órgano de contratación justificando que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los 40.000 euros en el supuesto de obras o de 15.000 euros cuando se trate de suministro o de servicios. (art. 118.3 LCSP)	Diferencia de criterio en cuanto al contenido mínimo, que varía en función de la interpretación de las incompatibilidades del art. 118 LCSP: • **Ámbito objetivo:** (Prestación concreta / Objeto típico) • **Ámbito subjetivo:** (O.C. / Unidad con competencia para contratar) • **Ámbito temporal:** (Ejercicio presupuestario / Fecha emisión factura)

Novedades en materia de publicidad y transparencia:

Ya era obligatorio, con anterioridad a la LCSP (vía art. 8.1.a) LTGB) publicar el objeto, el importe de adjudicación, incluido el IVA y el de licitación, la duración, el procedimiento seleccionado, el número de candidatos o licitadores, la identidad del adjudicatario y las modificaciones de todos los contratos, incluidos los menores. Pero es cierto que la LCSP exceptúa lo anterior al excluir de la publicación aquellos contratos con valor estimado inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado fuera el de anticipo de caja fija u otro similar para realizar pagos menores.

Con la nueva Ley, la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá hacerse al menos trimestralmente, entendiendo este umbral como mínimo, pudiendo establecer una menor periodicidad, y además deberá realizarse ordenando los contratos por identidad del adjudicatario (art. 63.3 LCSP).

Tampoco deben dejarse de lado las exigencias de comunicar al Registro Oficial de Contratos del Sector Público y al Tribunal de Cuentas los contratos menores realizados (Arts. 346 y 335.1 LCSP). En ambos casos se exceptúan aquellos contratos cuyo importe sea inferior a 5.000 euros IVA incluido, cuando el sistema de pago sea anticipo de caja fija o similar.

3.- ¿CÓMO REACCIONAR ANTE EL CAMBIO? ¿CÓMO CUMPLIR CON LOS NUEVOS LÍMITES DE LA LCSP?

Es cierto que en la actualidad la mayoría de municipios españoles se caracterizan por ser pequeños y de escasa población. Los medios y recursos disponibles son limitados a la hora de hacer frente a una norma tan compleja como la LCSP. Aun así, debe hacerse un esfuerzo por mantener la calma e intentar sacarle el máximo potencial a esos recursos. Hemos de perder el miedo al cambio y no oponer resistencia al mismo. Existen herramientas al alcance de nuestra mano que servirán de ayuda para llevar a cabo la adecuada implantación de la Ley.

3.1.- ALTERNATIVAS PROCEDIMENTALES EN LA LCSP

En primer lugar deben tenerse en cuenta los procedimientos que facilita la Ley de Contratos y que permiten evitar la aplicación de los límites cumulativos del art. 118, como son:

- Procedimiento abierto simplificado (art. 159 LCSP)
- Procedimiento abierto simplificado – abreviado (art. 159.6 LCSP)
- Racionalización técnica de la contratación (arts. 218 y ss. LCSP)
- Acuerdos Marco, Sistemas dinámicos de adquisición, adhesión a centrales de contratación (Estatal, Autonómicas, EELL, FEMP y otras asociaciones D.A. 3ª 10º LCSP).

3.2.- PLANIFICACIÓN

Para poder hacer buen uso de estas herramientas y canalizar lo que con anterioridad seguía tramitación de contrato menor hacia procedimientos ordinarios, es imprescindible una buena planificación y gestión de las necesidades de contratación.

La planificación dependerá de las características de la entidad concreta, pero será muy útil para poner en conexión todas las políticas públicas que pretenden llevarse a cabo en la organización y facilitará la gestión de los recursos en términos de calidad, eficacia y eficiencia.

Los principios de buen gobierno y buena administración son herramientas de prevención de la corrupción[10] y además fundamentales para alcanzar un previo conocimiento de las necesidades que se pretenden satisfacer. Esta información nos permitirá realizar un análisis de la situación y diseñar en consonancia los procedimientos de licitación que más se adecuen a la provisión de bienes y servicios demandados por los ciudadanos de nuestra entidad.

En este sentido, conviene recordar que cuando se detecte que una prestación determinada y definida es recurrente y continuada en el tiempo y no varía de forma sustancial, debe encauzarse hacia los procedimientos de contratación ordinarios. Así se hará efectivo el carácter residual del contrato menor como herramienta para necesidades de escasa cuantía y duración temporal.

3.3.- ADAPTAR LAS BASES DE EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO

Una de las alternativas a las que acudir tras un análisis de la situación de la entidad, puede llegar a ser recurrir a las Bases de Ejecución del Presupuesto[11]. Haciendo uso de la facultad establecida por el art. 165.1 TRLRHL podemos fomentar la utilización de procedimientos que garantizan el cumplimiento de los principios generales de la contratación.

A través de estas Bases se pueden adaptar las disposiciones generales en materia presupuestaria para mejorar la realización de los gastos de nuestra entidad. Con base a ello y en función de los límites establecidos por cada administración para los pagos por anticipo de caja fija o sistema similares, se podría exigir por ejemplo:

- Que los contratos cuyas cuantías oscilen entre los límites cuantitativos del art. 118 LCSP y el límite de pago por anticipo de caja fija (5.000€ o 6.000€) deberán tramitarse conforme un procedimiento de adjudicación que asegure el cumplimiento de los principios generales. Este procedimiento podría configurarse de distintas formas:

Por ejemplo exigir que la licitación se publicite adecuadamente a través del perfil del contratante, así como la adjudicación; Solicitar ofertas o presupuestos a varias empresas o permitir acceso público de potenciales licitadores a la información relativa a la licitación, facilitando la presentación de ofertas.

- Que los contratos cuyas cuantías sean inferiores al límite de pago por anticipo de caja fija se tramiten solicitando varios presupuestos u ofertas de las que se deje constancia documental en el expediente.

3.4.- UTILIZAR UN GESTOR DE EXPEDIENTES

Otra alternativa al alcance de muchas entidades, puede ser el uso de soluciones tecnológicas para gestionar los expedientes. De este modo la tramitación de la contratación menor es más ágil, transparente y segura. Pero también sirve para aumentar el control y seguimiento de los mismos, incrementando así la capacidad de los gestores para dar cumplimiento a las exigencias de la LCSP.

Los pasos que sigue la tramitación de un contrato menor pueden traducirse en un flujo de documentos (*Workflow* o *Business Process Management Systems*) independientemente de las características de la entidad. Ahora bien, la secuencia de acciones será más o menos compleja en función de las especialidades de gestión internas pero siempre intervendrán una pluralidad de actores, de distintos departamentos o

10 CAMPOS ACUÑA, C., 8 de diciembre de 2018, "Contra la corrupción, buen gobierno y buena administración", Mundodiario, https://www.mundiario.com/articulo/politica/corrupcion-buen-gobierno-buena-administracion/20181208200151140154.html

11 YAÑEZ SÁNCHEZ, G. (19 de mayo de 2009), "Como se podrían gestionar los contratos menores (I)", Blog esPublico, https://www.administracionpublica.com/como-se-podrian-gestionar-los-contratos-menores-i/#

áreas, que realizan diversos tramites que se reflejan en documentos con sus correspondientes firmas[12].

De otro lado, buscar la integración de estas soluciones de flujo de trabajo con bases de datos, oficinas de asistencia en materia de registros y firma electrónica resulta inicialmente complejo, pero es el camino a seguir para implementar adecuadamente la normativa de procedimiento administrativo vigente y agilizar efectivamente los trámites burocráticos.

3.5.- ANUNCIAR LA LICITACIÓN EN EL PERFIL DEL CONTRATANTE

A pesar de que la normativa vigente no obliga a que publiquemos los contratos menores (tan sólo un extracto de información al menos trimestralmente de conformidad con el art. 63.4 LCSP), es una práctica más que recomendable.

Si queremos que exista una transparencia real, debemos permitir que cualquier potencial licitador tenga acceso a la información sobre la tramitación de los distintos procedimientos de adjudicación que llevan a cabo las EELL, ya que de lo contrario difícilmente habrá efectiva concurrencia[13]. En este sentido el "Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pyme a los contratos públicos"[14] aconseja la publicación de las licitaciones en Internet para garantizar efectiva transparencia y concurrencia en la contratación pública.

La Plataforma de Contratos del Sector Público es una herramienta disponible para todas las entidades que puede resultar altamente útil. A través de esta Plataforma, que fomenta la uniformidad jurídica de los sistemas de publicidad, podemos publicar cualquier información relativa a la contratación menor de manera accesible y segura.

Además de dar mayor difusión a la información, facilita la interacción de los operadores económicos con la Administración a través de un portal único en el que pueden descargar documentos, conocer los detalles de la licitación con anterioridad suficiente para estudiar la conveniencia de la presentación de la oferta, etc...

Procede recordar que la publicación a través de la Plataforma de Contratos del Sector Público puede realizarse bien directamente, bien por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación en el caso de contar con sus propios servicios de información, o Plataformas privadas. En todo caso deberá, al menos:

- Contar con un dispositivo de sellado de tiempo, que permita acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de la información que se incluya en la misma (art. 347.4 LCSP)
- Publicar la información en estándares abiertos y reutilizables (art. 347.8 LCSP).
- Permitir que documentos electrónicos puedan ser autenticados mediante firma electrónica reconocida (art. 26 LPAC)
- Disponer de un sistema de notificación telemática que permita acreditar la fecha y hora en que se produzcan la recepción de la notificación en la dirección electrónica habilitada y el acceso de éste al contenido del mensaje.

En definitiva, el contrato menor debe ser una figura a la que acudir de manera residual. Debemos armonizar la simplificación de la contratación de las EELL con el cumplimiento de los principios generales de la contratación pública de libre concurrencia, igualdad, no discriminación y transparencia.

---

12 YAÑEZ SÁNCHEZ, G. (21 de mayo de 2009), "Como se podrían gestionar los contratos menores (II)", Blog esPublico, https://www.administracionpublica.com/como-se-podrian-gestionar-los-contratos-menores-ii/#

13 GIMENO FELIÚ, J.M. (12 de mayo de 2014), "La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia, en Observatorio de Contratación Pública", http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.153/relcategoria.121/relmenu.3/chk.577429fa7149b11b2d930ebe5b579d9f

14 Comisión de las Comunidades Europeas, 25.de junio de 2008, Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, Bruselas, SEC (2008) 2193.

Para lograr este objetivo, la tecnología es una herramienta al alcance de todos que permite optimizar recursos y gestionar procedimientos de manera eficiente, eficaz, ágil y segura. Además tendremos que analizar nuestra Entidad y realizar las adaptaciones organizativas o estructurales que procedan para canalizar lo que venía tramitándose como contrato menor, hacia procedimientos con mayores garantías de publicidad y concurrencia.

Capítulo IV

EL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO Y SUPERSIMPLIFIADO COMO HERRAMIENTA AL SERVICIO DE LA LIBRE CONCURRENCIA Y LA EFICACIA.

1.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La LCSP introduce dos nuevos procedimientos con la finalidad de simplificar la tramitación de los procedimientos de licitación, pero manteniendo las garantías de transparencia, y libre concurrencia. La constatación de la utilización excesiva de la adjudicación directa, bien a través del contrato menor, o bien a través del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, por parte de los OCEX así como de distintos informes de la Unión Europea, ha determinado una reacción en la nueva LCSP, pues como señalaba el Consejo de Estadoen el Informe 1116/2015 al anteproyecto de LCSP pone de relieve que el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía en la práctica constituyó el 42% de las adjudicaciones que figuran en la PLACE..

Se suprime así la posibilidad de adjudicar directamente un contrato mediante procedimiento negociado por razón de la cuantía y se limita con una voluntad clara de minimizar su utilización, el contrato menor, de un lado mediante la reducción de sus umbrales y de otro mediante el establecimiento de la regla de incompatibilidad que deberá ser justificada en el expediente de conformidad con lo establecido en el art. 118.3 LCSP.

Esta nueva circunstancia exige atender las necesidades de contratación ágil y eficaz, manteniendo a su vez las garantías de los principios de libre concurrencia, transparencia e igualdad en la licitación. Dejando a un lado la incertidumbre sobre la interpretación del alcance que deba darse a la regla de incompatibilidad del contrato menor que han propiciado interpretaciones dispares del art. 118.3 de la LCSP, lo cierto es que el punto de partida no es ni puede ser el de intentar ampliar o reducir mediante mecanismos más o menos alambicados la tan meritada regla de incompatibilidad al caso concreto, sino de explorar el resto de mecanismos que la LCSP ofrece para lograr satisfacer las necesidades admisibles que se cubrían con el contrato menor en su configuración en el TRLCSP, como son la atención ágil a las necesidades de contratación de pequeña cuantía, respecto de las cuales no está justificada la tramitación de un procedimiento que ocasiones puede resultar complejo como el procedimiento abierto o el restringido.

Debe advertirse que no cabe tratar de justificar o de utilizar la figura del contrato menor, con la finalidad de favorecer el comercio o mercado local, para lo cual pueden utilizarse otras fórmulas de acción administrativa, como las técnicas de fomento, puesto que por muy loable que pueda ser la intención, ello supone cerrar el mercado en el ámbito concreto geográfico de que se trate. No cabe por tanto, a través de la contratación menor, introducir o establecer una suerte de elementos de arraigo territorial en la contratación pública, que los Tribunales de recursos contractuales han anulado sistemáticamente, cabe citar por su interés la RTACRC 103/2015, 30 de enero, entre otras muchas.

Tampoco con la finalidad de seleccionar el contratista deseado por motivos subjetivos por ejemplo en el caso de los festejos municipales, sobre los que volveremos más adelante, puesto que para atender a este tipo de motivaciones existen también procedimientos específicos, como en su caso pudiera ser un negociado sin publicidad por razones de exclusividad.

Esta restricción por otro lado también opera en aquellos municipios en que bien por normativa aplicable, como en el caso de la Ley 3/2011, de 24 de febrero de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón, o la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio de Contratos Público de Navarra, o por instrucciones internas, prevén para este tipo de contratos menores no la adjudicación directa, sino la solicitud de tres ofertas, tal y como se indica en la Recomendación de 28 de febrero de 2018, de la JCCPE.

Junto con la posibilidad de acudir a técnicas de racionalización de la compra pública, para suplir la utilización del contrato menor, como pueden ser el Acuerdo Marco o los Sistemas Dinámicos de Adquisición, la LCSP nos ofrece dos nuevos procedimientos, que constituyen variantes sumarias del procedimiento abierto, por razón de la cuantía: el procedimiento abierto simplificado (art. 159) y el supersimplificado o simplificadísimo (art. 159.4).

Como decíamos al principio, la elección de los procedimientos a utilizar debe realizarse teniendo en cuenta el tipo de contrato que pretendemos obtener y su objeto. De esta forma, teniendo en cuenta el objetivo de cohonestar rapidez y simplicidad en su tramitación con el resto de las exigencias de la normativa en materia de contratación pública, en concreto la finalidad de selección de la oferta con la mejor relación calidad-precio, este tipo de procedimientos no deben considerarse únicamente como procedimientos a utilizar por razón de la escasa cuantía del VEC del contrato, sino que aún debe delimitarse su utilización desde el punto de vista negativo:

- Solo pueden ser utilizados en las tipologías contractuales de obras, servicios y suministros, lógicamente, excluyendo otros contratos como las concesiones en sus modalidades de obras o servicios o de asociación para la innovación.
- No pueden utilizarse cuando entre los criterios de adjudicación del contrato los haya valorables mediante juicios de valor (subjetivos), o de haberlos si su ponderación supere el 25% del total, salvo en el caso de que se trate de contratos que tengan por objeto prestaciones intelectuales como los servicios de ingeniería o arquitectura, en cuyo caso su ponderación no podrá superar el 45% del total. Esta última mención debe entenderse como una excepción a la regla general del 51% establecida en el artículo 145.4 LCSP, como consecuencia de la especialidad del procedimiento, que solo opera para el procedimiento simplificado, ya que en el caso del simplificadísimo solo cabe su utilización con criterios valorables mediante fórmula o porcentaje, que no cabe identificar únicamente con criterios cuantitativos o de precio, ya que cabe valorar objetivamente otras cuestiones atinentes a la calidad de la prestación. En todo caso parece que encajaría mal con este procedimiento abreviado la necesidad de constituir un comité de expertos para la valoración de las ofertas, como sería necesario en el caso de que los criterios subjetivos fueran del 51%.

En cuanto a qué debe entenderse por PRESTACIONES INTELECTUALES cuyo tratamiento tanto en art. 159.1 como en el 145. 3.g) no es de numerus clasusus, para su interpretación se pueden manejar los considerandos 67 y 94 de la Directiva 2014/24/UE, en tanto al menos en un aspecto concretan el contenido de estos preceptos y es que por lo general en las actividades de tipo intelectual las prestaciones no tienen la característica de poder ser perfectamente definidas técnicamente. En concreto advierte el segundo que *"Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización,*

la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura."

Como lógica consecuencia de ello, el art. 156.2. d) y 6. c) prevé correlativamente que las ofertas deberán presentarse en dos o en un sobre. Respecto de esta cuestión se ha planteado si al hacer la LCSP mención al sobre o al archivo electrónico, ello suponía la posibilidad de seguir presentando ofertas en formato no electrónico (sobre), a lo que únicamente cabe responder negativamente, siendo precisamente en este tipo de procedimientos donde puede estar más indicada si cabe, la tramitación electrónica, teniendo en cuenta que a la mención "sobre" también corresponde el calificativo de electrónico*. En dicho sentido, el artículo 159.2 de la LCSP 2017 que respecto del Procedimiento abierto simplificado señala que "Toda la documentación necesaria para la presentación de la oferta tiene que estar disponible por medios electrónicos desde el día de la publicación del anuncio en dicho perfil de contratante". A su vez, en este procedimiento la Ley establece que se "requerirá a la empresa que ha obtenido la mejor puntuación mediante comunicación electrónica para que constituya la garantía definitiva, así como para que aporte el compromiso al que se refiere el artículo 75.2 y la documentación justificativa de que dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2 y todo ello en el plazo de 7 días hábiles a contar desde el envío de la comunicación".

2.- ELEMENTOS DE SIMPLIFICACIÓN

2.1.- PLAZOS

En lógica relación con el carácter simplificado del procedimiento los plazos que segmentan ambas modalidades de procedimiento abreviado, experimentan distintas reducciones. Es cierto que *prima facie* el recorte de plazos podría suponer una dificultad añadida a las pequeñas empresas o incluso licitadores personas físicas, para preparar las ofertas, es más, dichos procedimientos exigen a estas empresas actuaciones que antes no eran precisas, cuando de contratos menores hablamos, como la propia presentación de la oferta o la acreditación de su capacidad y solvencia. Pero no es menos cierto que precisamente se trata de aunar o hacer posible la contratación transparente, y en libre concurrencia con la necesaria agilidad de los procedimientos.

Dado que el procedimiento abierto simplificadísimo es una variante del simplificado, en aquellos aspectos no regulados específicamente para el procedimiento simplificadísimo, se aplicará la normativa correspondiente al procedimiento simplificado.

P. ABIERTO SIMPLIFICADO	P.ABIERTO SIMPLIFICADISIMO
Presentación ofertas 15 días servicios y suministros o 20 días obras.	Presentación de ofertas 10 días ó 5 días para compras corrientes.
Valoración de criterios subjetivos 7 días	
Justificación temeridad 5 días	Justificación temeridad 5 días
Adjudicación 5 días	Adjudicación 5 días

Por último en relación con los plazos no opera en este tipo de procedimientos la reducción de plazos prevista en el artículo 119.2 b) LCSP para los casos de urgencia.

2.2.- ACREDITACIÓN DE CAPACIDAD Y SOLVENCIA

Uno de los principios recogidos en el artículo 132 de la LCSP como novedad respecto de su antecesor, el art. 139 del TRLCSP, es el de proporcionalidad. Este principio está garantizado ex lege en los procedimientos abreviados previstos en la misma en razón a su escasa cuantía y con objeto de favorecer su participación a las pequeñas y medianas empresas, incluso personas físicas.

- **P. ABIERTO SIMPLIFICADO:** Inscripción necesaria en el ROLECE o correspondiente de las CCAA, + declaración responsable. Este requisito está ya plenamente operativo al haber transcurrido 6 meses desde la entrada en vigor de la LCSP en virtud de su D.T 3, si bien las dificultades operativas para generalizar la inscripción podrían justificar su no exigencia como un supuesto de limitación de la concurrencia.

La posibilidad de que la exigencia de inscripción operase como una restricción a la libre concurrencia hizo que en trámite de enmiendas[15] se añadiese a la misma la expresión "siempre que no se vea limitada la concurrencia", concepto jurídico indeterminado que precisa de su examen y debe entenderse que justificación al caso concreto, para cuyo análisis resulta adecuada la justificación de la enmienda presentada en trámite parlamentario, que centra la propuesta en aquellos sectores, aunque no solo, en los que ya haya pocas o ninguna empresa inscrita en el indicado registro.

- **P. ABIERTO SIMPLIFICADISIMO:** no exige solvencia ni por tanto inscripción en el ROLECE.

2.3.- GARANTÍAS

- **P. ABIERTO SIMPLIFICADO:** no garantía provisional.
- **P. ABIERTO SIMPLIFICADISIMO:** no garantía definitiva.

2.4.- LUGAR DE PRESENTACIÓN

Señala el artículo 156 .4 c) que las ofertas deberán presentarse única y necesariamente en el registro indicado en el anuncio de licitación. Esta exigencia parece contradictoria con las exigencias de tramitación electrónica de todos los procedimientos de licitación que no permiten la presentación ante registros distintos que los registros electrónicos del órgano de contratación.

2.5.- CONCENTRACIÓN DE TRÁMITES EN LA MESA DE CONTRATACIÓN

Esta unidad de acto implica que en un solo acto (no necesariamente una sola sesión aunque normalmente coincidirá), la Mesa excluirá, en su caso, las ofertas que no cumplan los requerimientos del pliego, evaluará

15 Enmiendas 282 GP-ER. *En determinados sectores del mercado, especialmente en los sectores de profesionales o en otros en los que la composición es mayoritariamente de empresarios individuales o autónomos, o para aquellos contratos que no tienen un objeto habitual en la contratación pública, es posible que la mayor parte de los empresarios no estén inscritos en el Registro de Licitadores. Este requisito, obligatorio por tanto, limita injustificadamente la concurrencia y puede conllevar que determinadas tipologías de contrato, que por su importe sería posible que se pujaran por procedimiento simplificado, deban tramitarse por un procedimiento ordinario más largo. Hay pues que preservar la posibilidad de que cuando en un sector determinado haya pocas o ninguna empresa inscrita en el Registro de Licitadores se pueda utilizar también el procedimiento simplificado*

y clasificará las ofertas, realizará la propuesta de adjudicación a favor del candidato con mejor puntuación, comprobará en el ROLECE la información relativa a la capacidad, y solvencia (solo para el procedimiento abierto simplificado) y requerirá a la empresa que ha obtenido la mejor puntuación la constitución de la garantía definitiva (solo para el procedimiento abierto simplificado), así como para que aporte de los compromisos y documentación justificativa necesaria para proceder a la adjudicación del contrato.

3.- GARANTÍAS DE TRANSPARENCIA Y CONCURRENCIA

3.1.- PUBLICIDAD

A diferencia del contrato menor y del procedimiento negociado sin publicidad, este tipo de procedimiento sí que exige la publicidad de la convocatoria de licitación si bien, algo más sencilla que el resto de procedimientos al no exigir publicidad en periódicos oficiales, sino únicamente en el perfil de contratante alojado en la PLACSP. (art. 347.3 LCSP).

3.2.- TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA*.

No distingue la LCSP a la hora de establecer como obligatoria la tramitación electrónica del procedimiento, por lo que aunque se trate de procedimientos especiales, también en las modalidades abreviadas del procedimiento abierto dicha forma de tramitación es obligatoria, si cabe con más motivo si se tiene en cuenta que se trata de agilizar y simplificar la tramitación ordinaria de tal procedimiento, dotándolo a su vez de las garantías de libre concurrencia y transparencia para lo que la tramitación electrónica se revela como un instrumento especialmente apto. Tanto la puesta a disposición de los posibles licitadores de la documentación necesaria para presentar la oferta, como la presentación de la misma en uno o dos sobres, como el requerimiento de aportación de la documentación necesaria para proceder a adjudicar el contrato, aparecen mencionados expresamente en el artículo 159 como de tramitación electrónica, lo que no significa que el resto de comunicaciones o trámites, por ejemplo aclaraciones o subsanaciones de la oferta, pueda hacerse por cualquier otra forma (correos electrónicos o incluso llamadas telefónicas).

Cabe señalar que el artículo 143 LCSP permite también la utilización de la subasta electrónica en este tipo de procedimientos, tal y como se desprende de la utilización del plural cuando se refiere a los procedimientos abiertos.

Capítulo V

EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD. APLICACIÓN RESTRINGIDA Y EXTRAORDINARIA. LOS CONTRATOS ARTÍSTICOS Y LAS RAZONES DE EXCLUSIVIDAD TÉCNICA.

1.- INTRODUCCIÓN: EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO

El procedimiento negociado sin publicidad es un procedimiento de adjudicación de los contratos del sector público en que aquella recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, - lo que exige la tramitación de un expediente de contratación,- tras negociar las condiciones del contrato, sin que nada impida que solo se negocie con un candidato. Pero es precisamente esa falta de licitación en términos estrictos la que determina su carácter extraordinario.

El procedimiento negociado o con negociación, sin publicidad, efectivamente no es en realidad un procedimiento competitivo, por lo tanto en principio constituye una quiebra legalmente establecida del principio de concurrencia y por lo tanto debe ser objeto de una interpretación estricta o restringida ante los supuestos en que concurre. En este sentido la jurisprudencia del TJUE tiene sentado que las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el TFUE deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13).

Este tipo de procedimientos no solo quiebra el principio de concurrencia sino que afecta a la eficiencia de la compra pública elevada a la categoría de principio general de la contratación pública en el art. 1 de la LCSP "Debe tenerse en cuenta que los principios rectores de la contratación pública imponen que los supuestos de aplicación del procedimiento restringido o negociado se interpreten de forma estricta, al objeto de no vulnerar el derecho de los licitadores a participar en condiciones de igualdad en los procedimientos de contratación. Igualmente razones de eficacia económica aconsejan restringir al máximo los casos de adjudicación sin concurrencia puesto que al no existir competencia, la adjudicación puede recaer en una oferta que en un procedimiento abierto no fuese la más ventajosa económicamente". Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 92/2017, de 22 de marzo y 51/2015, de 6 de abril.

2.- ¿QUÉ IMPLICA ESTA APLICACIÓN RESTRINGIDA Y EXTRAORDINARIA?

- Que los supuestos en que procede son tasados, tal y como señala el artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE: *"Los Estados miembros no permitirán el recurso a este procedimiento en ningún*

caso distinto de los contemplados en el artículo 32."no siendo dado a los Estados miembros establecer supuestos distintos a los previstos en las Directivas, ni dotar a los supuestos expresamente previstos por las mismas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento. En este sentido la STJUE C-84/03 Comisión vrs. España, que condena al Reino de España por la inadecuada incorporación al Ordenamiento interno de las Directivas sobre contratación pública del 2004, reitera en su considerando 47 que *"el procedimiento negociado tiene carácter excepcional y sólo debe aplicarse en los casos taxativamente enumerados"*

- Que no cabe la aplicación analógica de supuestos
- Que la carga de la prueba de que realmente concurren los supuestos que permiten su aplicación corresponde a los órganos de contratación y no a eventuales recurrentes. (STJUE C-57/1994. Comisión vr. Italia, de 18 de mayo de 1995. La mera afirmación del carácter complejo y delicado de un conjunto de obras no basta para demostrar que sólo puede encomendarse a un mismo empresario, en particular, cuando las obras se dividen en lotes, cuya realización debe prolongarse durante muchos años. La prueba que ha de realizar el poder adjudicador de que es absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada ha de resultar, además, fehaciente (STJUE de 2 de junio de 2005 C 394/2002, Comisión contra República Helénica).
- Que en caso de duda en la aplicación del supuesto debe concluirse que no procede.
- Que el carácter tasado de los supuestos constituye un elemento conformador esencial del procedimiento que en caso de utilización improcedente no podrá convalidarse, constituyendo un supuesto de nulidad de pleno derecho, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, nulidad de pleno derecho que además opera por vulneración de uno de los principios fundamentales de la compra pública, como es el de libre concurrencia[16].

Además debe tenerse en cuenta que no se trata de un procedimiento de transposición obligatoria, ya que la Directiva 2014/24/UE atribuye a los Estados miembros la posibilidad de recurrir a un procedimiento negociado sin la publicación previa de una convocatoria de licitación, con carácter potestativo.

3.- ALCANCE E INTERPRETACIÓN DE CADA SUPUESTO

Dado que ya hemos enumerado los supuestos de utilización del procedimiento negociado sin publicidad, incidiremos solo en el alcance e interpretación de cada supuesto en los casos de dudas interpretativas.

Dejando a un lado los supuestos de procedimientos negociados por razón de la cuantía que desde la entrada en vigor de la Ley han desaparecido de nuestro ordenamiento[17], la LCSP no introduce nuevos supuestos, sino que reordena los ya establecidos, desapareciendo el supuesto de obras y servicios

16 Acuerdo TACPN 29/2016, de 14 de junio en relación con la adquisición de determinada vacuna. Esta resolución trae a colación el Informe º 35/06 de 30 de octubre JCAA. El informe N. º 2/2016 de 6 de abril de la JCCA Cat... Informe JCCA 11/04, de 7 de junio en el que se indica que el precepto que la prevé (sic 170d) no se refiere a la mera conveniencia u oportunidad de adjudicar el contrato directamente a un empresario, sino que, tajantemente dispone que procederá cuando solo se pueda encomendar a un único licitador. En parecidos términos se expresa el informe 52/06 de 11 de diciembre del mismo organismo. RTCRC 504/2014 de 4 de julio.

17 Sin perjuicio de restricciones previas a su utilización como el Acuerdo del Consejo de Ministros 16 de diciembre de 2016, por el que se instruye a las entidades del sector público estatal para dar publicidad a determinados contratos no sujetos a regulación armonizada en respuesta a la Decisión del Consejo de 2 de agosto de 2016 «por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo» o el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, de la Generalidad de Cataluña (art. 7).

complementarios, al constituirse en casos que permiten la modificación contractual no prevista, conforme al artículo 205.2.a) de la LCSP, siempre que se den los requisitos en él indicados.

3.1.- QUE NO SE HAYA PRESENTADO NINGUNA OFERTA O NINGUNA OFERTA ADECUADA.

Este supuesto que se aplica a todos los contratos (incluyendo concesiones) exige la previa declaración de desierto del contrato. La novedad de la LCSP respecto del TRLCSP radica en la definición de lo que se considera "oferta adecuada", frente a las ofertas irregulares o inaceptables que constituyen supuestos que permiten la tramitación del procedimiento negociado con publicidad. La consideración de inadecuada responde fundamentalmente a supuestos de exclusión de ofertas por incumplimiento o bien de las exigencias técnicas de los pliegos, como por no alcanzar las exigencias de aptitud.

Ahora bien no todo incumplimiento por parte de una oferta que pueda dar lugar al rechazo de la misma, la convierte en inadecuada y por ende justifica la posibilidad de utilización del procedimiento sin publicidad, en la línea que venimos comentando de intentar restringir al máximo los supuestos en que procede. Ciertamente existe cierto solapamiento en las Directivas y por ende en la LCSP por lo que se refiere a los supuestos en que procede el procedimiento negociado sin publicidad (ofertas inadecuadas) o de negociación con publicidad (ofertas irregulares o inaceptables).Siguiendo en este punto a la profesora Isabel Gallego Córcoles[18] solo los casos en que las ofertas incumplan gravemente los pliegos o bien los operadores económicos carezcan de aptitud pueden ser reconducibles a casos de negociación sin publicidad.

Además de la concurrencia del supuesto, la utilización del procedimiento negociado sin publicidad exige una condición negativa y una cautela que responde a su carácter restrictivo:

- No cabe modificar las condiciones sustanciales del contrato. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en Informes 43/2008, de 28 de julio de 2008 y 5/2010, de 23 de julio de 2010, a propósito de la redacción inicial del artículo 202 de la derogada LCSP, señala que lo que sean las condiciones sustanciales del contrato implica un concepto jurídico indeterminado que supone la necesidad de hacer una valoración de los supuestos en cada caso concreto a fin de determinar si pueden considerarse incluidos o no dentro del mismo. La Directiva sitúa este carácter sustancial de las modificaciones en los casos en que si la nueva condición hubiera permitido considerar adecuadas las ofertas presentadas no cabe aplicar el supuesto, sin embargo este concepto genérico se concreta en dos supuestos en el art. 168 LCSP : el incremento del presupuesto de licitación o la forma de remuneración.
- En segundo lugar se establece una cautela que consiste en el envío de un informe a la Comisión Europea a su solicitud.

3.2.- OBRAS SERVICIOS Y SUMINISTROS QUE SOLO SE PUEDAN ENCOMENDAR A UN CONTRATISTA DETERMINADO.

Estas razones se concretan en el art. 168 LCSP a.2º:

- Que el objeto de la contratación sea la creación o adquisición artística de una obra no integrante del Patrimonio Histórico Español, cuya adquisición se regulará por su normativa específica (Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.)

18 Gallego Córcoles, Isabel, Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Thomson Reuters- Aranzadi 2018(pág. 1128).

- Que no exista competencia por razones técnicas.
- Protección de derechos exclusivos incluidos los derechos de propiedad industrial o intelectual. El concepto de exclusividad puede definirse como aquella circunstancia que hace única la posibilidad de prestación de un servicio o de un suministro por un determinado operador económico[19].

La aplicación restrictiva de estas dos últimas causas determina que solo constituyan un supuesto habilitador de la utilización del procedimiento negociado sin publicidad cuando no existe alternativa o sustituto y cuando la ausencia de competencia no sea una consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato. Se trata en definitiva de evitar que la situación de exclusividad haya sido creada artificialmente por el órgano de contratación.

Requisitos de la exclusividad:

- La prueba de la exclusividad corresponde al poder adjudicador (STJUE de 14/9/2004 (as. C-385-2002. Comisión-Italia). Esta sentencia consideró que la mera afirmación del carácter complejo y delicado de un conjunto de obras no basta para demostrar que solo puede encomendarse a un único empresario.
- La justificación ha de ser fehaciente y verdadera. (STJUE de 2 de junio de 2005 C394/2002. Comisión- Republica Helénica). En este caso el Gobierno Griego adjudica un servicio de transporte de cenizas desde una instalación a una mina donde van a ser tratadas, a una unión de empresas motivando que es la única que pude llevar a cabo este servicio y la urgencia de la prestación. La comisión deniega la exclusividad por falta de requisitos que la justifiquen.
- La protección de derechos exclusivos no basta como justificación. STJUE de 3 de mayo de 1994, C-328/1992, Comisión-España) Esta sentencia considera que no es suficiente como justificación que los productos estén protegidos, por derechos exclusivos, es necesario que además solo puedan estar fabricados por un único empresario o entregados por un proveedor único
- Debe considerarse al igual que en el supuesto anterior que no cabe circunscribir la exclusividad a una zona geográfica determinada, en un escenario de libre circulación de servicios y mercancías en la UE.

Para poder utilizar este procedimiento basado en la concurrencia de este supuesto debe justificarse en el expediente de contratación. Para ello pueden aportarse por ejemplo certificados o contratos o acuerdos de distribución exclusiva de determinados productos, sin que exista alternativa funcional al mismo. Así mismo puede considerarse la experiencia en licitaciones anteriores con publicidad en las que no se haya recibido ninguna oferta.

- **Contratos secretos o reservados**
- **Supuestos de imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles y no imputables al órgano de contratación que demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la tramitación urgente del art. 119.**

Requisitos:

Acontecimiento imprevisto+urgencia no compatible con los plazos de otro procedimiento (STJUE.C-24/91 Comisión vr.España; C-107/92 Comisión vr Italia; C126/03 Comisión vr Alemania)+relación de causalidad entre la urgencia y el acontecimiento imprevisto.

19 El Código de Comercio en sus artículos 224 y 302 define la exclusividad en los siguientes términos: “mediante el pacto en exclusiva, una de las partes denominada concedente, se obliga frente a la otra denominada beneficiario, exclusivista o concesionario, a no celebrar una determinada clase de contrato con persona distinta de este último. El exclusivista, por tanto, adquiere una posición de cierto monopolio, puesto que solo el podrá obtener del concedente unas determinadas prestaciones.”

› **Fines de investigación y desarrollo (solo para contratos de suministros).**

Se trata en realidad de la adquisición de prototipos puesto que los procedimientos que tienen por objeto el desarrollo y comercialización de productos se tramitarán mediante el procedimiento de asociación para la innovación y los contratos de investigación y desarrollo en los términos del art. 8 que están excluidos de la LCSP.

› **Entregas adicionales de productos (solo para contratos de suministros).**

- - ampliación de suministros existentes
- - reposición parcial de productos o instalaciones de uso corriente.

Requisitos:

Si el cambio de proveedor diese lugar a incompatibilidades o dificultades técnicas de uso o mantenimiento desproporcionados Concepto jurídico indeterminado que habrá que concretar al caso concreto.

Duración máxima de 3 años, por regla general.

Cabe también con estas premisas modificar el contrato de conformidad con lo establecido en el art.205.2 a). Por lo tanto el órgano de contratación podrá optar por una u otra opción según sus intereses.

› **Adquisición de suministros en condiciones ventajosas**

Resulta una excepción a la prohibición de contratar del art. 71.c) LCSP.

› **Repetición de obras y servicios similares a otros ya ejecutados**

Requisitos:

Licitación previa con publicidad + proyecto base objeto del contrato inicial + posibilidad prevista en el anuncio de licitación + inclusión de la posibilidad en el VEC + plazo de 3 años desde la formalización del contrato inicial + establecimiento del nº de obras o servicios adicionales posibles + establecimiento de las condiciones de ejecución

› **Los contratos artísticos y las razones de exclusividad técnica.**

Las adquisiciones de productos de la industria cultural se han considerado como adquisiciones singulares lo que ha llevado tanto a la legislación europea como a la legislación española a tratar su especialidad estableciendo un complejo régimen de excepciones a la norma general, singularidad que radica en su exclusividad.

La Directiva 2014/24/UE en su artículo 32 permite la utilización de procedimiento negociado sin publicación previa en los casos:

a. Que el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única
b. Que no exista competencia por razones técnicas
c. Que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual.

Los servicios artísticos cuyos CPV estén comprendidos entre los códigos 92000000-1 a 92700000-8, estarán recogidos en el Anexo XIV de la Directiva, con un umbral de armonización de 750.000 euros, entre ellos se encuentran los servicios de creación, producción y reproducción artística. En la LCSP el Anexo IV contempla así mismo los servicios culturales con los indicados códigos CPV.

El art. 25 de la LCSP considera **PRIVADOS** los contratos de servicios que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV 92000000-1 a 92700000-8.

El art. 26 en su apartado 2 establece que para los contratos privados antes mencionados, serán de aplicación las normas propias de los contratos administrativos para las fases de preparación y adjudicación mientras que la regulación de sus efectos, modificación y extinción se regirán por el derecho privado. En el caso de los PANAPS el régimen se determina en los art. 317 y 318 de la LCSP, según los contratos estén o no sujetos a regulación armonizada. En ocasiones la prestación de este tipo de actividades culturales se residencia organismos de este tipo. El extinto TRLCSP, establecía en su art. 191 la posibilidad de que cada uno de estos entes, a través de sus instrucciones internas, elaborasen los procedimientos de adjudicación de los contratos cuyo valor estimado fuera inferior al considerado como de regulación armonizada. Esta posibilidad en la práctica se traducía en la adjudicación directa de este tipo de contrato, por el carácter exclusivo y único del intérprete seleccionado previamente en base a razones de programación cultural. Sin embargo una de las principales novedades de la LCSP ha sido la uniformidad de régimen jurídico de la preparación y adjudicación de la contratación pública, suprimiéndose las instrucciones de contratación para los contratos SARA (art. 317 LCSP) y estableciendo su art. 318 para los contratos no SARA, en lo que aquí nos interesa que el procedimiento negociado sin publicidad, únicamente podrá utilizarse en los casos previstos en el art. 168 LCSP.

4.- PROCEDIMIENTO SIN PUBLICIDAD POR RAZONES DE EXCLUSIVIDAD ARTÍSTICA

El concepto de exclusividad es la piedra angular de la tipología contractual que se está analizando. **La exclusividad de los intérpretes artísticos se justifica en sí misma**, sin necesidad de otros argumentos, tal y como entre otros en el Informe 8/2017, de 21 de junio de la Junta Consultiva de Aragón y en el informe de este mismo órgano 2/2011, de 12 de septiembre e Informe de la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya 2/2016, de 2 de junio.

Ahora bien, debe precisarse el alcance de lo que se consideran prestaciones artísticas. De acuerdo con el IJCCA 11/04, de 7 de junio de 2004. «Aplicación del procedimiento negociado del artículo 210, letra b), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la contratación de un arquitecto por considerar razones artísticas» *"el solo hecho de que la prestación a contratar tenga evidentes implicaciones artísticas, no autoriza sin más a considerar justificada la utilización de la causa de procedimiento negociado no concurre por el solo hecho de las implicaciones artísticas o naturaleza de este tipo de trabajo a encargar, sino porque dicho trabajo solo pueda ser encargado a un único profesional o empresario por las razones del tipo que señala el precepto, que, en todo caso, han de justificarse debidamente en el expediente"*.

La exclusividad en el caso de las prestaciones artísticas se encuentra mediatizada por la existencia de otras figuras que gestionan el trabajo del artista:

a. Oficina de contratación, Booking o Management. Son empresas profesionales que gestionan la carrera de uno o varios artistas. Cuando se pretende la contratación de un artista "cliente" de ellas, son estas empresas las que se convierten en parte en el contrato.

b. Productor o promotor. Son empresarios que negocian con la oficina del artista, adquieren el servicio del artista en una fecha concreta para después comerciar con ella, ofreciéndose a empresarios públicos o privados o la gestiona por sí mismo alquilando un espacio escénico, asumiendo el riesgo y gestionando la venta de entradas. Esta fórmula es muy utilizada a nivel internacional.

En estos casos la exclusividad desaparece, pues la oficina de contratación o el productor no son poseedores de la exclusividad por razones artísticas, lo que imposibilita su contratación mediante contrato privado por carecer del CPV que determina el art. 25 de la LCSP. Se ha producido una traslación de la parte contratada, imposibilitando en consecuencia invocar exclusividad alguna. Frecuentemente se ha referenciado que la exclusividad no se rompe al ser sus servicios o fechas exclusivos de estas empresas,

es lo que se ha venido a denominar doble exclusividad, o exclusividad en cadena que no ha sido admitida, como justificativa del supuesto del art. 168 a) 2. En este sentido debe destacarse el Informe de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid de 29 de diciembre de 2016, relativo a la contratación realizada por los Entes, Organismo y Entidades del Sector Público Madrileño durante el 2014 en el que se sostiene que la mera declaración del empresario no justifica la exclusividad. El expediente no contiene una justificación detallada de las razones por las que *"el contrato solo puede encomendarse a un empresario determinado"*, artículo 170.d) TRLCSP, limitándose a incluir una declaración del adjudicatario en la que afirma disponer de *"la exclusividad para la realización del espectáculo musical titulado…en la provincia de Madrid"*.

El órgano de contratación, por razones de exclusividad puede contratar directamente con el agente que representa en exclusiva a cada artista previa una justificación exhaustiva de las razones por las que tiene que ser ese artista el que actúe en las Fiestas, pero no encadenar exclusividades entre empresas con una explicación insuficiente de las razones por las que tienen que ser necesariamente ese artista y no otro del mismo nivel[20]. En este caso lo que se aprecia es no tanto una exclusividad como una reserva de fechas.

En la misma línea el Informe JCCAE 50/2006, de 11 de diciembre de 2006, "La contratación con representantes no altera la naturaleza, el objeto o el régimen jurídico del contrato por lo que no se alcanza a comprender la incidencia en la celebración del contrato de que un representante tenga la exclusiva de un artista, pues tal circunstancia , a lo sumo determinará que no pueda celebrarse el contrato con otro representante o con el propio artista pero no afectará al régimen jurídico del contrato a celebrar por el Ayuntamiento(…)"

20 "Es decir, el Ayuntamiento elige para actuar un determinado día a un artista que tiene un contrato de exclusiva con su representante, y necesariamente debe contratar con la empresa productora de espectáculos que previamente ha reservado con el representante la exclusividad del artista en aquel día. El órgano de contratación, por razones de exclusividad puede contratar directamente con el agente que representa en exclusiva a cada artista previa una justificación exhaustiva de las razones por las que tiene que ser ese artista el que actúe, pero no encadenar exclusividades entre empresas".

BLOQUE IV

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN: NO TANTO LOS CRITERIOS EN SÍ MISMOS, COMO SU UTILIZACIÓN AL SERVICIO DE LA INTEGRIDAD Y LA MEJORA DE LA CONTRATACIÓN

Capítulo I

EL BINOMIO CALIDAD-PRECIO. SU PONDERACIÓN EN LA NUEVA LCSP: EL FACTOR DE LA CALIDAD EN LA COMPRA PÚBLICA.

1.- CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS. VISIÓN DESDE LA INTEGRIDAD

La LCSP ha introducido un cambio de paradigma en la adjudicación de contratos públicos. Ello supone la necesidad de valorar no solamente el precio. La contratación es ahora estratégica y debe responder a la obtención de contratos de calidad.

La vertiente estratégica que adquiere ahora la contratación pública exige que junto a la tradicional consecución de la oferta más económica se logre, utilizando como herramienta la contratación pública, la mejor relación calidad precio. Calidad entendida no solamente desde un punto de vista técnico, sino que ahora se hace obligado y preceptivo, por ejemplo, la incorporación de criterios sociales y ambientales o de la innovación (art. 1.3 LCSP).

Desde el punto de vista de la eficiencia los problemas que ocasiona tomar en cuenta mayoritariamente el precio resultan evidentes. Desde ofertas anormales e irreales, problemas con los salarios del personal de las contratas, dificultad de cumplimiento ante la falta de definición adecuada del objeto y ulterior defensa por el contratista del cumplimiento estricto del contrato, …

Pero desde el punto de vista de la integridad la utilización del precio como único criterio podía favorecer reparto de contratos públicos, ofertas de acompañamiento, distribución irregular de puntuaciones, etc.

Asimismo, las nuevas reglas de adjudicación de contratos públicos ponen de relieve la necesidad de objetivar los criterios para evitar la arbitrariedad que muchas veces poseen los criterios sometidos a juicio de valor.

2.- LA NECESARIA DEFINICIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Los criterios de adjudicación del contrato constituyen el elemento principal de toda contratación pública. La LCSP detalla cómo deben definirse y aplicarse.

Los criterios de adjudicación pueden ser libremente elegidos por el órgano de contratación. Pero ello no quiere decir que se confiera al poder adjudicador una libertad incondicional (STJUE de 4 de diciembre de 2003, Wienstrom (C-448/01)).

Se exige que los criterios se detallen en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo y figuren en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación.

Los criterios, van a poseer, como señalan las Resoluciones del TACRC 287/2011, de 23 de noviembre de 2011 y 280/2011, de 16 de noviembre de 2011, dos funciones: servir de herramienta de valoración y ayudar en la descripción del objeto del contrato: "los criterios de valoración que aparezcan enumerados en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo serán, simultáneamente, elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinarán la adjudicación del mismo y, por ende, elementos orientadores de la elaboración de la oferta (en cuanto se refiere al licitador) y elementos determinantes de la adjudicación (en cuanto se refiere al órgano de contratación)".

Lo importante es que se formulen de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no confieran al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

No hay criterios subjetivos. Siempre debe mencionarse qué se valora y además cómo se valora. Deben ofrecerse las pautas para que los licitadores sepan qué ofertar y cómo se le van a valorar. Ello no solo en los criterios automáticos sino también en los criterios sometidos a juicio de valor.

La LCSP pretende reforzar el criterio de igualdad en la valoración de ofertas exigiendo que su evaluación se realice en condiciones de competencia efectiva.

La LCSP obliga a que los criterios vayan acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación.

Además, obliga a que, en caso de duda, se compruebe de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores. Sólo así se garantizará un trato igual.

Y es que a menudo los pliegos solo puntúan documentaciones y no propiamente aspectos susceptibles de valoración.

Ejemplo de ello es valorar la "memoria" en las obras o servicios concediéndole simplemente una puntuación, pero sin describir cuáles serán los aspectos a tomar en cuenta para atribuir las puntuaciones a la vista de tal documento. Es necesario señalar cuál es la documentación a presentar y valorar, pero, asimismo, hay que especificar qué aspectos se van a tomar en cuenta para valorar. Una formulación genérica determina la ilegalidad del criterio y puede conllevar la anulación de la licitación incluso en fase de adjudicación del contrato.

El Tribunal de Cuentas en su informe número 760, de 26 de abril de 2007, relativo a la fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en el ámbito de la Seguridad social durante los ejercicios 2004 y 2005, señaló que es necesario "no solo motivar suficientemente en el expediente la elección, la ponderación y las fórmulas o métodos concretos de valoración de los criterios de adjudicación en función de las particularidades de cada contrato, sino que, además, en aras de la mayor transparencia y objetividad del procedimiento de adjudicación, se debería concretar en los Pliegos de manera suficiente y en la medida de lo posible, el contenido y el método de valoración del criterio técnico, más aún teniendo en cuenta que se trata del criterio que, por su propia naturaleza, reviste una mayor subjetividad; de esta forma se evitaría la existencia de un excesivo grado de discrecionalidad en la valoración posterior a realizar por la Mesa de Contratación".

La STJUE de 24 de enero de 2008, Alexandroupolis, sostuvo que *"el principio de igualdad de trato, consagrado de este modo, comporta también una obligación de transparencia"*, obligando a que *"cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida"*. El objetivo clave que la sentencia señala es

que *"los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos"*.

En la STJUE CAS Succhi di Frutta Spa, de 29 de abril de 2004, C- 496/99 P, se mantuvo que este principio tiene esencialmente como objetivo garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora, implicando así 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 trata"*.

Si la labor parece compleja puede ayudar llevar a cabo consultas preliminares al mercado (artículo 115 LCSP) o chequear licitaciones similares en la PLACSP o estudiar informes de valoración de servicios similares tanto propios como de otros poderes adjudicadores, que ahora deben ser publicados (artículo 63 LCSP).

3.- LA VINCULACIÓN DE LOS CRITERIOS CON EL OBJETO DEL CONTRATO

Los criterios de adjudicación deben tender a escoger de entre las ofertas de las empresas o entidades concurrentes la que tenga la mejor relación calidad precio y para ello deben tener relación directa con el objeto del contrato. Deben estar claramente vinculados con el objeto del contrato.

La STJUE de 19 de septiembre de 2013, Comisión contra España, T-402/06, afirma que los criterios de adjudicación utilizados por las entidades adjudicadoras deben ser criterios objetivos relacionados directa y exclusivamente con las características de la oferta y con las cualidades intrínsecas de un producto o de un servicio, y no con la capacidad de los licitadores.

La STJUE de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/1999, puso de manifiesto que el poder adjudicador dentro de su libertad de elección, puede recurrir a criterios ambientales de valoración siempre y cuando tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación.

La STJUE de 26 de septiembre de 2000, C-225/1998, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, afirma que *"no pueden utilizarse como criterios de adjudicación características de la empresa no relacionadas con el objeto del contrato, debiendo diferenciarse así entre criterios de solvencia de la empresa atinentes a características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta"*.

El art. 145.6 LCSP, establece cómo entender que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato. Y así afirma: "Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material".

Ello ha supuesto una extensión del concepto de vinculación con el objeto del contrato. Esta extensión conceptual va a facilitar en gran medida la inclusión de criterios sociales y ambientales.

4.- LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEBEN TOMAR EN CUENTA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

La STJUE de 27 de octubre de 2005, C-234/03, Constse, Vivisol y Oxigen Salud, señala que *"los criterios de valoración han de respetar los principios de proporcionalidad y no discriminación"*. En este sentido, la STJUE dispone que *"el artículo 49 Tratado CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones, por un lado, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otro, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional"*.

5.- IMPOSIBILIDAD DE VALORAR CUESTIONES FORMALES DE LA OFERTA

Por otra parte, esta necesaria relación del objeto con la oferta y el criterio de adjudicación impiden que se valoren cuestiones formales relacionadas con la oferta. En este sentido, la Resolución 24/2014, de 10 de marzo del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León considera que, por tal motivo, "carece de razonabilidad valorar únicamente los aspectos formales de una oferta, como el presentar una descripción detallada o sencilla, cuando lo relevante es su contenido sustantivo".

6.- LA VALORACIÓN DE LA CALIDAD PRECIO FRENTE AL PRECIO

Los artículos 131.2 y 145 de la LCSP obligan al uso de varios criterios como regla general.

La regla general es la adjudicación mediante el empleo de varios criterios. Así lo recoge expresamente el artículo 132.1 LCSP *"La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio(..)"*.

En la práctica, rara es la vez en que el precio no puede ser el criterio determinante. Sólo en los casos en que las prestaciones estén totalmente definidas y no quepan modificaciones de ninguna clase podrá hacerse uso con carácter decisivo del precio.

a) Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los candidatos o licitadores.

b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas o por reducciones en su plazo de ejecución.

c) Aquellos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.

d) Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

e) Contratos de concesión de obras y de concesión de servicios.

f) Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación. En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, y en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. Igualmente, en el caso de los contratos de servicios de seguridad privada deberá aplicarse más de un criterio de adjudicación.

h) Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.

7.- LA VALORACIÓN CON 51% DE LA CALIDAD

Para los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.

A mi juicio, el concepto de prestación de carácter intelectual no aparece regulado en la LCSP. Por el origen del precepto sí se alude a ciertos contratos a los que se reconoce el carácter de prestación intelectual. En particular, la Disposición adicional cuadragésima primera titulada “Normas específicas de contratación pública de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo”, afirma que “Se reconoce la

naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley".

Ello no es obstáculo para que otras actividades puedan ser incluidas dentro del concepto de prestación de carácter intelectual. Para comprender ello es necesario mencionar que esta previsión no tiene su origen en las directivas europeas. Si acudimos al sentido literal de la expresión vemos que por prestación intelectual puede entenderse según el DRAE *"adj. Perteneciente o relativo al entendimiento". Prestaciones como la consultoría, la docencia, los servicios de programación informática, ….deben ser considerados como prestaciones de carácter intelectual.*

8.- LA DETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

La LCSP no determina el porcentaje de valoración de los criterios de adjudicación.

No hay propiamente un porcentaje ni para la oferta económica, ni tampoco para el resto de criterios. Por ejemplo, no hay un porcentaje mínimo de criterios automáticos. Ello sin perjuicio de que si el porcentaje de criterios sometidos a juicio de valor es superior al 50% deberá intervenir el comité de expertos para la valoración.

No obstante, sí existe un límite al porcentaje de criterios sometidos a juicio de valor en el procedimiento abierto simplificado (donde los criterios sometidos a juicio de valor no pueden superar el 25% o el 45% si se trata de prestaciones de carácter intelectual), o en el super simplificado donde el 100% debe ser automático.

9.- LA PUNTUACIÓN DEL CRITERIO PRECIO

El precio debe ser valorado siempre con carácter general. Además, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el principio de onerosidad, competencia, y la necesidad de que el precio sea de mercado la oferta económica no puede ser cero euros.

Sólo excepcionalmente puede no valorarse el precio del contrato. Así lo señaló el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón se pronunció en su informe 2/2015, de 17 de marzo:

> *"El criterio precio, por tanto, tiene una vocación general que aconseja su inclusión como criterio de valoración en toda contratación pública. Es más, el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece, como uno de los paradigmas de la correcta gestión, la eficiencia de los fondos públicos, y la «economía» del contrato es, sin duda, un elemento clave para alcanzarla. Eso no significa que no pueda prescindirse del criterio precio, pero tal posibilidad será marcadamente excepcional, De darse esta circunstancia, debe ser motivada con detalle, consignándose en el expediente las causas que así lo justifican (que deberán estar vinculadas necesariamente al objeto del contrato). Este es el criterio ya mantenido en los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 28/95, de 24 de octubre y 29/98, de 11 de noviembre, que se referencian en el escrito de consulta. Hay que señalar en este punto que, aun cuando el segundo de los informes citados señala que la posibilidad excepcional es «perfectamente aplicable a los contratos de obras» (el primer informe se refería a contratos de bienes y servicios informáticos), la Junta estatal reconoce expresamente que «es difícil imaginar*

que en este tipo de contratos carezca de interés el factor precio hasta el punto de no incluirlo como criterio de valoración del concurso». Es decir, si la posibilidad de no incluir el precio como criterio de adjudicación es excepcional, todavía lo es más en los contratos de obras como los que suscitan la consulta, pues éstos se refieren a la ejecución de un proyecto, en el que el poder adjudicador está obligado a definir con precisión el objeto del mismo (art. 121 TRLCSP) e incorporar un presupuesto, con expresión de los precios unitarios y descompuestos".

En el mismo sentido se pronunciaba el informe de la JCCA 28/1995, de 24 de octubre.

Por otra parte, una cuestión es que excepcionalmente es posible no valorar el precio en un contrato y otra bien distinta cuál es la importancia en puntuación que debe darse al precio o si tiene que ser el único criterio a valorar. Existen legislaciones que han transpuesto las directivas con una redacción muy similar a ellas (como es el caso de Francia o Reino Unido), mientras que en otros Estados, como Polonia, es obligatorio que el precio tenga una puntuación mínima del 60% si existen otros criterios, o bien que el único criterio sea el precio.

Las fórmulas empleadas para valorar el precio deben justificarse en el expediente y deben ser adecuadas y garantizar el otorgamiento de una mayor puntuación a quien mejor oferta realice, respetando los principios de igualdad de trato y transparencia.

Resulta preocupante el hecho de que las valoraciones económicas por más que sean elevadas no son adecuadas. En particular, que no otorguen la máxima calificación a la oferta más económica o la que más baja realiza, no sean proporcionales, o generen curvas o atenuaciones entre las ofertas que haga que el esfuerzo entre una oferta que hizo una baja económica considerable no tenga grandes diferencias con una oferta que no efectuó baja alguna.

Como señala el Acuerdo del TACPA 95/2015, de 15 de septiembre, "la forma de valorar el criterio precio no es neutra". Ello va a hacer, por ejemplo, en la práctica que sea imposible repartir todos los puntos señalados y puede hacer concluir que debió existir un comité de expertos, o mucho peor, que se trate de un criterio que no prima la oferta más ventajosa y que no respeta el principio de igualdad de trato.

No cabe establecer umbrales de saciedad. Cuando se otorgan por ejemplo 30 puntos en total y se señala que se otorgará 1 punto por cada 1% de baja respecto del precio de licitación hasta un máximo de 30 puntos. Ello deviene en que por encima del 30% de baja ya ningún licitador tendrá mayor puntuación. Tendrá igual puntuación quien baje un 30% que quien baje un 50%: 30 puntos. Con este tipo de fórmulas a partir de cierta baja ya no se obtienen más puntos.

La inclusión de este "umbral de saciedad" es contraria al principio de economía, puesto que las empresas licitadoras habitualmente tienden a no sobrepasar en las bajas de sus ofertas económicas dichos umbrales máximos, ya que, con ello, no obtienen mayor puntuación en el criterio precio. En definitiva, se utilizan frecuentemente por los órganos de contratación para evitar, o al menos desincentivar, la presentación por parte de los empresarios de ofertas económicas anormalmente bajas que pudieran poner en riesgo el adecuado cumplimiento del contrato.

Igual ocurre con las fórmulas que otorgaban la máxima puntuación a la baja media. Su inadecuación se analiza, por ejemplo, en el informe 8/97 de la JCCA de 20 de marzo de 1997: La fórmula cuestionada otorgaba las puntuaciones *"en función de su porcentaje de baja respecto al presupuesto de licitación; recibiendo la máxima puntuación aquella oferta cuya baja, en porcentaje, sea igual a la media aritmética de las bajas, en porcentaje, de todas las ofertas admitidas, aumentada en cinco puntos. La puntuación de aquellas ofertas cuyo porcentaje de baja difiera, en más o en menos, de la baja media más cinco puntos, irá descendiendo linealmente".*

Esta misma Junta en su informe 4/11, de 28 de octubre de 2011, concluía que "no puede atribuirse a las proposiciones admitidas una valoración de la que resulte que la oferta más baja no obtiene la puntuación más alta, y consecuentemente sean mejor ponderadas ofertas que tengan un precio mayor que cualquiera de las restantes ofertas que se sitúen por debajo de la misma o dicho de otra forma la oferta más baja ha de ser la que, en cuanto al precio, reciba la mayor puntuación".

La Resolución del TACP de la Comunidad de Madrid 173/2014 y el Informe 16/2013 JCCA de Aragón señalan, que para considerar lícita una fórmula de valoración económica la puntuación más alta debe recaer en la oferta más baja o en el porcentaje de baja más alto y la más baja en quien presente el precio superior o el menor porcentaje de baja.

Ello como señala la Resolución del TACRC 906/2014 de 12 de diciembre de 2014 es "consecuencia del respeto a los principios que han de observarse en el ámbito de la contratación pública, tales como el de control de gasto y de eficiencia".

No se exige distribuir todos los puntos, sino que la máxima puntuación vaya destinada a la mejor oferta, como afirma el informe 6/2014, de la JCCA de Aragón.

Dicho lo anterior y siendo conscientes de la dificultad que entraña la fijación de una fórmula matemática para asignar lícitamente las puntuaciones cabe señalar que se está imponiendo el uso y validando la fórmula de la proporcionalidad directa (la mayor puntuación al porcentaje de baja más alto y el resto directamente proporcional); o el uso de fórmulas que tomen en cuenta un umbral y a partir de ahí lleven a cabo la diferencia sobre la más barata (la mayor baja la máxima puntuación y 1 punto menos – por ejemplo – por cada 1% de diferencia en el precio sobre la mayor baja).

Ello es acorde con la propuesta generalizada de uso de la fórmula directa proporcional.

10. EL PELIGRO DE LOS SUBCRITERIOS POSTERIORES A LA LICITACIÓN

Una vez que se ha aprobado la licitación no cabe introducir criterios o subcriterios que no figuraban inicialmente.

La STJUE de 24 de enero de 2008, Alexandroupolis, establece la imposibilidad de división en subcriterios cuando no hubiera sido prevista. A su vez la STJUE de 24 de noviembre de 2005, TI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc, señaló la dificultad del establecimiento por la Mesa de subcriterios si no figuraran inicialmente. Afirmó que ello solo es admisible, siempre que tal decisión:

a) no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.

b) no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación.

c) no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores

Así, mayoritariamente el procedimiento de adjudicación en el que se aprecia la introducción de subcriterios nuevos ha sido anulada.

Ejemplo de ello es la resolución 6/2016 del TACRC, de 12 de enero de 2016, que pone de manifiesto que la valoración técnica, y los subcriterios en ella transcritos, no cumplen los requisitos jurisprudencial y doctrinalmente exigidos, puesto que incumplen el requisito "relativo a que los criterios no contengan elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habría podido influir de manera determinante en su contenido".

Finalmente, debe tenerse en cuenta que cuando la aplicación de los criterios pone de manifiesto la incomplitud inicial, se ha admitido tradicionalmente su cuestionamiento cuando de ello se desprenda la existencia de nulidad de pleno derecho.

11. LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE VARIAS FASES EN LA VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

La posibilidad de establecer una puntuación mínima sobre uno o varios criterios y la exclusión de quienes no la alcancen tiene como objetivo reducir el número de participantes en la licitación, pero especialmente, asegurarse de que los licitadores que llegan a la fase de evaluación de los criterios automáticos reúnen unos niveles mínimos de calidad técnica en su oferta.

El art. 145.3 LCSP aclara también el modo de establecer umbrales para superar distintas fases y sólo permite emplearlos de un concreto modo. Ahora solo se permite establecer un umbral mínimo del 50% de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo. Ello para cualquier tipo de procedimiento de adjudicación.

Sin perjuicio de esta nueva previsión debe tenerse en cuenta que la Directiva 2014/24/UE solo señala esta posibilidad en la tramitación de los procedimientos de licitación con negociación, dialogo competitivo, asociación para la innovación y no para el procedimiento abierto o restringido. Por ello se recomienda, que para los contratos sometidos a regulación armonizada esta posibilidad sea utilizada con mucha cautela.

12. LAS LIMITACIONES A LA VALORACIÓN DE LAS MEJORAS

El art. 145.7 de la LCSP señala que en el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado 6.a) de este artículo, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5%. Esta limitación afectaría a los supuestos en que el porcentaje de criterios sometidos a juicio de valor sea superior al de los criterios automáticos.

El precepto aclara el concepto de mejoras afirmando que *"se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones* Técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato".

Igualmente, impone que "las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación".

El abuso de previsión de mejoras genéricas o el hecho de otorgar una puntuación muy alta (normalmente a costa de la posibilidad de ofertar un menor precio) ha hecho que el legislador se posicione en contra de ellas.

13. LA EXPERIENCIA COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN

No puede valorarse la experiencia de la empresa como criterio de adjudicación.

La STJUE de 24 de enero de 2008, Lianakis, C-532/2006, afirmó que la experiencia de la empresa, la distribución de los puestos de responsabilidad y su equipamiento y su capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto no pueden ser tenidos en cuenta por el poder adjudicador como criterios de adjudicación, sino como criterios de selección cualitativa (solvencia).

En igual sentido se han pronunciado el informe de la JCCA 51/05 o de la JCCA de Cataluña 6/2011 que

señala que *"la experiencia de las empresas licitadoras es uno de los elementos que se puede tener en cuenta a la hora de evaluar su capacidad para realizar la prestación de qué se trate y, por lo tanto, se debe tener en cuenta, como medio de acreditación de la solvencia, en la fase de verificación de la aptitud"*. Esta misma Junta ya se pronunció sobre este aspecto, entre otros en su Informe 9/2012 o 3/2005.

14. LA VALORACIÓN DE LOS MEDIOS HUMANOS

Sí es posible valorar las condiciones concretas de los medios humanos que se adscriban a la ejecución del contrato.

En particular, además de poder valorarse el número, titulación, etc. es posible valorar la experiencia del equipo humano que se adscribirá a la ejecución del contrato. Ello siempre que aporte un plus valor y que bien no se valore como solvencia pero sí se hayan exigido como condición de ejecución, o bien, se haya valorado un número o perfil mínimo como solvencia y se valore el aumento de su experiencia, capacitación o número.

El art.145.2 de la LCSP recoge la posibilidad, que procede del art. 67 de la Directiva 2014/24/UE, de incluir como criterio de adjudicación: "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".

La LCSP hace también referencia a esta cuestión al regular los medios de acreditación de solvencia técnica o profesional. En particular, permite la valoración de las titulaciones del personal adscrito a la ejecución del contrato cuando no sea un criterio de adjudicación. Pretende evitar con ello que se exija dos veces el mismo criterio.

15. LA IMPOSIBILIDAD DE VALORAR LA CONTINUIDAD DE LA PLANTILLA ACTUAL

Existe una tendencia a la inclusión de garantías al mantenimiento de los trabajadores de las contratas. Si embargo no es posible incluir como criterio de adjudicación la continuación de la plantilla que esté prestando el servicio actualmente. La Resolución 468/2017, de 1 de junio de 2017 del TACRC pone de manifiesto que ese criterio no está relacionado con el contrato.

Capítulo II

LAS FÓRMULAS PARA LA VALORACIÓN DEL CRITERIO PRECIO. DISFUNCIONES EN EL TRATAMIENTO DE UMBRALES ECONÓMICOS Y DE EMISIÓN DE JUICIO DE VALOR. EL COMITÉ DE EXPERTOS Y SU CONFORMACIÓN EN LAS EE.LL

1.- LAS FÓRMULAS PARA LA VALORACIÓN DEL CRITERIO PRECIO

Los criterios de adjudicación son un elemento determinante para alcanzar la mejor adjudicación, por lo que su diseño, ponderación y sistema de puntuación deben estar debidamente alineados con este objetivo. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, ha destacado la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora: *"La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios".*

Por otra parte, hay que recordar que la calidad de la prestación es el elemento esencial tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público. Pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta

Así, el diseño de los criterios de adjudicación conforma un elemento esencial para preservar el principio de buena administración (por todas STJUE 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates*, que lo vincula a la diligencia). Y, difícilmente, se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando entre los criterios de adjudicación no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y el contrato.

Con la Ley 9/2017, los criterios de adjudicación tienen la función de decidir la mejor oferta en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*), con la finalidad de "acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo" (W. Dening). Por ello, resulta muy aconsejable establecer umbrales a superar en los criterios de adjudicación que valoran aspectos técnicos (objetivos o discrecionales). Es la regla general

en procedimientos negociados y dialogo competitivo y resulta posible -y conveniente- en los procedimientos abiertos. Así lo acaba de declarar la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de septiembre de 2018, Montte SL contra Musikene, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante resolución de 21 de octubre de 2016, en relación a la normativa española, al admitir que en los procedimientos abiertos se puede incorporar fases para valorar aspectos técnicos que de no superar el umbral permite la exclusión de la oferta. Esta sentencia avala, por tanto, el elemento cualitativo de toda oferta como un elemento determinante de la contratación pública y evita que ofertas técnicas deficientes puedan ser adjudicatarias en virtud del peso del criterio precio. Y ello porque la calidad debe servir para la "discriminación de ofertas", y generar una adecuada tensión competitiva, tanto a nivel de fijar una solvencia empresarial adecuada como de fijar los criterios de adjudicación.

Desde esta perspectiva conviene analizar el criterio precio, que no juega un rol determinante en la nueva Ley de 9/2017 (el Derecho europeo de la contratación pública, no contiene una regulación específica sobre el precio de los contratos públicos). Así, el precio será un criterio, entre otros, y no el principal, por lo que su ponderación deberá ser pensada y motivada, atendiendo a la finalidad del sistema de fijación de criterios de adjudicación, "olvidando", por tanto, una indebida visión economicista que asigne una excesiva ponderación.

Por otra parte, a la hora de asignar la puntuación a cada criterio de adjudicación, debe preservarse que no se altera indebidamente el sistema de ponderación diseñado por el órgano de contratación, pues se corre el riesgo, además de alterar el fin de la licitación, de incurrir en discriminación y falta efectiva de transparencia, tal y como ha recordado la Sentencia TJUE de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06). Se indica, en esta Sentencia del TJUE —que refunde toda la doctrina del Tribunal sobre esta cuestión—, que:

> *«procede recordar que, si bien el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios –y, de manera análoga, el artículo 30, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/37, sobre los contratos públicos de obras– deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, esa elección sólo puede recaer en criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 59, y la jurisprudencia allí citada). Pues bien, la oferta más ventajosa económicamente puede definirse como aquélla entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuenta los criterios justificados por el objeto del contrato (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisión, T-148/04, Rec. p. II-2627, apartado 48). Por consiguiente, cuando las entidades adjudicadoras deciden adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, deben evaluar las ofertas para determinar cuál es la que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio [véase, por analogía, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10, apartado 86, en relación con el considerando 46, párrafo tercero, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114)]».*

Es decir, la finalidad del sistema de ponderación y consiguiente puntuación es preservar la nota de la mejor relación calidad/precio. Lo que significa que la oferta de precio más baja no siempre resulta la mejor ni, por ello, la más eficiente. Sin olvidar que una incorrecta parametrización de un criterio, puede falsear la finalidad de la licitación. En todo caso, el sistema de puntuación deberá descansar en reglas o parámetros de medición previamente explicitados, que tengan carácter proporcional y que conduzcan a que el mejor precio —o criterio que se valore— tenga siempre la mejor puntuación. Sistema de puntuación (o fórmulas) que deberán justificarse en el expediente (146.2 b) LCSP)

Lo que no implica que sea necesario, ni conveniente en todo caso, asignar toda la puntuación del criterio en cuestión (como se señala en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 16/2013, de 26 de junio, relativo a la posibilidad de aplicar una fórmula proporcional que permita distribuir todos los puntos asignados a los criterios sujetos a evaluación previa, en la valoración de propuestas, donde se negó tal posibilidad).

2.- DISFUNCIONES EN EL TRATAMIENTO DE UMBRALES ECONÓMICOS Y DE EMISIÓN DE JUICIO DE VALOR

El criterio precio es ordinario en todas las licitaciones, al entenderse que es consustancial al propio concepto de «oferta más ventajosa». Y éste debe aplicarse con un sistema proporcional lineal puro. Es elocuente la Comisión Nacional de la Competencia, en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia de 2010, al afirmar que *«La puntuación atribuida al precio o tarifa de las distintas ofertas debe ser proporcional a la reducción del presupuesto base que permite cada una de ellas, para no desvirtuar el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato. Por ejemplo, si la máxima puntuación por este concepto no se otorga a la oferta de precio o tarifa más bajos, sino a aquella cuyo nivel de precio o tarifa se aproxima más a la media aritmética de las ofertas presentadas, se está desaprovechando la oportunidad de conseguir ofertas más agresivas, al tiempo que se fomenta el riesgo de alineamiento de las ofertas por encima del precio competitivo».*

Por ello, en modo alguno es posible la utilización de la denominada oferta media de mercado, como sistema de ponderación del precio para asignar la máxima puntuación a la media; pues este criterio es contrario al derecho europeo (conviene recordar que la Comisión Europea ya se manifestó acerca de esta cuestión, en su Dictamen motivado de 23 de diciembre de 1997, en relación al procedimiento de adjudicación de un contrato de consultoría y asistencia en el que las ofertas económicas, según el pliego, se valorarían en atención a las cuantías que más se aproximaran a las medias aritméticas de todas las ofertas admitidas, lo que desvirtúa la noción de «oferta económicamente más ventajosa», instando a España a adoptar las medidas necesarias para conformarse al contenido del Dictamen). El razonamiento de la Comisión era el siguiente:

«la opción de la oferta económicamente más ventajosa supone combinar varios criterios teniendo en cuenta las propuestas que mejor cumplen cada uno de ellos y ponderándolos, a poder ser de acuerdo con unos coeficientes previamente establecidos. Otra cosa es que, una vez aplicados los coeficientes, la oferta resultante como más ventajosa desde un punto de vista económico no sea la más barata, ni la mejor técnicamente, ni la que el mejor servicio técnico ofrezca, sino la que combine de forma óptima el conjunto de criterios. Pero lo que no se entiende, salvo que el poder adjudicador esté haciendo un juicio de valor sobre las ofertas más bajas, eludiendo así las disposiciones del art. 37 de la Directiva 92/50/CEE, es que, en la valoración de un determinado criterio, en este caso el precio, no se puntúe la mejor oferta, sino la más mediana, de la misma manera que no se entendería que bajo el criterio técnico se prefiriese la solución técnica más próxima a todas las demás, en vez de la mejor, o en el capítulo del plazo, la oferta que tardase lo que el promedio de las otras y no la más rápida». Criterio avalado en la STJUE de 16 de septiembre de 2013, Comisión/Reino de España donde se concluye que aplicación del método del precio medio es contraria al principio de transparencia, y la principio de igualdad de trato (asunto sobre el previamente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña ya advirtió en su Informe 3/2005, de 7 de julio, que *"Toda valoración del precio, como criterio de adjudicación, tiene que otorgar la mayor puntuación a la oferta más barata y sólo a ésta. En consecuencia, una valoración del precio que otorgase la misma puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas que, aunque próximas al anterior, fuesen más caras, vulneraría el marco jurídico de los contratos públicos"*). Y es que, como se ha explicado por el Tribunal de Cuentas, el método en el que prima la proximidad de la baja de cada oferta a la baja media, resultante de todas las ofertas presentadas, no resulta adecuado a los intereses públicos, considerando los principios de economía y eficiencia que deben informar la actividad y la gestión pública constitucionalizados en el art. 31.2 CE. Establece, asimismo, que *«carece de justificación no valorar las mayores bajas una vez examinada la capacidad, los medios y la solvencia de las empresas licitadoras, así como las especiales ventajas de cada oferta según los restantes criterios, con la amplitud que se considere oportuna en atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato».*

En todo caso, el sistema de puntuación que se utilice no tiene porque otorgar todos los puntos a la mejor oferta en el criterio concreto (en especial, el precio), pues puede distorsionar el propio sistema de ponderación de los distintos criterios y abocar a los licitadores a una situación de competencia

«irracional». Así lo indica, con acierto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 6/2014, de 3 de marzo, donde recuerda que si bien el Tribunal de Cuentas, en el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de Aragón, Ejercicios 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009, había recomendado fórmulas de asignación de toda la puntuación a la mejor oferta económica, ese criterio había sido "matizado" por la Cámara de Cuentas de Aragón, en el Informe de Fiscalización de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Aragón Ejercicio 2010, y en el Informe de Fiscalización de la actividad contractual de la Comunidad Autónoma de Aragón Ejercicio 2011 (es verdad que en el Informe de 2010 se criticaba en varios contratos que la fórmula no repartía todos los puntos, pero por algo bien distinto al tema de la saciedad (mayor oferta-máxima puntuación del intervalo establecido en el pliego). En concreto, se criticaban claramente, con gráfica incluida, las fórmulas que asignan puntos a ofertas que van al tipo de licitación, sin incorporar bajas o mejoras en el precio. Es decir, la Cámara de Cuentas cuestiona las fórmulas que, aunque asignen la máxima puntuación a la oferta más barata, permiten obtener puntuación a ofertas con bajas de un 0% (a veces puntuaciones muy significativas como ocurría con un contrato de Aragón Telecom en el que una baja del 0% obtenía 70 puntos de los 130 atribuidos al precio, fiscalizado en la página 16 del Tomo 2 del Informe de 2010; o en uno de SODEMASA en el que la baja del 0% obtenía 15 puntos de los 30 inicialmente atribuidos al precio, fiscalizado en la página 115 del Tomo 2 del Informe de 2010, por citar solo dos casos de los analizados en el informe). La conclusión es que en estos casos se desvirtúa igualmente la importancia del precio respecto al resto de los criterios de adjudicación aplicados, al no distribuirse efectivamente todos los puntos posibles).

Por todo lo antepuesto, la Junta de Aragón entiende que *"la opción de asignar toda la puntuación no puede ser considerada de aplicación universal a toda licitación, ni que esa regla es la exigida por la Cámara de Cuentas de Aragón en el sentido de que en todos los casos la baja máxima deba obtener toda la puntuación, pues lo que critica el órgano de control en sus informes es que obtengan puntuación ofertas coincidentes con el tipo de licitación, alterando de esta forma la ponderación dada al precio. No se comparte, en consecuencia, el fundamento de que la no asignación de la puntuación máxima a la oferta mas baja es contraria al principio de economía en la gestión de fondos públicos, ya que no se hace un reparto proporcional de la totalidad de los puntos. Es más, puede suceder todo lo contrario, ya que la eficiencia debe realizarse no desde la óptica estricta del precio, sino de la relación calidad precio, que se altera en el caso de asignar todos los puntos a la mas barata pues incrementa indebidamente —por mor de la proporcionalidad—, la diferencia existente entre ofertas, lo que puede contaminar el sistema y laminar la puntuación obtenida en otros criterios.*

Dependerá del sistema de medición que se utilice. Así, escasas diferencias de precio supondrán escasas diferencias de asignación de puntos y se mantendrá la neutralidad del criterio en su aplicación integral. La opción de «saciamiento» de la puntuación en el criterio precio con fórmulas distintas no resulta una técnica correcta de asignación de puntos, pues distorsiona, por sí, la función de ponderación objetiva de los criterios con un límite de horquilla y su sistema de proporcionalidad. Lo que puede conducir, en palabras del TJUE, en la citada Sentencia de 16 de septiembre de 2013, a que licitadores más competitivos se encuentren en una situación de competencia «irracional»".

Por ello, salvo que así se exprese en el pliego y se motive adecuadamente, hay que considerar no idónea la práctica de otorgar todos los puntos a la oferta más barata, por los mismos motivos que para los criterios técnicos, pues se produce *"un distanciamiento entre ofertas técnicas, mayor cuanto menor es la calidad de las mismas, pudiendo desvirtuar el resultado de la aplicación de los criterios no sometidos a juicio de valor. Además, tal opción implica de hecho un mayor peso de los criterios objetivos sobre los criterios subjetivos, por lo que es previsible que los licitadores adopten comportamientos de riesgo, realizando mayores bajas ya que la oferta económica (criterio objetivo principal) aportará cualitativamente puntuaciones más altas que el resto de los criterios de valoración"* (Informe Junta Consultiva Contratación Administrativa de Aragón Informe 16/2013).

En todo caso, tampoco sería correcta la opción de fijar un umbral económico a partir del cual la rebaja del importe ofertado no suponga obtener más puntuación; ni la de asignar la misma puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas; o aquella en la que a partir de cierto umbral las diferencias de puntuación obtenidas por el elemento precio sean insignificantes. Y ello porque, lógicamente, se incumple la regla de ponderación proporcional y se limita la economía de escala de las proposiciones, lo que contamina el fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa. Y, tampoco será admisible la fórmula

que prevé otorgar puntuación a las bajas nulas, ya que existirá menos diferencia de puntos entre su oferta y la de un competidor con una baja mayor; en el caso de la fórmula lineal, la pendiente de la recta de puntuación es menor, de modo que el número de puntos otorgados por incremento en la baja será menor.

Por último, deben evitarse, por ser contrarias a la Ley, aquellas fórmulas que, sobre una apariencia de proporcionalidad, neutralizan parte de la puntuación alterando la ponderación de los criterios establecidos (como se señala en el informe de FISCALIZACIÓN DE LA CUENTA GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN 2010, elaborado por la Cámara de Cuentas de Aragón , que analiza distintas fórmulas concluyendo en su ilegalidad y que comportan una ineficiencia en el precio satisfecho por el contrato quebrando además el sistema de adjudicación, pp. 305-310).

3.- EL COMITÉ DE EXPERTOS Y SU CONFORMACIÓN EN LAS EE.LL

La Ley 9/2017, como su predecesora, incorpora la exigencia de que exista un comité de expertos independientes al órgano de contratación, para valorar las ofertas si la ponderación de los criterios sometidos a juicio de valor es superior a la de criterios objetivos. La justificación de este "trámite" es objetivar al máximo la puntuación de los criterios fomentando los de carácter matemático. Se trata de una concreción del principio de buena administración y debe ser elogiado siempre y cuando se cumpla con las prescripciones de la STJUE de 18 de octubre de 2001, SIAC.

El artículo 146.2 a) indica al respecto: *"En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos".*

La función de este comité de expertos es preservar la correcta valoración de los aspectos subjetivos. Lo que exige, en todo caso, razonabilidad y racionalidad, ya que, como se advierte en el Acuerdo TACPA 23/2011 de 3 de octubre, *"La discrecionalidad técnica no puede servir, amparar, ni ocultar, una contratación directa en clara vulneración de los principios de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, amén de resultar ajena a lo que es una actuación conforme al derecho a una buena administración".*

Desde esta perspectiva cabe una primera reflexión. El comité de expertos no es un carga procedimental, sino una garantía. Y existen muchos criterios que, vinculados a la calidad, pueden ser objetivos, lo que haría innecesario la utilización de este comité (ver el documento 50 criterios de calidad y excelencia en la contratación pública : http://www.agoraceg.org/banco-conocimiento/50-criterios-de-calidad-y-excelencia-para-la-prestacion-del-servicio-que-aportan-).

Una segunda, la composición del mismo -que debe publicarse ex art. 63 LCSP en el perfil de contratante- se justifica desde una perspectiva de capacitación exclusivamente técnica (y no política), por lo que el órgano de contratación, al escoger a las personas que lo conformarán deberá atender a ese perfil técnico (la ley es clara al exigir la cualificación profesional). Para ello se podrá utilizar funcionarios de la misma organización pública (no vinculados al órgano proponente, para evitar un conflicto de intereses) o bien acudir a los mecanismos de cooperación supramunicipal existentes (de especial importancia para pequeñas entidades locales).

En todo caso, los miembros de este comité de expertos deben conocer bien su función y el significado del procedimiento de contratación pública, estando vinculados a la finalidad de los criterios que analizan.

Capítulo III

LA EMISIÓN DE VALORACIONES POR LOS TÉCNICOS COMPETENTES EN EL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO.

1.- LA REGULACIÓN DEL NUEVO PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO

La necesidad de regulación de un procedimiento ágil y sencillo para las compras públicas ha derivado en la regulación del procedimiento abierto simplificado, con su variedad sumaria.

Este procedimiento simplificado, podrá utilizarse para aquellos contratos de obras, suministro y servicios, cuando se cumplan dos condiciones:

a) Que su valor estimado sea igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, e igual o inferior a 100.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicios.

b) Que entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no supere el veinticinco por ciento del total. En aquellos contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, la ponderación correspondiente a los juicios de valor no podrá superar el cuarenta y cinco por ciento del total.

Al margen de otras especialidades procedimentales, por lo que respecta al tema que nos ocupa, dispone la ley, que en los supuestos en que en el procedimiento se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, la valoración de las proposiciones se hará por los servicios técnicos del órgano de contratación en un plazo no superior a siete días, debiendo ser suscritas por el técnico o técnicos que realicen la valoración, es decir, la valoración en el procedimiento abierto simplificado ya no es competencia de la mesa de contratación.

La valoración técnica deberá estar efectuada con anterioridad al acto público de apertura del sobre que contenga la oferta evaluable a través de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, y además, previamente a la apertura, se dará lectura de la las puntuaciones.

En la variedad sumaria del procedimiento abierto simplificado, de posible aplicación para contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y para contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros (con la excepción de aquellos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual), la oferta se evalúa únicamente con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, no se permiten, por tanto, valoraciones mediante juicios de valor.

Como vemos, en el procedimiento abierto simplificado, desaparece la importante función de la mesa de contratación de valorar las proposiciones de los licitadores, que como órgano de asistencia técnica especializada, le atribuye la ley en el procedimiento abierto.

Al quedar en manos del técnico la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor, hace cuestionarse si se menoscaban los principios de transparencia y de objetividad en el procedimiento, privándose a la mesa de su principal función y sentido.

Lo que es incuestionable, es que el técnico deberá motivar convenientemente las valoraciones que dependan de un juicio de valor, por mucho que nos encontremos ante un procedimiento simplificado, en el que se pierde la valoración por parte de un órgano colegiado como es la mesa de contratación.

Sin embargo, respecto de la valoración de criterios automáticos o mediante fórmulas, no es preciso motivar su forma de aplicación, si esta viene señalada inequívocamente en los pliegos y ello, sin perjuicio, de que su aplicación haya podido ser incorrecta.

Como se indica en el tema anterior, los requisitos para la fijación y valoración de los criterios, especialmente de los que dependen de un juicio de valor, son los siguientes:

a) Deberán estar determinados en los pliegos.

b) Deberán estar vinculados al objeto del contrato.

c) No deben confundirse con los criterios de solvencia.

d) Deberán ser formulados de manera objetiva.

e) La evaluación se tendrá que realizar en condiciones de competencia efectiva.

f) Las mejoras deberán estar definidas.

g) Se deberán motivar las puntuaciones asignadas.

h) Tendrán preponderancia de los criterios que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de fórmulas.

i) Se evaluarán posteriormente los criterios que dependan de un juicio de valor.

Nos centraremos en el estudio de la discrecionalidad técnica y en la necesaria motivación de las valoraciones.

2.- LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LA ADMINISTRACIÓN

La valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor, ya se efectúe por parte de la mesa de contratación o por parte del técnico, constituye una manifestación de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración.

Sobre la discrecionalidad técnica de la Administración, existe un importante estudio doctrinal y jurisprudencial, especialmente, sobre la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en el ejercicio de las potestades discrecionales y, por lo que a este tema respecta, con la actuación de los técnicos y de las mesas de contratación al valorar aquellos criterios dependientes de juicios de valor.

Destacamos la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de Septiembre de 2014 en la que se habla de la evolución sobre la doctrina de la revisión de la valoración técnica, y cita la STS de 5 de octubre de 1989, que dispone: “Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar

la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho , entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE ".

Posteriormente, la doctrina evoluciona y distingue entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños". El primer concepto estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, tanto las actividades preparatorias o instrumentales que rodean al estricto juicio técnico como las pautas jurídicas exigibles a dichas actividades.

Indica el TS que "Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad".

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, respecto a la impugnación de las valoraciones o apreciaciones técnicas de las ofertas formuladas por los licitadores, ha establecido que sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental, cabe entrar, ya no tanto en su revisión, como en cuanto a su anulación.

Señala el Tribunal que para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino de determinar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de realizar razonamientos complejos (TACRA, Resolución nº 232/2014, de 21 de marzo).

Los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia el Tribunal debe limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática.

Así, los Tribunales, en sus análisis, están limitados a los aspectos formales de la valoración:

- las normas de competencia o de procedimiento,
- que no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o
- que no se haya incurrido en error material al efectuarla.

Lo que los Tribunales no pueden hacer es sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otro distinto, pues ello supone sustituir el juicio del órgano experto competente para ello, lo cual sería contrario al principio de discrecionalidad técnica.

Es absolutamente necesario que los criterios de valoración estén correctamente definidos en el pliego, así como también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación que es especialmente necesaria en el caso de los criterios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse el principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales (TACRC resoluciones nº102/2013, 263/2011).

Por otra parte, los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengan a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general (TACRC, resolución 301/2012).

La Jurisprudencia reconoce la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de las proposiciones de los licitadores, que solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

En definitiva, a discrecionalidad técnica se opone a la arbitrariedad. Arbitrario se define como "sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón". La propia Constitución Española, en el artículo 9.3, determina el principio de interdicción en la arbitrariedad de los Poderes Públicos.

Con mucho acierto, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 20/2015, de 9 de febrero de 2015, señala que "Es oportuno recordar, que la valoración de la oferta económicamente más ventajosa supone apreciar, dimensionar y evaluar, el contenido de la misma. No resulta en absoluto sencillo identificar esa oferta, pues ello requiere ponderar, sopesar y comparar todas las ventajas de diversa índole que las proposiciones presentadas puedan reportar. Hay que evaluar aspectos diversos, frecuentemente complejos y difícilmente mesurables, así como efectuar juicios valorativos impregnados de subjetividad. Lo que significa que el intérprete de este concepto jurídico indeterminado, que es la «oferta económicamente más ventajosa», dispone de un margen de apreciación —discrecionalidad— para determinar cuál sea la oferta económicamente más ventajosa. La oferta económicamente más ventajosa, en el régimen jurídico de la contratación, es la que maximiza la satisfacción de los intereses públicos gestionados por el poder adjudicador contratante. Es decir, aquella propuesta contractual que mejor y más eficientemente los sirve, que mayor utilidad reporta al conjunto de todos ellos".

3.- LA NECESARIA MOTIVACIÓN DE LAS PUNTUACIONES

El Tribunal Supremo ha insistido en el deber de motivación de los actos de concurrencia competitiva, entre los que se encuentran las calificaciones de las ofertas presentadas por los licitadores en el procedimientos de contratación pública, que en la ya citada STS de 24 de Septiembre de 2014, recuerda que uno de los aledaños del juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y ello, conlleva la necesidad de motivar el juicio.

De esta forma, se deben cumplir, al menos, las siguientes exigencias:

- Expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;
- Consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y
- Expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Determina el TS en la citada Sentencia que resulta evidente que cualquier licitador afectado por el concurso tiene derecho a conocer la motivación de las puntuaciones que hayan sido aplicadas por la Comisión Técnica siendo necesario que "la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: (a) los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y (b) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada."

Coincide doctrina y jurisprudencia en que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos pero sí ha de ser racional y suficiente, y de una extensión suficiente como para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender

sus derechos e intereses. De esta forma, pueden ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (entre otras, STC 37/1982, de 16 junio, SSTS de 9 junio 1986, 13 enero 2000).

Así pues, la motivación sucinta o escueta no equivale a ausencia de dicho requisito, pero sí será necesaria una mínima descripción metodológica de la asignación de puntos en cada criterio, que permita comparar la calificación de las distintas ofertas y poder enjuiciar si se han respetado los principios de igualdad y no discriminación en la puntuación.

Dispone el TACRC en la resolución nº 409/2017, de 05 de Mayo de 2017: "En fin, las escuetas frases que el órgano de contratación da como motivación de la puntuación asignada a la recurrente no merecen la calificación de tal, pues la valoración es consecuencia de un juicio técnico, objetivo y verificable, que se caracteriza por la utilización de una metodología adecuada y generalmente aceptada para el objeto de análisis, y las afirmaciones realizadas como observaciones emplean un lenguaje cotidiano e impreciso, muy alejado del rigor exigible técnicamente".

Conviene insistir en que la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones, la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, que el licitador no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones que han llevado a la elección del contratista y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos (RTACRC nº 241/2011, de 19 de octubre).

De igual manera, es imprescindible recoger en los informes técnicos de valoración las razones por las que determinadas variantes o mejoras no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir igualmente en causa de anulación por los motivos expresados.

La notificación efectuada a los licitadores sin más información que los referentes a la puntuación de los licitadores, en absoluto puede considerarse suficiente para entender que la notificación aportaba a su destinatario los elementos de juicio necesarios para que éste pudiera evaluar la posibilidad de interponer reclamación y fundarla debidamente. (TACRC, Resolución nº 214/2011 y nº 155/2016).

En el caso de que un Tribunal compruebe que hay una absoluta falta de motivación en la resolución recurrida, lo que debe hacer es anularla y retrotraer las actuaciones al momento anterior a su dictado para que se pueda proceder a la motivación de la misma.

También el Tribunal de Cuentas ha venido insistiendo en la ausencia de motivación suficiente en la valoración de los criterios de adjudicación. Así lo hace, por ejemplo, en el Informe nº 760, de fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social, durante los ejercicios 2004 y 2005. Indica el que con excesiva frecuencia, en los contratos examinados, no quedó suficientemente acreditada en la resolución de la adjudicación la motivación de la valoración técnica de las proposiciones de los licitadores. Dicha circunstancia restó de transparencia al procedimiento de contratación y fue contraria a lo establecido en la legislación de contratos, que indica que la resolución del concurso debe motivarse en todo caso por la Administración con referencia a los criterios de adjudicación que figuren en el pliego de cláusulas administrativas.

Así, establece el Tribunal de Cuentas: "Efectivamente, la suficiente motivación de la resolución de la adjudicación por el órgano de contratación es el resultado final del proceso fundamentado y razonado que da lugar a la decisión adoptada por la Administración. La importancia de la motivación ha sido señalada reiteradamente por la jurisprudencia, en este sentido cabe citar la Sentencia Tribunal Supremo del 7 de mayo de 1987 en la que se expone que, "La motivación es inexcusable... porque es, de una parte, la garantía de que la decisión no se toma arbitrariamente sino fundada y razonadamente; y de otra, el medio de que los demás interesados puedan combatir esa fundamentación cuando haya discurrido fuera de los márgenes legales y jurídicos".

De lo expuesto, podemos extraer las siguientes consideraciones sobre la motivación de las valoraciones otorgadas de aquellos criterios que dependen de un juicio de valor:

- La motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones.
- No precisa de un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos, pero sí ha de ser suficiente.
- Las razones han de ser comprensibles y racionales.
- Hay que realizar un detalle comparativo de las razones por las que se otorgan las distintas puntuaciones.

Capítulo IV

LA EMISIÓN DEL INFORME DE VALORACIÓN DE CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR

1.- REGULACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

La contratación pública se ha de ajustar a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, integridad, eficiencia, libre competencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa. Y tiene una especial relevancia en el cumplimiento de estos principios, la determinación de los criterios de adjudicación y la emisión de los informes de valoración, en especial, de aquellos que dependen de un juiico de valor.

Los artículos 145 y 146 LCSP regulan el establecimiento de criterios de adjudicación, así como su valoración. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, si bien, previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida.

Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

Se enumeran en la ley, de forma no exhaustiva, una serie de criterios para la valoración de ofertas:

- La calidad,
- Las características estéticas y funcionales,
- La accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias,
- Las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.
- Como novedad, se dispone que se podrá valorar 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.

- El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro.

Respecto de las características medioambientales podrán referirse, entre otras:

- a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero;
- al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato;
- al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades:

- al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social;
- la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción;
- los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres;
- el fomento de la contratación femenina;
- la conciliación de la vida laboral, personal y familiar;
- la mejora de las condiciones laborales y salariales;
- la estabilidad en el empleo;
- la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato;
- la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo;
- la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual;
- los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

La ley establece una serie de contratos en los que procederá la aplicación de más de un criterio de adjudicación, como aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los candidatos o licitadores; cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas o por reducciones en su plazo de ejecución; contratos de concesión de obras y de concesión de servicios; contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, etc.

2.- VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Respecto de la aplicación de los criterios de adjudicación, hay que tener en cuenta que:

- Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida.
- Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

- La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas.
- Deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. Cuando, por razones objetivas debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se enumerarán por orden decreciente de importancia.
- En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo. Sin embargo, se establece una especialidad para los contratos de servicios del Anexo IV, y los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, en los que los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.

La aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará por los siguientes órganos:

a. En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada. Dicho comité contará con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas. También se podrá encomendar a un organismo técnico especializado, que se haya identificado en los pliegos.
b. En los restantes supuestos, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como, en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la presente Ley.

La ley ha querido establecer una separación entre la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas y la de otros criterios en que no concurra esta circunstancia, realizándose primero ésta última.

La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas.

3.- REQUISITOS PARA LA VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS, ESPECIALMENTE DE LOS QUE DEPENDEN DE UN JUICIO DE VALOR

Los requisitos que deben cumplir los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato, así como su valoración, especialmente los criterios que dependen de un juicio de valor, son los siguientes:

3.1.- DEBERÁN ESTAR DETERMINADOS EN LOS PLIEGOS

Los criterios de adjudicación deberán determinarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberán figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación.

Tal y como se indica en la STJCE de 24 de enero de 2008, (asunto C-532/06, Lianakis), los licitadores deben hallarse en pie de igualdad a lo largo de todo el procedimiento, lo que implica que los criterios y condiciones que rigen cada contrato han de ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras.

El Tribunal de Justicia indica que tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios han de ser previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones.

No obstante, la entidad adjudicadora podrá fijar *a posteriori* los coeficientes de ponderación de los subcriterios, siempre que se cumplan tres condiciones:

- que no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación;
- no contenga elementos que de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;y
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores. (Sentencia ATI EAC y Viaggi di Maio y otros).

Por lo tanto, no será posible determinar *a posteriori* tanto los coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios de adjudicación.

Salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.

En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo. Únicamente cuando por razones objetivas debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

3.2.- DEBERÁN ESTAR VINCULADOS AL OBJETO DEL CONTRATO

El concepto de vinculación se ha ampliado considerablemente con la nueva ley.

"Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

- *a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;*
- *b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material".*

Como ejemplo de la utilización de un criterio de adjudicación sin vinculación con el objeto contractual, la RTARC de Andalucía, en su resolución nº 112/2018, dispone que en el contrato del suministro consistente

en la entrega de medicamentos en el centro sanitario, con la dispensación de estos a los pacientes, la mejora propuesta consistente en aportar el armario automatizado de dispensación, si bien, se trata un producto con enormes ventajas en el proceso de dispensación de los medicamentos, su utilidad no se extiende al proceso de entrega de dichos bienes por parte del contratista que es precisamente el objeto del contrato en cuestión.

Así, concluye el Tribunal que "la mejora prevista en los pliegos no aporta ninguna ventaja directa a los medicamentos concretos que se adquieren, es decir, no mejora su calidad o cualidades intrínsecas; tampoco favorece la ejecución del contrato de suministro en cuanto a plazo o condiciones de entrega y ni siquiera se trata de un elemento accesorio que potencie las cualidades o propiedades de los medicamentos adquiridos. Es más, la mejora descrita en los pliegos ni siquiera se circunscribe al proceso de dispensación de los concretos medicamentos objeto del contrato, pues cabe presumir que las ventajas que el armario automatizado reporta al proceso de dispensación son predicables respecto de cualesquiera otros medicamentos distintos a los que se licitan".

La nueva consideración amplia de la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto de contrato adquiere cierta relevancia en la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación.

La vinculación del criterio de adjudicación con la prestación objeto del contrato se manifiesta de manera importante en los contratos que consumen esencialmente mano de obra como los de servicios de limpieza, puesto que la introducción de criterios de adjudicación o condiciones de ejecución sociales puede ser una forma de prevenir la conflictividad laboral.

En este sentido, la RTRC de Madrid nº 33/2018 aludiendo a que los órganos de contratación son cada vez más conscientes del impacto de las condiciones sociales y medioambientales en la ejecución d ellos contratos, determina que "En relación a los criterios sociales cabe señalar que en gran medida los problemas a la hora de la ejecución de los contratos de servicios derivan de las bajas ofertadas por los licitadores para resultar adjudicatarios de los contratos, que derivan en modificación de las condiciones laborales de los trabajadores, el impago de salarios y otras circunstancias que determinan tensiones y una conflictividad laboral perjudicial para una adecuada prestación del servicio. Las medidas de presión de los trabajadores redundan en una falta de prestación del mismo por parte de la plantilla, ponen en peligro la continuidad del servicio y pueden generar consecuencias en la relación entre el poder adjudicador y contratista. Los órganos de contratación deben planificar la satisfacción de las necesidades públicas de la manera más efectiva a su buen cumplimiento evitando conflictos laborales como huelgas que concluyen con una mala prestación".

3.3.- NO DEBEN CONFUNDIRSE CON LOS CRITERIOS DE SOLVENCIA

Los criterios de solvencia hacen referencia a las circunstancias referidas a las cualidades subjetivas del empresario, sin embargo, los criterios de adjudicación, hacen referencia a la oferta.

Como se indica en la Resolución 76/2015, de 15 de julio de 2015, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, "El requisito de la vinculación al objeto del contrato se ha venido entendiendo en el sentido de que los criterios de adjudicación deben referirse a los aspectos de la oferta, es decir, a las condiciones bajo las que los licitadores proponen la ejecución de la prestación contratada. En cambio, no caben como criterios de adjudicación los aspectos relativos a la capacidad técnica, económica o profesional de los licitadores, especialmente los referidos a las características de la empresa, los cuales sólo son aceptables como criterios de determinación de la solvencia -artículos 74 y siguientes del TRLCSP-".

Igualmente, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 24 de enero de 2008 (Asunto C-532/06, Lianakis y otros), declaró que quedan excluidos como criterios de adjudicación, aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión.

Los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la solvencia no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta, sin perjuicio de la posibilidad de valorar la experiencia del

equipo de trabajo, en cuanto que incide en la calidad de la oferta, y siempre que los medios excedan de la mínimos exigidos como medio de acreditación de solvencia técnica o profesional (RTACRC nº 333/2016).

A modo de ejemplo, en la RTACRC nº 333/2016, respecto del criterio propuesto consistente en disponer de un plan de igualdad registrado en REGCON, el Tribunal entiende que este criterio incumple la LCSP toda vez el mismo no está referido, como exige la ley, a su aplicación en la ejecución del contrato, sino a la empresa licitadora en su conjunto y de forma previa a la formalización del contrato. De igual forma, respecto del segundo criterio de adjudicación recurrido, consistente en la existencia de un mínimo de 50% de mujeres en la plantilla, también va referido la empresa en su globalidad, y no al porcentaje que representan las mujeres en relación con la totalidad de la plantilla que ejecutará el contrato licitado. Es pues, igualmente, un criterio de adjudicación que incumple la Ley 9/2017 por no referirse a la ejecución del contrato, y por no estar vinculado al objeto del contrato. El Tribunal pone en evidencia que el caso presente se da además la circunstancia, de que en este tipo de actividades el porcentaje habitual de mujeres suele ser muy superior al de hombres, con lo que su establecimiento como criterio de adjudicación para favorecer la presencia de mujeres carece de todo sentido, lo que supone un criterio en favor de la desigualdad.

3.4.- DEBERÁN SER FORMULADOS DE MANERA OBJETIVA

Los criterios de adjudicación deberán formularse con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

Los citados principios exigen que, tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos y de igual modo las mejoras, queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, por lo que no es admisible la expresión de criterios abiertos e imprecisos que dejen plena libertad a los técnicos a la hora de su concreción en el proceso de valoración de ofertas (RTACRC nº 132/2015, nº 238/2016).

Igualmente, indica el TCARC en la resolución nº 170/2018, citando el anterior artículo 150.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que implica la necesidad de que como norma general se ponderen los criterios de valoración, y de otra, que la ponderación puede hacerse fijando una banda de valores que debe reunir como requisito esencial tener una amplitud adecuada. “Con este último requisito, pone de manifiesto el legislador que tampoco en este punto es admisible una total discrecionalidad en el órgano de contratación. Como indica el precepto transcrito, la banda de valores debe tener una amplitud “adecuada”. Bien es cierto que este término tiene la condición de concepto jurídico indeterminado y, por consiguiente, que es prácticamente imposible concretar a priori cuál debe ser esa amplitud. Pero, al menos, su exigencia nos dice que, por deber ser “adecuada”, la facultad del órgano de contratación para fijar tal amplitud no es ilimitada, es decir no es discrecional”.

3.5.- LA EVALUACIÓN SE TENDRÁ QUE REALIZAR EN CONDICIONES DE COMPETENCIA EFECTIVA

Los criterios de valoración deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación.

El Considerando 78 de la Directiva 24/2014, en consonancia con la apertura de los mercados públicos, advierte de que la imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las pyme en la contratación pública.

Igualmente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000, señala que "el procedimiento de selección de contratista ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incursos en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el supuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos".

Valorar las ofertas con respeto de los principios de no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva significa que no se podrán valorar aquellos aspectos que aun cuando pueda parecer que están vinculados con el objeto del contrato, por sí mismos y de forma objetiva no impliquen una mejor proposición y, en definitiva, una mejor ejecución del contrato, de manera que con ellos lo que se está es limitando o restringiendo el acceso a licitadores que sí podrían cumplir con el objeto de la prestación.

Es importante en este punto, hacer referencia a la utilización de un criterio de selección de licitadoras con fundamento en un cierto arraigo territorial, siendo pacífica la doctrina en torno a la proscripción de este criterio, ora lo sea como requisito para contratar, ora lo sea como criterio de adjudicación.

Como ejemplo, en la Resolución nº 220/2012 del TACRC se indica que *"En consecuencia, el valorar de forma indiscriminada, como hace la cláusula 12.8.B) del pliego, el número de oficinas superiores al mínimo exigido en la cláusula 2.7.1.c) del PCAP entiende este Tribunal resulta contrario a los principios de igualdad de trato y no discriminación, así como al de concurrencia, sin que exista la debida vinculación con el objeto del contrato, pues con ello lo que se hace es favorecer al licitador que disponga de un mayor número de oficinas sin considerar el efecto que ello puede tener sobre la oferta, al objeto de que el contrato se adjudique a la oferta más ventajosa, en cuanto que con un criterio de adjudicación, como el aquí impugnado, se valoran todas las oficinas adicionales de los licitadores, incluso las situadas en poblaciones en las cuales no existen notificaciones o éstas sean poco significativas, lo cual es claro que no redunda en una mejor oferta, siendo lo procedente valorar únicamente aquellas oficinas que por su situación o ubicación inciden de forma directa y efectiva en una mejor prestación del servicio, y por tanto permiten valorar la mejor oferta"*.

Por otra parte, tal y como ha señalado la doctrina en muchas ocasiones, el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público, ni considerado como criterio de valoración (Informe JCCA 9/09, de 31 de marzo de 2009).

Así, resulta indiferente que la exigencia de una oficina, almacén, centro de trabajo o establecimiento, una delegación o un delegado sea exigible como un requisito de solvencia, una obligación de adscripción de medios materiales, un criterio de valoración de las ofertas o bien, como es el caso de este expediente, exigirla como una prestación del contrato. Cualquiera que fuera la forma en la que la Administración contratante configure una medida discriminatoria o innecesaria para alcanzar los fines que se pretenden mediante el contrato o desproporcionada para ello, vulnera los principios aplicables a la contratación pública, bien sea la necesidad de un trato igual y no discriminatorio, la libertad de acceso a las licitaciones o la concurrencia (Sentencia del TJUE del Asunto C-158/03).

3.6.- LAS MEJORAS DEBERÁN ESTAR DEFINIDAS

Deberán estar suficientemente especificadas, fijándose de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato. En los supuestos en que su valoración dependa de un Comité de Expertos, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento.

Dispone la LCSP que se entiende por mejoras las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato. Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación.

La legislación, la doctrina y la jurisprudencia proscriben las mejoras genéricas.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, se ha pronunció favorablemente a la posibilidad de admitir mejoras, expresamente recogidas en los pliegos, que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación, siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato.

A modo de ejemplo, Indica la Junta en el citado informe que *"las simples referencias contenidas en sus pliegos a Mejoras de las características técnicas y funcionales de la obra, considerando fundamentalmente los aspectos de cantidad y calidad de las capas de suelo y afirmado, debiendo de determinarse expresamente el costo, que será en todo caso por cuenta del contratista (entre 0 y 10 puntos), o PROPUESTAS DE VARIANTES Y/O MEJORAS (Entre 0 y 12 puntos)...se aceptaran propuestas de variantes y/o mejoras en los aspectos ambientales, técnicos, económicos, estéticos o funcionales, sin que afecten a la esencia de lo proyectado, las cuales deberán justificarse, así como precisar si es el licitador quien se hace cargo del coste de la modificación propuesta o es la Administración...(entre 0 y 12 puntos)» no cumplen el requisito mencionado, al pretender valorar la ejecución adicional y gratuita por parte del contratista de obras adicionales sin que previamente se haya concretado en el pliego la forma en la que deben valorarse, a efectos de seleccionar la oferta económicamente mas ventajosa"*.

3.7.- SE DEBERÁN MOTIVAR LAS PUNTUACIONES ASIGNADAS

Será necesario detallar los motivos concretos por los que se asigna a cada licitador su puntuación.

En la aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos que dependen de un juicio de valor, la ponderación de la puntuación que se efectúe sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se asigna la misma, es inadmisible por carecer de motivación.

Porr lo tanto, no es posible admitir una valoración de los criterios objetivos de adjudicación sin expresión de las razones por las que se llega a ella, por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego. Igualmente, es imprescindible por lo tanto, recoger en los informes técnicos de valoración las razones por las que determinadas variantes o mejoras no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido por resultar imposible de revisar (JCCA de Aragón, Informe 1/2011, de 12 de enero).

3.8.- TENDRÁN PREPONDERANCIA LOS CRITERIOS QUE PUEDAN VALORARSE MEDIANTE CIFRAS O PORCENTAJES OBTENIDOS A TRAVÉS DE FÓRMULAS

El legislador persigue que en la adjudicación del contrato predominen los criterios en los que no quepa un margen de discrecionalidad, de forma que para valorar las ofertas se deberá constituir un comité formado por expertos con cualificación apropiada cuando:

- Se trate de un procedimiento abierto o restringido.
- Qué además del precio u otros criterios que se puedan valorar automáticamente mediante formulas previstas en los pliegos, se valoren las ofertas con criterios que requieran un juicio de valor.
- Que estos criterios que se valoran en función de un juicio de valor tengan una ponderación superior a aquéllos que se valoran directamente mediante fórmulas establecidas en los pliegos.

Sobre la composición del comité de expertos:

- Deberán ser como mínimo tres miembros.
- Siempre que sea posible, los miembros del citado comité habrán de ser personal al servicio del departamento ministerial u organismo contratante. En ningún caso podrán estar integrados en el órgano que proponga la celebración del contrato.
- Todos los miembros del comité contarán con la cualificación profesional adecuada en razón de la materia sobre la que verse la valoración.

Respecto de la designación de los órganos que deban efectuar la valoración:

- Podrá hacerse directamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o bien establecer en ellos el procedimiento para efectuarla.
- En los casos en que la valoración deba hacerse por un organismo técnico especializado, la designación de éste deberá figurar igualmente en el pliego de cláusulas administrativas particulares y publicarse en el perfil de contratante.
- En ambos casos, la designación deberá hacerse y publicarse en el perfil de contratante con carácter previo a la apertura de los sobres o archivos.

3.9.- SE EVALUARÁN POSTERIORMENTE LOS CRITERIOS QUE DEPENDAN DE UN JUICIO DE VALOR

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, haciendo pública la valoración de aquellos criterios en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas, o bien, publicándola en el perfil de contratante si no se hiciera el acto público al tratarse de una licitación electrónica.

Con esta medida se pretende que el técnico no esté contaminado y que cuando se abra el sobre de criterios dependientes de la aplicación de fórmulas, la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor no pueda ser alterada.

Esta separación entre criterios ha supuesto en multitud de ocasiones la exclusión del procedimiento licitatorio de aquellas ofertas en las que en el sobre de criterios dependientes de un juicio de valor, se hayan incluido datos que corresponden al sobre de los criterios matemáticos. En este sentido, la Resolución TACRC nº 771/2016, de 30 de septiembre indica: “Pues bien, este Tribunal ha abordado en diversas ocasiones la problemática objeto de este recurso. Así, en la Resolución 417/2016, de 15 de julio, ha afirmado que “Sexto. A.- Como es sabido, este Tribunal ha venido declarando que la inclusión de información sobre la oferta económica o sobre los criterios de adjudicación evaluables de manera automática o mediante fórmulas en los sobres destinados a recoger la documentación administrativa o los criterios dependientes de un juicio de valor puede constituir causa de exclusión del licitador que así actúa (cfr.: Resoluciones 67/2012, 62/2013, 688/2014, 890/2014, 661/2015 y 8/2016 entre otras). Ello es así porque, con tal proceder, se infringe el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública (cfr.: artículos 145.2 y 160 TRLCSP) y hace imposible la aplicación de la regla fundamental en nuestro Ordenamiento (cfr.: artículos 150.2 TRLCSP y 26 y 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; Resolución 110/2014) que impone que la evaluación de los criterios dependientes de un juicio de valor se haga antes que la de los objetivos, a fin de salvaguardar la imparcialidad de aquella tarea”.

BLOQUE V

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN: SU UTILIZACIÓN AL SERVICIO DE LA INTEGRIDAD Y LA MEJORA DE LA CONTRATACIÓN

CAPÍTULO I

MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: EL PERFIL DE CONTRATANTE. CLARIDAD Y OBJETIVIDAD DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

1.- INTRODUCCIÓN

Si bien todos los principios enunciados en el artículo 1 de la Ley 9/2017, 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 – LCSP -tienen importancia en la contratación pública, es absolutamente necesario el principio de unidad de trato. No cabe duda de que ninguna contratación alcanzaría sus objetivos, tanto directos como transversales, si no se otorga un trato igual a todos los licitadores, permitiendo la máxima concurrencia y haciendo posible la elección de la mejor oferta en todos los aspectos. No obstante se trata de un principio que requiere de otros para su cumplimiento objetivo, quedándose, en otro caso en una mera enunciación o, como mucho en una intención.

Una de las premisas ineludibles es que para garantizar el principio de igualdad de trato es imprescindible la aplicación estricta del principio de transparencia. Como manifestación y garantía de este principio, se creó en la Ley 30/2017, de Contratos del Sector Público, la figura del Perfil de Contratante, alojada en las páginas web institucionales y donde debía publicarse determinada información sobre los contratos del organismo de forma obligatoria, y podía publicarse voluntariamente cualquier otra relativa a los mismos. Desde entonces hasta la regulación actual en la LCSP la figura del perfil de contratante ha ido evolucionando incluyendo un mayor número de publicaciones obligatorias y exigiendo formatos reutilizables y de uso general.

Y, dentro de cada expediente de contratación, otro de los caballos de batalla de la transparencia es que los criterios de valoración, mediante cuya aplicación son adjudicados los contratos, sean y se formulen de forma clara para un interesado (no necesariamente experto) y se apliquen con total objetividad, de forma que se aporte la mayor cantidad de luz a aquellos aspectos que determinan que oferta es la más ventajosa en términos generales. Es importante hacer notar que los criterios de valoración indican que aspectos son considerados como importantes para el órgano de contratación y en qué medida, tanto que, en función de su oferta por parte de la empresa se determina cual es la mejor de las ofertas de entre todas las presentadas. Por lo tanto, su expresión y determinación deben hacerse de forma que sean entendidos y en su aplicación debe garantizarse la objetividad para que será una realidad la comparación de las ofertas.

Los dos aspectos se imbrican si tanto los pliegos donde se formulan los criterios, como los informes de valoración, actas de la mesa de contratación o cualquiera de los trámites y documentos donde se refleja su aplicación se publican en el Perfil de Contratante, de forma que tanto una formulación clara como una aplicación objetiva y correcta de los criterios de valoración puedan ser apreciadas por cualquier

interesado en el expediente, ya sea licitador, órgano de control, o simplemente un ciudadano con interés en la necesidad cubierta por el contrato, siendo esta circunstancia manifestación aumentada del principio de transparencia, al sumarse a una correcta formulación y aplicación de los criterios de valoración, su exposición pública.

2.- EL ORIGEN DEL PERFIL DE CONTRATANTE Y SU IMPORTANCIA PARA EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

La obligatoriedad de creación del perfil de contratante aparece en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y desde entonces se ha configurado como uno de los principales instrumentos garantizadores de la transparencia en la contratación pública.

En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 obligaba a los poderes adjudicadores a crear su "perfil de contratante", que debería ubicarse dentro de las páginas web institucionales y determinaba su pleno funcionamiento a partir del 1 de mayo de 2008, fecha de entrada en vigor de la ley anteriormente mencionada, con el fin de que toda la información, ya sea voluntaria o legalmente obligatoria, relativa al procedimiento de adjudicación del contrato que se licite, pueda publicarse en el mismo.

Con carácter obligatorio debía publicarse la **adjudicación provisional**. Una vez dada a conocer a través de este medio, empezaban, en los contratos sujetos a **regulación armonizada**, a contar los plazos para la interposición del recurso especial en materia de contratación y, para todos los contratos, los recursos ordinarios.

Debían publicarse anuncios previos, el pliego cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas, contratos adjudicados, procedimientos de contratación anulados, es decir, toda la información relativa al contrato para que fuese posible conocer, de forma transparente, el comportamiento de los Poderes adjudicadores en la gestión de la contratación del Sector Público.

En este contexto resulta necesario tener en consideración las exigencias de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG) en materia de publicidad de la actividad contractual siguen vigentes en los términos establecidos en el artículo 8.1 a), que si bien supuso un gran avance en relación con el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el nuevo marco normativo representa un menor grado de publicidad.

Y ello es así, porque como nos recuerda el Informe 8/2015, de 20 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, emitido al Anteproyecto de Ley de contratos del sector público, que:

> *«Por ello, no debería este artículo 63 inducir a confusión entre los distintos instrumentos de publicidad y transparencia, Perfil de contratante y Portal de transparencia, pues el primero tiene que estar dirigido a los licitadores y dotado de funcionalidades adaptadas a ellos (sistemas de alarmas sobre anuncios de licitación que pueden ser de su interés, sistema de alarmas sobre aquellos procedimientos en los que está participando, etc.). Mientras que el Portal de transparencia se refiere a información de contratos ya adjudicados, y es un repositorio histórico de dicha información. Por supuesto, todo ello sin perjuicio de los oportunos enlaces entre Perfil y Portal, de forma que resulten complementarios».*

Sin perjuicio del libre ejercicio del derecho a la información para el conjunto de la ciudadanía, según lo establecido en el artículo 12 y siguientes, al margen del derecho de acceso a la información de los licitadores regulado en la LCSP.

3.- ACTUALIDAD DEL PERFIL DE CONTRATANTE

Actualmente, el artículo 63 de la LCSP, que regula el perfil de contratante, mantiene la difusión exclusivamente a través de internet del mismo y lo define como el elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público. Asimismo establece el acceso a la información que contiene de forma libre, sin identificación previa salvo para el acceso a servicios tales como suscripciones, envío de alertas, comunicaciones electrónicas o envío de ofertas y además, aumentando las garantías de transparencia, y se obliga a que el sistema informático que soporte el perfil de contratante cuente con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo. Es decir, que no solo se requiere acreditar que se ha realizado la publicación, también se exige la acreditación de "cuando".

Como novedad en relación al perfil de contratante en sí mismo, se establece la obligación de publicar en formatos abiertos y reutilizables y la de mantener la información contenida durante un periodo mínimo de cinco años.

Se aumenta la información obligatoria, incluyendo información de tipo general como puntos de contacto, números de teléfono y de fax, dirección postal y dirección electrónica, informaciones, anuncios y documentos generales, tales como las instrucciones internas de contratación y modelos de documentos y en el caso de la información relativa a los contratos, se incluye la memoria justificativa del contrato, informe de insuficiencia de medios en los contratos de servicios, justificación del procedimiento de adjudicación salvo cuanto se utilice el procedimiento abierto o restringido, pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas o documentos equivalentes, y el documento de aprobación del expediente. Asimismo deberá publicarse el objeto detallado del contrato, su duración, el presupuesto base de licitación y el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, los anuncios relativos al mismo (información previa, licitación, adjudicación y formalización de los contratos, de modificación con su justificación, de concursos de proyectos y sus resultados), con las excepciones establecidas en las normas de los negociados sin publicidad. También deberán publicarse los medios a través de los que se ha publicitado el contrato y los enlaces a esas publicaciones.

Y, una vez adjudicado el contrato, el número e identidad de los licitadores, todas las actas de la mesa de contratación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato.

Si procediera, serán objeto de publicación en el perfil de contratante la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, el desistimiento, la declaración de desierto, así como la interposición de recursos.

De forma completamente novedosa, y dando un impulso sustancial a la transparencia en la contratación pública se establece la obligación de publicar la información relativa a los contratos menores, que deberá realizarse al menos trimestralmente incluyendo como mínimo, su objeto, duración, importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario, con la excepción de los contratos menores de valor estimado inferior a cinco mil euros, cuyo sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

También es novedosa la obligación de publicar la formalización los encargos a medios propios por encima de 50.000 € y de publicar los de importe superior a 5000 de forma similar a la contratación menor.

Los aspectos incluidos en los dos párrafos anteriores constituyen una auténtica revolución en lo que a transparencia de la contratación se refiere, aunque tienen un antecedente en los datos obligatorios a publicar en los portales de transparencias según lo indicado en la Ley. No obstante, la publicación en la misma ubicación que el resto de la contratación permite una apreciación más completa de la actividad contractual del organismo.

Y para finalizar deberán ser objeto de publicación los procedimientos anulados, la composición de las mesas de contratación, la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor en los procedimientos en los que sean necesarios (además se indica expresamente que deberá publicarse el cargo de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos, no permitiéndose alusiones genéricas o indeterminadas).

Adicionalmente a la publicación de la información, se referencian a dicha publicación los plazos relativos a los distintos tipos de notificaciones enviadas, siendo menores si se produce la publicación del acto comunicado, sea o no obligatorio, lo que supone una apuesta por el aumento de la transparencia y la agilidad en la tramitación.

4.- ¿CUÁL ES EL VERDADERO PERFIL DE CONTRATANTE? LA PUESTA EN VALOR DE LA PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

A pesar del avance que supuso el establecimiento de los perfiles de contratante, teniendo en cuenta que se estima que en España existen unos 22.000 órganos de contratación, la posibilidad de cualquiera pudiese tener conocimiento de la publicación de los anuncios de licitación de su interés en cada uno de ellos resultaba imposible. Existía la posibilidad de contratar a empresas que exploraban los anuncios publicados en los perfiles y en los boletines oficiales e informaban de los mismos. Si bien lícita, esta actividad suponía un coste para las empresas que no todas podían y querían asumir, creándose *de facto* una diferencia en el acceso a las licitaciones.

Pero el alcance y extensión de la publicidad en materia de contratación pública daba un salto cualitativo en el año 2013, con la Disposición Adicional Tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, que introducía un nuevo instrumento de publicidad sobre la contratación pública al señalar que en la Plataforma de Contratación del Estado se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del art. 3 TRLCSP, indicación que, en consecuencia, sujeta a las entidades que integran la administración local.

Con esta herramienta se pretendía facilitar a los posibles licitadores un seguimiento de la contratación, que la utilización de las nuevas tecnologías permite, con independencia del territorio de localización, al establecer un punto común donde localizar todas las licitaciones del sector público. Aspecto que cobra especial importancia en un Estado como el nuestro, con una organización territorial descentralizada, que sólo en el ámbito local, aporta 8.125 municipios, más Diputaciones Provinciales, y otras EELL, y con un complejo sector público, que nos sitúa ante más de 20.000 perfiles de contratante. Imposible de manejar por una gran empresa, qué decir de las PYMES. PLACSP es una herramienta básica para garantizar los principios libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación de trato entre los licitadores.

Con la aprobación de la LCSP esta obligación pasa a integrarse en el cuerpo normativo sobre contratación pública, en cuyo art. 347 LCSP contempla la PLACSP como una plataforma electrónica que permita la difusión a través de Internet de sus perfiles de contratante, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos, a disposición de todos los órganos de contratación del sector público por la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de que las CCAA puedan establecer sistemas propios de características similares a PLACSP.

En cuanto a los órganos de contratación de las Administraciones locales, así como los de sus entidades vinculadas o dependientes podrán optar, de forma excluyente y exclusiva, bien por alojar la publicación de sus perfiles de contratante en el servicio de información que a tal efecto estableciera la Comunidad Autónoma de su ámbito territorial, o bien por alojarlos en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Pero, sin duda, el punto de inflexión en relación al cumplimiento de esta obligación y, en consecuencia, para disponer de una herramienta transparente y única de publicidad en materia de contratación, es la consecuencia que la LCSP anuda a su infracción: la nulidad de pleno derecho. Si el perfil de la entidad local no está en PLACSP los respectivos procedimientos de licitación podrían ser nulos de pleno derecho. Probablemente, en la génesis de esta regulación está el escaso grado de cumplimiento que esta obligación ha obtenido desde su aprobación. Para remediarlo, el legislador ha vinculado la validez del procedimiento de licitación a este requisito, al establecer en su art. 39.2 c) la condición de causa de nulidad de pleno derecho, a la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135 LCSP.

5.- LA CLARIDAD DE LA INFORMACIÓN PUBLICADA

A la hora de plantearnos que es lo que significa “claridad” en este aspecto, es necesario tener en cuenta que la contratación pública no es un área de general conocimiento. Es cierto que casi todo el mundo ha oído hablar de contratos, concesiones, subastas, etc., pero generalmente a través de los medios de comunicación cuya información no es, en la mayoría de los casos, ni lo suficientemente rigurosa ni lo bastante aclaratoria.

Para que la transparencia sea real y pueda usarse eficazmente en aplicación del principio de igualdad de trato, no es suficiente publicar, es necesario hacerlo de forma entendible para el ciudadano medio. De otra forma, aunque formalmente se cumplan los requisitos establecidos en las leyes, realmente no se consigue el objetivo perseguido.

Si lo único que se hace es publicar, una cantidad de publicaciones tan grande como la establecida en la LCSP, publicada “en peso” puede llevar a una situación de ahogamiento, produciendo el efecto contrario, aportando oscuridad en lugar de iluminar el expediente y causando que solo aquellos expertos que sepan lo que tienen que buscar, que conozcan el leguaje administrativo utilizado y que tengan, no solo un conocimiento amplio de la legislación sobre contratos sino también experiencia en la gestión de los mismos puedan interpretar adecuadamente los documentos publicados y detectar cualquier anomalía en los mismos.

Pero el objetivo no puede ser solo publicar para expertos (lo que también es necesario, el perfil de contratante debe permitir a un experto hacerse una idea clara del devenir del expediente de contratación, desde su gestión hasta su extinción, facilitando la tarea, por ejemplo, de los órganos de control externo), es necesario garantizar también el derecho de los ciudadanos a la comprobación del uso adecuado de los fondos públicos, que son suyos, y a la constatación de que las prácticas utilizadas son adecuadas, limpias, y que garantizan los derechos de todos los interesados.

Por lo tanto, el perfil de contratante, no solo debe publicar los documentos del expediente (incluyendo documentos tan difíciles de entender como los informes técnicos), sino también los resúmenes y cuadros que permitan una comprensión rápida del mismo sin entrar en profundidades y que demuestren, de forma sencilla, que el adjudicatario realmente ha presentado la mejor oferta y – cosa que aún no se hace – que esa mejor oferta sobre el papel ha resultado, una vez extinguido el contrato, la más adecuada para dar satisfacción a las necesidades de la administración. Debe demostrar no solo la adecuada

aplicación de las normas en la licitación, también que, una vez formalizado el contrato, se ha exigido al contratista el cumplimiento total de las prestaciones en todos sus aspectos – incluyendo los sociales y medioambientales y el pago a los subcontratistas y suministradores – y, de no haber sido así, que la administración ha aplicado las medidas adecuadas para garantizar el resarcimiento provocado por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

Capítulo II

BENEFICIOS QUE APORTA EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: RENDICIÓN DE CUENTAS, REDUCCIÓN DEL FRAUDE Y DE LA CORRUPCIÓN, CONFIANZA, CONCURRENCIA Y COMPETENCIA.

1.- INTRODUCCIÓN

En el último decenio, la transparencia ha aparecido a la primera línea política como salvaguarda de la democracia para lugar contra los numerosos casos de corrupción que han sido destapados en nuestro país. Es sin duda, el principio que puede ayudar a regenerar lo público, comenzando por la clase política, tan denostada por una ciudadanía que ha dejado de confiar en sus gobernantes.

Se debe mitigar la baja confianza de la ciudadanía en los políticos con el aumento de la transparencia. Así podremos conseguir unas Administraciones Públicas imparciales, con políticas de apertura en su acción de gobierno, participación ciudadana inclusiva y con unos sistemas de rendición de cuentas exigentes e integrados.

Y llegados a este punto, no cabe duda, que la mejor forma de hacerlo es conociendo las instituciones, su diseño y su funcionamiento. La mejora y redefinición de las instituciones pasa por reducir las distancias entre el ser y el deber ser transparente.

Para que las instituciones públicas cumplan con sus obligaciones en materia de transparencia y contratación pública deben:

- Adquirir el compromiso de los políticos con unos valores que deben traducirse en políticas públicas que favorezcan la apertura de las instituciones. El largo plazo será necesario en unas metas que se alejen de la inmediatez.
- Existir coordinación e interacción para conseguir impactos positivos en la acción de gobierno.
- Asumir la cooperación como eje fundamental para trabajar por el bien común.

La transparencia hará cambiar los equilibrios de poder y es necesario enfrentarse a los nuevos retos que las instituciones deben interiorizar en sus políticas. El S.XXI trae consigo unos poderes públicos más orientadas a satisfacer la demanda de la ciudadanía incorporándola en el centro de la gobernanza. Ahora, la ciudadanía, es un actor al mismo nivel que los políticos, hablándose de tú a tú y entre ambos

deben definir y dar soluciones a los problemas sociales de cada ciudad. Se rompe así el clientelismo que ha podido darse en determinadas instituciones con el apoyo al gobierno desde sectores que querían posicionarse y obtener beneficios, sobre todo económicos. La calidad del gobierno será mejor a través de la imparcialidad.

En materia de contratación, las nuevas reglas del juego: normativa sobre transparencia, contratación pública, planes de gobierno abierto o incluso la presión internacional de los poderes económicos y políticos, nos conducen a pensar que estamos en el buen camino para que las sociedades funcionen mejor y las economías sean más fuertes y menos vulnerables a las crisis. En todo caso, la sociedad civil organizada que aprovecha las tecnologías de información junto con instituciones internacionales como la Unión Europea o el Consejo de Europa, son indispensables para impulsar el cambio que estamos viviendo dentro y fuera de las instituciones.

La transparencia como vértice del Gobierno Abierto mejora los servicios públicos, una mayor participación, ahorro de gastos y disminución de la corrupción. Y la transparencia en la contratación pública deberá pilotar en los siguientes ejes para conseguirlo:

- La inclusión de más actores, sobre todo de las PYMES. Hay que apoyar a aquellos que tienen menos ventajas frente a las grandes empresas que suelen copar las contrataciones públicas más cuantiosas.
- Relevancia de la información que se ofrece en los procesos de contratación destacando aquello que se contrata, el por qué y las expectativas de las administraciones para reforzar sus políticas con dichos contratos.
- Accesibilidad y claridad de la información en los procesos de contratación pública. No solo para las grandes empresas, PYMES y autónomos sino para que la propia ciudadanía conozco lo que se contrata y para qué de cara a exigir responsabilidades en la gestión y rendición de cuentas.
- El apoyo de los funcionarios públicos, garantes de la ley y actores principales para elaborar pliegos y contratos que respondan a los principios de eficacia y eficiencia.

2.- EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

En el ámbito de la contratación pública, como no podría ser de otra forma, el principio de transparencia pivota sobre: mostrar (publicidad activa) y dejar ver (publicidad pasiva, a través del derecho de acceso la información).

El bien común también es exportable a la contratación pública. Las Administraciones Públicas cumplen así el mandato de nuestra Constitución Española de 1978 en su artículo 103 *"La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales"*. Y el principio de transparencia canaliza su cumplimiento desde dos perspectivas: la ética y la legal. Es un medio para exigir responsabilidades a los poderes públicos.

Podemos considerar la contratación pública como un elemento participativo entre la administración y la empresa pero, hoy con un actor invitado, la ciudadanía, quien debe poner sus ojos en el proceso de contratación como principal receptora de los servicios públicos, con poder legítimo para realizar el seguimiento y control de la acción contractual.

Las Tecnologías de la Información cobran gran importancia en nuestros días, sobre todo Internet, en la relación entre el principio de transparencia y la contratación pública. La información ya no solo está en manos de unos pocos sino que es pública y se publicita para todo el mundo.

El Gobierno Abierto, nuevamente se abre paso a través de la conexión entre transparencia, rendición de cuentas y participación de la ciudadanía. Se siembra el campo de la colaboración entre los políticos y

la sociedad incluyendo a las personas, las empresas, las organizaciones… que con dichas interacciones ayudan a modernizar e innovar las Administraciones Públicas.

El principio de transparencia por el que se aboga es aquel que pueda dar respuesta a la necesidad de que todo el proceso de la contratación se haga de manera pública, y que cualquier persona interesada pueda obtener información sobre su desarrollo y de cada una de las etapas del procedimiento administrativo de contratación. Si se consigue publicitar abiertamente todo el proceso se minimizará el riesgo de fraude y mala gestión pública. La transparencia emerge como un instrumento clave y natural para prevenir la corrupción y garantizar la integridad de la gestión pública.

Principio de transparencia que en las Administraciones Públicas ayuda a mejorar los elementos organizativos necesarios para llevarlo a cabo, aplicando la normativa nacional, comunitaria o local, adecuando la su estructura y contando con el personal adecuado para su gestión y control. Además incorpora a la gestión procedimientos operativos y éticos para publicar, agilizar y garantizar la libre competencia, concurrencia del proceso de contratación pública.

3.- RENDICIÓN DE CUENTAS

En toda democracia, la rendición de cuentas es una necesidad y conlleva el control, la fiscalización y la responsabilidad de gestionar lo público. Aquí, no debemos dejarnos llevar por el término como una opción, sino como una obligación de publicar las políticas públicas y cómo las abordamos (estrategia, costes, evaluación…).

Existe una doble vertiente a las que se debe rendir cuentas, por un lado la obligación de las Administraciones Públicas (políticos y funcionarios) de publicar información sobre su gestión y por el otro, el derecho de la ciudadanía de conocer el cómo se ha realizado para verter un juicio justo.

En materia de contratación el hándicap no es solo se debe rendir cuentas publicando información, sino que se debe explicar y justificar por qué se ha contratado un servicio con una empresa y no con otra, por un precio y no por otro, etc. Es muy importante que surja un diálogo entre la administración y la ciudadanía (con un interés legítimo al ser contribuyentes) para realizar una crítica constructiva constante sobre las decisiones tomadas, acertadas o no con el fin de realizar una gestión ejemplarizante del dinero público.

La ley y el deber de cumplirla hacen de la rendición de cuentas un instrumento para sancionar aquellos actos ilegales. Es muy importante que el poder público conozca que las prácticas no correctas en el servicio público deben ser sancionadas. Aquí debemos poner el acento no solo en los políticos o los funcionarios que con sus actos infringen la ley sino también con aquellos que coaccionan, malversan o promueven los actos delictivos desde fuera: empresarios, lobbies, etc.

Por último, la rendición de cuentas debe hacer ver a las AAPP que las políticas públicas deben ser transparentes, se deben evaluar con el fin de prever conductas dañinas para el interés general, limitar las arbitrariedades y dar cumplimiento a las normativas y procedimientos preestablecidos.

Para ejercer el control sobre la rendición de cuentas, podemos distinguir dos escenarios:

- Vertical: aquel que subyace de las urnas en democracia y que permite a la sociedad elegir a sus políticos.
- Horizontal: aquel que el propio Estado diseña para ejercer de supervisor o controlador, por ejemplo, en España sería el Tribunal de Cuentas que puede dirimir e investigar las prácticas en materia de contratación de una entidad pública para juzgar los procedimientos y sancionar en su caso.

3.1- RENDIR CUENTAS A TRAVÉS DE INTERNET

Existen distintas formas de publicar información en Internet para rendir cuentas de la gestión por parte de las AAPP. La página web española www.rendiciondecuentas.es permite a las organizaciones dar cumplimiento a lo establecido en la legislación nacional.

rendiciondecuentas.es

Como se indica en la LCSP, será de obligado cumplimiento la remisión de las cuentas de las AAPP, vía telemáticamente, a la plataforma estatal de rendición de cuentas. Es la página web donde las entidades locales publican información de sus Cuentas Generales con información relativa a contratos, acuerdos y resoluciones contrarios a reparos formulados por interventores locales y anomalías detectadas en materia de ingresos, así como sobre acuerdos adoptados con omisión del trámite de fiscalización previa.

También se recogen los indicadores de la actividad económica, financiera y presupuestaria de las entidades locales que facilita el control por parte de la ciudadanía, entre otros.

Si por un lado el propio Estado ejerce el control de las cuentas públicas de las AAPP, la ciudadanía no se queda atrás y ha desarrollado algunos mecanismos de control social. Una de las primeras herramientas para rendir cuentas creada por la sociedad civil fue https://dondevanmisimpuestos.es/. Creada por la organización CIVIO ha dado pie a multitud de páginas institucionales que buscan acercar a la ciudadanía la gestión de las administraciones explicando el presupuesto (gastos, ingresos, contratos, transferencias…) en portales de transparencia de administraciones públicas.

3.2.- REDUCCIÓN DEL FRAUDE Y DE LA CORRUPCIÓN

En nuestro país la corrupción es un tema que preocupa a la sociedad y es muy importante combatirla para promocionar el desarrollo económico, la calidad de la democracia y la justicia social.

La transparencia en la contratación pública impulsa una doble visión interna y externa como afrontar la reducción de la corrupción. Por medio del cambio cultural de las instituciones, creando controles en las estructuras de las organizaciones y en los procedimientos que previenen negligencias y por otro, con la publicación de la información para conocimiento de la ciudadanía y la sociedad en general.

Hay que advertir de que los casos que aparecen en los medios de comunicación sobre corrupción y fraude en las AAPP, malas prácticas en contratación, etc., llevan a que la percepción que tiene la sociedad de los poderes públicos y empresariales corruptos aumente notablemente, creándose así una desafección por los políticos y las instituciones que costará años olvidar.

La transparencia aquí juega un papel muy importante para intentar reconducir y la confianza entre el poder político y la ciudadanía, pues los procesos automáticos y la contratación electrónica aportan un aire fresco para disminuir la corrupción, el fraude a través de la auditoría pública de los procesos de licitación.

La lucha contra el fraude y la corrupción debe ser una prioridad para todas las AAPP y en la materia que nos ocupa, la contratación pública debe ser sensible a las posibles vulnerabilidades del proceso:

- En la redacción de los pliegos técnicos con unas especificaciones que a veces pueden expulsar a determinados contratistas y favorecer la selección de otros.
- En la fase de adjudicación pueden darse conflictos de intereses.

- En la fase de ejecución, casi nunca se evalúan los proyectos llevados a cabo e incluso se modifican para realizar nuevos contratos encubiertos.

Un mayor control puede ayudar a detectar prácticas ilícitas que buscan el interés particular frente al interés general de las políticas públicas.

4.- LA IGUALDAD DE TRATO: LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA

La publicidad a través de medios electrónicos de los procesos de contratación, potencia la igualdad de los licitadores, la libre concurrencia y la competencia con mejores ofertas para desarrollar políticas públicas.

Las AAPP a través de los principios de libre concurrencia y competencia promueven el acceso de las empresas a las licitaciones en igualdad de condiciones favoreciendo una oferta del mercado más justa.

De forma transparente, se debe publicitar el procedimiento de licitación a través de Internet que existe mayor concurrencia de empresas con los mismos requisitos de participación para todas ellas.

La UE, a través de sus Directivas en materia de contratación, hace hincapié en el principio de competencia indicando que si no se da, no existe una contratación pública válida. El interés reside en que todas las empresas europeas pueden licitar en cualquier país miembro.

Algunos de los beneficios que conlleva la contratación, a nivel económico, son:

- Eficiencia.
- Mejores ofertas al existir más concurrencia y competencia entre los licitadores.
- Ahorro de recursos, lo que permite atender a otros fines (mejora de la sociedad / fomento de la riqueza).
- Proyección transfronteriza de las empresas.
- Dinamización de la actividad económica.
- Ayuda a las PYMES.
- Cohesión del mercado.

5.- RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

Recientemente la OCDE ha propuesto garantizar que la contratación pública se aborde desde un enfoque integral y estratégico. Mediante ella, se propone que un ciclo de contratación pública en su totalidad, integrándola con otros elementos de la gobernanza estratégica, como el presupuesto y la gestión financiera.

Sus pilares se basan en:

- Favorecer la asignación adecuada de los recursos públicos, proponiendo recurrir a la contratación pública como herramienta estratégica;
- Aportar rentabilidad, pues fomenta una mayor eficiencia en el gasto público.
- Atenuar riesgos como los de la ineficiencia o la corrupción, a menudo muy presentes en proyectos de contratación de grandes infraestructuras y otros de gran complejidad.

En materia de transparencia, integridad, accesibilidad, participación, capacidad, uso de las TIC y evaluación, sus principales recomendaciones, son:

- Fomentar un trato justo y equitativo a los potenciales proveedores aplicando el adecuado grado de transparencia en cada fase del ciclo de la contratación pública, al tiempo que dan la necesaria consideración a las legítimas necesidades de protección de los secretos comerciales, de la información exclusiva del propietario y demás cuestiones relativas a la privacidad, así como a la necesidad de evitar información que puedan utilizar partes interesadas para distorsionar la competencia en el proceso de contratación. Además, deberá exigirse a los proveedores que actúen con la debida transparencia en los procesos de subcontratación en que participen.
- Permitir el libre acceso, a través de un portal en Internet, a todas las partes interesadas, incluidos los potenciales proveedores (nacionales, extranjeros dentro de la UE), la sociedad civil y el público en general, a la información relativa a la contratación pública (marcos institucionales, leyes y normativas).
- Garantizar la transparencia del flujo de fondos públicos, desde el principio del procedimiento presupuestario y a lo largo de todo el ciclo de la contratación pública a fin de permitir que las partes interesadas conozcan las prioridades de las autoridades y el gasto que éstas realizan, y que los responsables de la formulación de las políticas elaboren las necesarias estrategias para la contratación pública.
- Exigir que todas las partes interesadas actúen con un elevado grado de integridad a lo largo del ciclo de contratación.
- Establecer requisitos, consistentes en controles internos, medidas de aseguramiento del cumplimiento y programas anticorrupción, dirigidos a los proveedores, incluido el oportuno seguimiento.
- Disponer de marcos institucionales, legales y reglamentarios que sean razonables y sólidos.
- Utilizar para las licitaciones una documentación clara e integrada, normalizada en lo posible y adecuada a las necesidades que se pretende cubrir.
- Recurrir a licitaciones abiertas a la participación, limitando el uso de las posibles excepciones y de las contrataciones con un único proveedor.
- Entablar periódicamente diálogos transparentes con los proveedores y con las asociaciones empresariales para exponerles los objetivos en materia de contratación pública y garantizar un adecuado conocimiento de los mercados.
- Simplificar el sistema de contratación pública y su marco institucional.
- Crear, y utilizar, instrumentos que mejoren los procedimientos de contratación pública, reduzcan las duplicidades y logren una mayor eficiencia.
- Hacer uso de las novedades más recientes en materia de tecnología digital que aporten soluciones integradas de contratación electrónica para todo el ciclo de la contratación pública.
- Ofrecer a los profesionales de la contratación pública un sistema de carrera atractivo, competitivo y basado en el mérito.
- Evaluar de un modo periódico y sistemático los resultados del procedimiento de contratación pública.
- Desarrollar indicadores para cuantificar el rendimiento, la eficacia y el ahorro de costos en el sistema de contratación pública.

El informe completo de la OCDE puede descargarse en el siguiente enlace: https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf

6.- CONCLUSIONES

No hay lugar a dudas que, la transparencia, ayuda y acerca la contratación pública al interés general para conocer cómo y a quién se contrata en las administraciones públicas. Aun así, no debemos caer en elogios porque el afán de publicar mucha información puede causar también desinformación. A veces, incluso se pueda dar la transparencia opaca, aquella organización que facilita más acceso a la información pero no refleja lo que pasa realmente dentro de la institución.

La transparencia normalmente es información elaborada y puede no recoger fielmente los datos en los que se basa. Por eso es necesario avanzar en publicar información en formato abierto, la transparencia activa no es suficiente para mejorar la rendición de cuentas y aumentar el nivel de integridad, reducir el fraude y la corrupción. Abramos en canal nuestras organizaciones para que todos veamos realmente cómo se hacen las cosas y a qué y cómo se destina el dinero de las administraciones públicas.

Pongamos el foco a diez años y cumplamos antes del 2030, el Objetivo de Desarrollo Sostenible nº 16 "paz, justicia e instituciones fuertes" a través de las metas de: "reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas" y "crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas."

Capítulo III

FRENOS AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN LOCAL DESDE LA ÓPTICA LOCAL. EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD.

1.- INTRODUCCIÓN

El principal objetivo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), que entró en vigor el pasado 9 de marzo de 2018, es, según su Preámbulo, "lograr una mayor transparencia en la contratación pública", a través de las siguientes novedades:

a. La supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.
b. La creación de un nuevo procedimiento de adjudicación "Abierto Simplificado": proceso breve (sumario, para contratos de escasa cuantía), de tramitación ágil con publicidad y

transparencia en el procedimiento de licitación, con el objeto de limitar la contratación directa a situaciones extraordinarias.

c. La regulación del Registro de Contratos del Sector Público, en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros.

d. Mayor información a publicar en el perfil del contratante (internet).

La valoración inicial de las medidas previstas en la nueva LCSP para incrementar la transparencia en la contratación pública es positiva, sobre todo, en el ámbito de las obligaciones de publicidad activa, es decir, en la mayor información que debe publicarse de oficio en el perfil del contratante (internet). No obstante, todavía existen importantes documentos cuya publicación no se contempla expresamente y tampoco se prevén las consecuencias del incumplimiento de estas obligaciones de transparencia.

Por otra parte, como más adelante se detallará, no se ha producido ningún avance significativo respecto a la otra cara de la transparencia llamada publicidad pasiva, esto es, en relación con las solicitudes de acceso a la información obrante en los expedientes de contratación pública. La nueva LCSP, en diversos artículos, solo reconoce el acceso a dicha información a los "interesados", es decir, a los licitadores y adjudicatarios, no a los ciudadanos en general. Vayamos por partes.

2.- OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA

La regulación contenida en el artículo 63 de la LCSP incrementa considerablemente la obligación de publicidad activa sobre los contratos que impone el artículo 8.1.a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTBG), por lo que, desde este punto de vista, la nueva LCSP da una vuelta de tuerca más a la necesidad de incrementar la transparencia en este sector de la actividad administrativa tan castigado por la corrupción.

2.1.- NIVEL BÁSICO DE TRANSPARENCIA.

Desde de la entrada en vigor de la nueva LCSP (9 de marzo de 2018), será obligatorio publicar la siguiente información en el "Perfil del Contratante", recogida esencialmente en el artículo 63 de la LCSP, el cual, deroga o deja sin efecto lo dispuesto en el referido artículo 8.1.a) de la LTBG, al tratarse de ley especial y posterior en el tiempo:

a. El acceso a la información del perfil del contratante será libre, no requiriendo identificación previa.

b. Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información.

c. La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente.

d. El objeto detallado del contrato, su duración, el presupuesto base de licitación y el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

e. Los anuncios de información previa, de convocatoria de las licitaciones, de adjudicación y de

formalización de los contratos, los anuncios de modificación y su justificación, los anuncios de concursos de proyectos y de resultados de concursos de proyectos, con las excepciones establecidas en las normas de los negociados sin publicidad.

f. Los medios a través de los que, en su caso, se ha publicitado el contrato y los enlaces a esas publicaciones.

g. El número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, así como todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, en su caso, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato, con la información detallada en el artículo 151.2 de la LCSP:

- En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.
- Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario.
- En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas; y, en su caso, el desarrollo de las negociaciones o el diálogo con los licitadores.

h. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, el desistimiento del procedimiento de adjudicación, la declaración de desierto, así como la interposición de recursos y la eventual suspensión de los contratos con motivo de la interposición de recursos.

i. La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. Quedan exceptuados de la publicación aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

j. Los procedimientos anulados, la composición de las mesas de contratación que asistan a los órganos de contratación, así como la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor en los procedimientos en los que sean necesarios.

k. En todo caso deberá publicarse el cargo de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos, no permitiéndose alusiones genéricas o indeterminadas o que se refieran únicamente a la Administración, organismo o entidad a la que representen o en la que prestasen sus servicios. Se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados (art. 115.1).

l. La formalización de los encargos a medios propios cuyo importe fuera superior a 50.000 euros, IVA excluido. La información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros deberá publicarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de encargos será, al menos, su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio.

m. El sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo.

n. Podrán no publicarse determinados datos relativos a la celebración del contrato en los supuestos que establece el artículo 154.7 de la LCSP, que más adelante examinaremos. En todo caso, cada vez que el órgano de contratación decida excluir alguna información de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá justificarlo en el expediente.

o. Las consultas preliminares del mercado que se realicen, en su caso, deberán constar en un informe. En el informe se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas. Este informe estará motivado, formará parte del expediente de contratación, y estará sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones (artículo 115.3 LCSP).

p. Los órganos de contratación que hubieren modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si este está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación (artículo 207.3 LCSP).

Desde del 9 de marzo de 2018, hay que cumplir las obligaciones impuestas por el artículo 63 de la LCSP más todas aquellas que también están recogidas en las respectivas leyes autonómicas de transparencia, algunas de las cuales, exigen información diversa o adicional a la exigida ahora por el artículo 63 de la LCSP.

Así, por ejemplo, el artículo 13.1., apartados d), e), i) de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, amplía la información a publicar en la página web al número de licitadores, los criterios de adjudicación, el cuadro comparativo de ofertas y sus respectivas puntuaciones, los acuerdos e informes técnicos del proceso de contratación, las licitaciones anuladas, las resoluciones anticipadas, las resoluciones de los recursos especiales, de las cuestiones de nulidad y de las resoluciones judiciales definitivas en materia de contratación, así como los actos de desistimiento, renuncia y resolución de contratos.

En el mismo sentido, el artículo 9.1.a) de la Ley valenciana 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana, deja fuera de la publicidad activa algunos extremos que sí que incluye la anterior ley catalana, pero añade los casos de posibles revisiones de precios y cesión de contratos, la subcontratación, indicando la identidad de los subcontratistas, el importe de cada subcontratación y el porcentaje en volumen que cada una suponga sobre el total del contrato.

Asimismo, el artículo 28.1.d) y 2.e) de la Ley canaria 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública, incluye la composición y convocatoria de las mesas de contratación y las penalidades impuestas por el incumplimiento de los contratistas.

Y lo mismo sucede en relación con las ordenanzas provinciales y municipales de transparencia que contemplen la obligación de publicar información no contenida en el nuevo artículo 63 de la LCSP. Por ejemplo, el artículo 22.1.e) de la Ordenanza de Transparencia del Ayuntamiento de Zaragoza exige la publicación en la sede electrónica del listado de facturas de importe superior a quinientos euros fiscalizadas y contabilizadas por el Ayuntamiento.

2.2.- NIVEL MEDIO DE TRANSPARENCIA

En el apartado anterior hemos relacionado las obligaciones que hay que cumplir en todo caso. A estos efectos, conviene recordar que las obligaciones de publicidad activa impuestas por el artículo 63 de la LCSP son mínimas. No existe ninguna limitación legal a que una Corporación Local o entidad dependiente de la misma decida publicar más información contractual que la prevista con carácter básico por la LCSP,

siempre, lógicamente, que se protejan los restantes intereses públicos o privados concurrentes (por ejemplo, protección de datos personales, propiedad intelectual, etc.).

A pesar de los avances logrados por la nueva LCSP, existen todavía muchos documentos importantes cuya publicidad activa en internet no es obligatoria, pero que sería necesaria para luchar contra la corrupción e incrementar todavía más la transparencia en un sector que consume ingentes cantidades de dinero público.

Concretamente, la LCSP no contempla expresamente la publicación en el perfil del contratante de los siguientes importantes documentos, y lo que es más importante, no la prohíbe:

a. El informe del jurado con la clasificación de los proyectos, los méritos de cada proyecto, junto con sus observaciones y cualesquiera aspectos que requieran aclaración (artículo 187.5 LCSP).
b. El dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, modificación, nulidad y resolución de los contratos y responsabilidad contractual (artículo 191.3 LCSP).
c. El acto formal y positivo de recepción o conformidad con la prestación del contrato y el informe de Intervención de la Administración de comprobación de la inversión (artículo 210.2 LCSP).
d. El informe de las oficinas o unidades de supervisión de los proyectos cuando el presupuesto base de licitación del contrato de obras sea igual o superior a 500.000 euros, IVA excluido (artículo 235 LCSP).
e. El acta de comprobación del replanteo de las obras (artículo 237 LCSP).
f. El informe del Director Facultativo de las Obras justificativo de la modificación del contrato de obras (artículo 242 LCSP).
g. La certificación final de las obras ejecutadas, el acta de recepción de las obras y el informe del Director Facultativo de las obras sobre el estado de las mismas antes del vencimiento del plazo de garantía (artículo 243 LCSP).

2.3.- NIVEL ALTO DE TRANSPARENCIA

Por otra parte, la nueva LCSP no se refiere ni exige la publicación activa de estos otros documentos, lo cual no es impedimento alguno para que puedan ser publicados por la Corporación Local que aspire a lograr el máximo nivel de transparencia posible:

a. un informe-resumen final económico con detalle del precio de adjudicación y coste final del contrato, con sus respectivas modificaciones y revisiones de precios incluidas con el objeto de facilitar el control de las indeseables desviaciones económicas;
b. los informes emitidos en el expediente de contratación por los servicios jurídicos (secretarios generales -habilitados nacionales- y técnicos de administración general), técnicos (arquitectos, ingenieros, etc.) y económicos (interventores –habilitados nacionales- y técnicos de gestión económica), al menos, respecto a los contratos de mayor importancia económica respecto a cada Corporación Local o entidad dependiente;
c. las sanciones o penalidades firmes impuestas por el órgano de contratación;
d. el listado de facturas fiscalizadas y contabilizadas, al menos, las superiores a 5.000 euros -importe relativo a los contratos menores pagados con anticipos de caja fija excluidos de publicidad activa- , con detalle de su estado de cobro.

3.- EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

En el sistema normativo tradicional y actual de contratación pública, los únicos protagonistas son, por un lado, las Administraciones públicas y las restantes entidades que conforman el sector público y, por otro, los licitadores y adjudicatarios, es decir, aquellas personas físicas o jurídicas que deciden presentarse a un procedimiento de adjudicación de un contrato público.

Dicho en otras palabras, los ciudadanos que no se presentan a un contrato público, no pueden recurrir ninguna decisión, ya que carecen de legitimación, y ello, a pesar de que los contratos públicos consumen grandes cantidades de dinero público obtenido con los impuestos que pagan.

Con el objeto de evitar esta situación, es importante destacar el contenido del Considerando nº 122 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que dispone lo siguiente:

> *"los ciudadanos, las partes interesadas, organizadas o no, y otras personas y organismos que no tienen acceso a los procedimientos de recurso con arreglo a la Directiva 89/665/CEE sí tienen un interés legítimo, en tanto que contribuyentes, en procedimientos adecuados de contratación. Por consiguiente, debe brindárseles la posibilidad, de un modo distinto al del sistema de recurso contemplado en la Directiva 89/665/CEE, y sin que ello implique necesariamente que se les conceda legitimación ante los órganos jurisdiccionales, de señalar posibles infracciones de la presente Directiva a la autoridad o la estructura competente".*

Lamentablemente, el propio articulado de la Directiva 2014/24/UE se olvida de esta importante cuestión y no dedica ni un solo precepto a la misma. Tampoco lo ha hecho la nueva LCSP.

Podría decirse que estamos ante un déficit importante del sistema de contratación del sector público que allana el camino a la corrupción, ya que se está impidiendo la participación y control de los ciudadanos en este ámbito tan castigado por las malas prácticas para evitar decisiones ilegales, injustas o arbitrarias.

Debemos superar el concepto restrictivo de legitimación que sostiene en materia de contratación pública. Si bien es cierto que el patrimonio personal del ciudadano no se ve afectado por las decisiones administrativas que se adopten, ya que no le atribuye ningún beneficio directo ni elimina ninguna carga o gravamen, no es menos cierto que, como recuerda el Considerando nº 122 de la Directiva 2014/24/UE, *"los ciudadanos sí tienen un interés legítimo en procedimientos adecuados de contratación en tanto que contribuyentes"*.

Como ya se ha dicho, la nueva LCSP no reconoce a los ciudadanos ninguna legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación (artículo 48), examinar el expediente de contratación (artículo 52) o acceder a información adicional sobre los pliegos y demás documentación (artículo 138.3). Solo pueden hacerlo los interesados, es decir, aquellas personas que han concurrido al procedimiento de licitación.

Respecto al derecho de los miembros de las Corporaciones Locales y ciudadanos a solicitar información sobre un expediente de contratación en tramitación o finalizado, la cuestión puede generar algunas dudas, sobre todo, en cuanto al acceso a documentos que no son objeto de publicidad activa. Está claro que si la información o documentación solicitada debe ser publicada en internet, bien en el Perfil del Contratante, bien en el Portal de Transparencia, también debe ser facilitada a cualquier miembro de la Corporación Local o ciudadano que la solicite expresamente aunque no tenga la condición de interesado.

Más dudas pueden surgir cuando el concejal, diputado local o ciudadano en general solicita acceder a información o documentación cuya publicidad activa no es obligatoria. En estos casos, por un lado, los

artículos 12 y 17 de la LTBG no exigen ninguna legitimación especial al solicitante. Sin embargo, por otro lado, el apartado segundo de la disposición adicional primera de la LTBG, nos remite al régimen jurídico específico de acceso a la información en materia de contratación pública, aunque la LTBG se debe aplicar supletoriamente.

La mayor duda surge al interpretar si la LCSP, cuando únicamente reconoce legitimación a los interesados para acceder al expediente de contratación, ésta regulando de forma completa esta cuestión, de forma que, al no haber ninguna laguna, no se podría aplicar supletoriamente la LRBRL o la LTBG para permitir que cualquier miembro de la Corporación Local o ciudadano pudiera acceder a la información del procedimiento de contratación que se encuentra en tramitación o finalizado.

A estos efectos, es interesante la lectura de la Resolución del Consejo de Transparencia de Aragón de 12 de septiembre de 2016, en la que se analiza el criterio interpretativo 8/2015, de 12 de noviembre, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal, y se concluye que *"(…) la legislación sectorial de contratación pública no establece un régimen específico de acceso a la información pública, siendo distinto el objetivo o fin último que se persiguen ambas regulaciones (…)"*.

Llegados a este punto, conviene distinguir la distinta situación en la que se encuentra un miembro de la Corporación Local y un ciudadano que no tiene la condición de interesado.

Es ya sabido que el Tribunal Constitucional ha declarado con reiteración que el derecho de acceso a la información por parte de los concejales y diputados locales es un derecho que tiene la naturaleza jurídica de derecho fundamental, es decir, se trata de un derecho imprescindible para poder ejercer el llamado "ius in officium", el derecho al cargo para el que han sido democráticamente elegido en unas elecciones.

En consecuencia, todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen el derecho a acceder a la información obrante en los procedimientos de contratación que se encuentren en tramitación o finalizados, ya que, de lo contrario, sin esa información, su función de control de los órganos de gobierno municipal resulta dificultada más allá de lo razonable, sin perjuicio del deber de reserva.

Por otra parte, respecto a los ciudadanos no interesados, en mi opinión, ponderando y valorando motivadamente los posibles límites al acceso que pudieran concurrir en cada caso (artículos 14 y 15 de la LTBG, protección de datos personales, propiedad intelectual o industrial, confidencialidad, intereses económicos y comerciales, etc.), sí que tienen derecho de acceso a la información obrante en un expediente de contratación en tramitación o finalizado, ya que ostentan un interés legítimo en los procedimientos adecuados de contratación en tanto que contribuyentes (Considerando nº 122 de la Directiva 2014/24/UE).

¿Y qué puede hacer el concejal, diputado local o los ciudadanos no interesados antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa si la solicitud de acceso a la información del expediente de contratación pública es denegada de forma expresa o presunta?.

Pues aquí la respuesta también varía en función de quién sea el solicitante de la información:

a. Si se trata de una persona interesada en el procedimiento de contratación, podría interponer el recurso especial en materia de contratación (artículo 44 LCSP) o, en su caso, los recursos administrativos ordinarios de la Ley 39/2015. No obstante, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña, en su Resolución de fecha 8 de septiembre de 2017, también ha admitido a trámite la reclamación específica en materia de transparencia, declarando que *"(…) la interposición de la reclamación ante la GAIP no tiene ningún tipo de efecto en relación con los procedimientos de contratación y su eventual revisión (…) y no puede ser simultánea a la impugnación de los mismos hechos, en atención a la misma motivación y con idéntica pretensión, ante otra instancia, como podría ser el caso del recurso especial de contratación, ya que en este caso la GAIP debería inhibirse en beneficio del Tribunal de Contratos del sector público, por su mayor especialidad en la materia (…)"*.

b. Si se trata de un miembro de la Corporación Local, además de los clásicos recursos administrativos y posterior recurso contencioso-administrativo a tramitar por el

procedimiento especial de los derechos fundamentales, algunas instituciones autonómicas de control de la transparencia también están admitiendo a trámite la reclamación específica, como, por ejemplo, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña, el Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana, el Comisionado de Transparencia de Canarias, el Consejo de Transparencia de Murcia y el Consejo de Transparencia de Aragón. Por el contrario, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal y el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, entienden que los cargos electos locales deben presentar el facultativo recurso de reposición ante el Presidente de la Corporación Local y posterior recurso contencioso-administrativo, inadmitiendo las reclamaciones específicas de transparencia que presentan los concejales y diputados locales, en virtud de la remisión a la legislación sectorial aplicable prevista en la disposición adicional primera de la LTBG. En la Resolución del Consejo de Transparencia de Aragón de 27 de marzo de 2017 se detallan las distintas posturas mantenidas sobre esta importante cuestión: *"(…) la competencia para conocer de una reclamación no puede quedar condicionada por la cuestión formal del bloque normativo alegado en la solicitud, pues ello, contrariamente a lo que se afirma en las últimas resoluciones del CTBG y del Consejo de Andalucía, sí que afecta al principio de seguridad jurídica (…)"*.

c. Si el solicitante es un ciudadano que no tiene la condición de interesado, sí que podría presentar la reclamación específica en materia de transparencia prevista en los artículos 23 y 24 de la LTBG.

4.- EL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD

El artículo 154.7 de la LCSP permite que no se publique determinados datos relativos a la celebración del contrato, debiendo solicitarse de forma preceptiva un informe al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que deberá evacuarlo en el plazo de 10 días:

> *"cuando se considere, justificándose debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado"*.

Teniendo en cuenta que muchas Comunidades Autónomas han creado en sus respectivas leyes de transparencia institucionales análogas al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en mi opinión, serán las respectivas instituciones autonómicas, donde existan, las que deberán emitir dicho informe en su correspondiente ámbito competencial, únicamente autonómico, o también autonómico y local.

La LCSP no aclara la naturaleza del informe y las consecuencias de su no emisión en plazo. A mi juicio, el informe no es vinculante para el órgano de contratación y la no emisión en plazo no interrumpe el procedimiento y deberá ser entendido como favorable.

No obstante lo anterior, en el cumplimiento de las nuevas obligaciones de publicidad activa en el perfil del contratante (como también en las solicitudes de acceso a la información), habrá que tener en cuenta la confidencialidad regulada en el artículo 133:

> *"los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales*

de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores".

Existe determinada información o documentación dentro de los expedientes de licitación y contratación que debe quedar vedada al conocimiento público. En particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. En la misma línea se pronuncia la LTBG, al reconocer en su artículo 14.1 h) dentro de los límites al derecho de acceso a los intereses económicos y comerciales.

La finalidad del precepto es evitar que el derecho de acceso a información sobre procedimientos contractuales pueda ser utilizado para conocer secretos comerciales o industriales o apropiarse indebidamente del know how de los competidores.

Ahora bien, el deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

Finalmente, no hay que olvidar que el deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que ha derogado la anterior Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en su Resolución de fecha 25 de septiembre de 2017 (R/309/2017), ha declarado lo siguiente:

"(…) Fuera de estos apartados (que afecten a intereses económicos y comerciales) o de aquellos otros que los licitadores hayan designado expresa y justificadamente como confidenciales, el resto de la información o documentación no debe entenderse como confidencial. La existencia de una parte del expediente que sea confidencial no debe implicar que todo el expediente lo sea. De hecho, nunca se pueden catalogar de confidenciales los anuncios, los pliegos, las aclaraciones o el contenido de la oferta, para la mejor transparencia del proceso que se hubiesen cuestionado por los licitadores y que pudieran considerarse necesaria su divulgación por parte de la Entidad, así como la adjudicación (…) la confidencialidad va vinculada a secretos de carácter técnico o comercial que pudiera perjudicar a la entidad privada a la que vienen referidos pero no, como decimos, a datos relativos a la oferta presentada -por ejemplo, las condiciones en las que la entidad ofertante prestaría el servicio objeto de la adjudicación- que es esencialmente el objeto de la solicitud de información (…)".

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros, en la Resolución 196/2016, de 11 de marzo de 2016, señala los requisitos para calificar de confidencial la documentación presentada:

"a) que suponga una ventaja competitiva para la empresa, b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros, c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el Mercado, y d) que no se produzca una merma en los intereses que se quieren garantizar con los principios de publicidad y de transparencia".

Más recientemente aún, la Resolución 58/2018, de 19 de enero de 2018 (Recurso 1324/2017) del mismo Tribunal, establece lo siguiente:

"(…) para que puedan ser sacrificados el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores a favor del deber de confidencialidad es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial,

justificación que debería ser revisada por el propio órgano de contratación, que es el competente para decidir si efectivamente concurre dicho carácter, sin que en ningún caso puedo invocarse la misma de forma general a toda la documentación que constituye la oferta del licitador (…)".

5.- CONCLUSIÓN

Los contratos públicos desempeñan una importante función en la economía con un valor estimado en más del 16 % del PIB de la Unión Europea https://miguelangelblanes.com/2017/11/17/la-transparencia-en-la-nueva-ley-9-2017-de-contratos-del-sector-publico/ - _ftn3 y alrededor de un 20% del PIB de España.

Por ello, los protagonistas de la contratación pública no pueden seguir siendo únicamente las entidades del sector público y los licitadores o contratistas. En palabras del Considerando nº 122 de la Directiva 2014/24/UE, los ciudadanos deben poder *"señalar posibles infracciones"* en cualquier fase del procedimiento de contratación (preparación, adjudicación, ejecución y extinción), para lo cual resulta esencial acceder a la información obrante en los expedientes. Sin acceso a esta información es imposible *"señalar posibles infracciones"*.

Y el acceso a la información sobre los expedientes de contratación pública debe posibilitarse tanto mediante el cumplimiento efectivo de las obligaciones de publicar determinada documentación en el Perfil del Contratante o Portal de Transparencia, como mediante la entrega de dicha información cuando la solicita expresamente cualquier miembro de la Corporación Local o ciudadano no interesado, tanto respecto a procedimientos finalizados como en tramitación, sin perjuicio de aplicar los límites y las causas de inadmisión previstas en los artículos 14, 15 y 18 de la LTBP, en particular, el principio de confidencialidad previsto en la LCSP.

Capítulo IV

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA COMO GARANTÍA DE INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA.

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

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

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

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

Transformación que empezó a operarse a nivel de Derecho nacional en la primera redacción de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque antecedentes normativos de carácter reglamentario hubo otros como por ejemplo el Real Decreto 2291/1983, de 28 de julio, sobre órganos de elaboración y desarrollo de la política informática del Gobierno o la Orden, de 19 de febrero de 1990, por la que se crea en el Consejo Superior de Informática la Comisión de los Sistemas y Tecnologías de la Información y se regulan su composición y funciones.

Le siguieron la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social con el fin de permitir el establecimiento de registros telemáticos para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones por medios telemáticos y permitiendo la notificación por medios telemáticos si el interesado señalaba dicho medio como preferente o lo consentía expresamente.

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

También a título de ejemplo se puede citar la modificación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria que permitió con carácter potestativo las notificaciones electrónicas o el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regulaba la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, hoy derogado. Por último debemos referir las Leyes 39 y 40/2015, las siamesas que apostaron por la administración electrónica, y también la 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

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

Este es el panorama en el que aterriza la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público al transponer la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Esta Directiva y también la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales ya incorporaban entre sus previsiones el uso de las TICs al introducir los sistemas dinámicos de adquisición como un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, así como las subastas electrónicas; y es que las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE proporcionaron un marco abierto, y voluntario en gran medida, a los Estados miembros para llevar a cabo la contratación por medios electrónicos, estableciendo eso sí normas para la licitación por vía electrónica y requisitos relativos a las técnicas de adquisición basadas en las TICs.

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

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

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

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

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

Para ello, el perfil de contratante adquiere en la nueva LCSP una funcionalidad concreta más allá de servir de medio adicional de la publicidad y permite incrementar significativamente la visibilidad de la contratación electrónica y el nivel de transparencia e integridad al establecer mayores obligaciones de publicidad, siendo ahí donde radican sus capacidades de seguir siendo explotado en los sentidos indicados.

Es por esta y otras razones que sabemos que la contratación pública electrónica nos va a reportar beneficios:

- Centraliza la información y permite así compartirla con mayor agilidad;
- Automatiza los procedimientos de conformidad con la normativa haciéndolos más simplificados y más y mejor documentados, regidos y controlados, permitiendo por ejemplo controles automatizados o la detección de alertas (de anuncios o plazos sin ir más lejos);
- consigue unos contratos públicos más accesibles a través de la eliminación de las barreras geográficas y también físicas,

- incrementando de este modo la concurrencia competitiva y por tanto no sólo el ahorro económico resultante de esta competencia, sino también la mejora de los servicios y una mayor especialización, que también provocan una mejora de la eficiencia y de la eficacia, con el consiguiente ahorro directo en logística y a su vez, nuevamente, en costes, tanto para la Administración como para los operadores económicos, por ejemplo con la eliminación del papel, la reducción de los desplazamientos, el ahorro de espacio físico para labores como las de archivo, etc. y es que el documento electrónico y su archivo permite una mejor custodia, preservación e integridad,
- permitiendo el acceso a la documentación exclusivamente a las personas autorizadas para ello, consiguiendo al mismo tiempo con la eliminación y automatización de todas estas tareas burocráticas un ahorro estimable de tiempo que se podrá dedicar a otras actividades más productivas;
- supone igualmente una fuente invaluable de información permitiendo optimar los recursos a través del trabajo propio de la "minería de datos" identificando, por ejemplo, dónde se producen los cuellos de botella de los procedimientos para redistribuir así mejor los esfuerzos; por último y como ya hemos indicado anteriormente a lo largo de estas líneas supone un aumento de la garantía de los tan importantes e imprescindibles principios generales de la contratación pública.
- Nos aporta las ventajas del big data, para lo que es imprescindible la obligatoria, pero parece que olvidada, interoperabilidad.

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

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

Se trata la contratación electrónica, por tanto, ante todo de un reto político y económico, y también de las organizaciones y las personas que las componen, que no puede superarse sin una firme voluntad al más alto nivel de decisión.

Capítulo V

DATOS ABIERTOS A CIUDADANOS, BENEFICIARIOS Y USUARIOS FINALES, LICITADORES Y AGENTES SOCIALES. LA PLATAFORMA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

1.- INTRODUCCIÓN

Sin duda, el futuro es abierto. El comienzo del siglo XXI supone un cambio de época. Una inmensa cantidad de información se genera, se publica y se comparte cada segundo a través de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Hoy más que nunca, una persona debe ser capaz de buscar y tener la suficiente destreza para elegir qué información es veraz o, por el contrario, responde a intereses de terceros. Por eso, el rumbo se torna hacia lo abierto como única alternativa capaz de mostrarnos la información en su estado puro, sin interpretación y sin elaboración, básicamente con datos que nos muestran la realidad tal y como es, sin sesgos añadidos o condimentos.

La publicación en formato abierto, fomenta la reutilización con el fin de generar un valor a la sociedad, tanto desde el punto de vista social, al favorecer la transparencia y la colaboración entre el sector público y el privado, como desde el punto de vista económico, por su impacto en el crecimiento de la economía y en la creación de empleo.

Las AAPP serán inteligentes cuando sean capaces de beneficiarse de su propia acción administrativa. Son conscientes del rédito que pueden obtener si trabajan en abierto mejorando su gestión y el análisis de los datos y de que el único camino es la transparencia, la gestión eficaz y eficiente y la rendición de cuentas para recobrar la confianza entre quienes las dirigen, los políticos y la ciudadanía.

Para avanzar en transparencia y en la apertura de los gobiernos en lo relativo a la creación y evaluación de las políticas públicas (a través de la colaboración), hay que dar un paso más. Ya no es suficiente decir que se es transparente o intentar aparentarlo. La única forma de demostrarlo es publicar en formato abierto toda la información que se genera en las organizaciones públicas, siempre de acuerdo con los principios de legalidad y de protección de datos de carácter personal. La apertura por defecto es una necesidad y un cambio de paradigma sin retorno. Solo publicando la información en abierto, la ciudadanía podrá hacer una correcta auditoría y evaluar si su administración hace o no las cosas bien y desde un punto de vista ético.

Para lograr tan ambicioso objetivo, hay que trabajar con la materia prima de la información, el dato único, que debe reunir como requisitos ser accesible, compartido, georefenciado con coordenadas (en la medida de lo posible), de calidad, estructurado y descrito semánticamente. Los servicios públicos tendrán un menor coste si los datos son únicos y no se replican en múltiples departamentos y aplicativos.

2.- LOS DATOS ABIERTOS

Para aproximarnos a la cultura open o abierta, debemos definir qué entendemos por Datos Abiertos en las AAPP: es la información en formato reutilizable que se pone a disposición de todo el mundo a través de internet. Profundizando un poco más, podemos completar esta definición añadiendo que los datos deben estar estandarizados y estructurados de forma clara para facilitar y permitir su comprensión.

La importancia de los Datos Abiertos radica en que son impulsores de cambio social, económico y político. Además, favorecen la transparencia, la participación, la colaboración, la interoperabilidad y la reutilización. Y refuerzan, en último término, la estrategia de Gobierno Abierto.

En ocasiones, transparencia y datos abiertos se confunden y, por ello, debemos establecer las siguientes distinciones:

- La **transparencia** es una obligación legal que debe caracterizar a toda institución, e implica la publicación activa de la información con el fin de rendir cuentas y permitir que la ciudadanía ejerza su derecho de acceso a la información pública. Navegas, miras la web y si necesitas algo que no aparece publicado, lo solicitas.
- Los **datos abiertos** son información en bruto que se puede reutilizar, es accesible a todo el mundo y no poseen derechos de autor (se pueden distribuir libremente). Coges (descargas) los datos y los usas.

Y, por último, para no equivocarnos, datos abiertos no son:

- Ficheros de datos en un formato no tratable automáticamente por un ordenador, por ejemplo, un fichero consistente en una imagen de texto o ficheros en formato PDF o protegidos.
- Datos estadísticos, agregados o resumidos.
- Memorias e informes de gestión anuales.
- Legislación, ordenanzas, reglamentos, normativas individuales…

Los datos abiertos deben formar parte del ADN de las organizaciones. Las principales ventajas de su uso y el motivo por el que debemos abrir la información pública son:

- Se pueden utilizar tanto interna como externamente.
- El resultado de escuchar y preguntar qué datos necesita la ciudadanía, las empresas, los departamentos internos de las AAPP, el sector infomediario...
- Deben formar parte de la estrategia de la organización y ayudar también, a través de la gobernanza de los datos, a cumplirlos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), principalmente el nº 16 “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas” para:
  - Reducir la corrupción.
  - Crear instituciones públicas eficaces, responsables y transparentes.
  - Garantizar el acceso público a la información.
- El núcleo de los datos abiertos no debe ser tanto la información sino los nuevos servicios que se pueden prestar con ellos.
- Abriendo los datos desde dentro, fomentamos la transparencia total de las organizaciones.
- Tienen un impacto real en las políticas públicas de gobierno abierto al vincularse, combinarse y reutilizarse.
- Avalan los procesos de transformación organizativos que se están dando en muchas AAPP.
- Si conocemos quién está usando los datos, para qué y con qué resultados, serán útiles para la prestación de un servicio público de calidad.
- La apertura de datos debe ser una herramienta para la toma de decisiones y no un fin en sí mismo.

- Ayudan a fomentar una cultura de la creación de valor a través de la colaboración entre las personas, AAPP, empresas..., para detectar y buscar soluciones a problemas sociales a través de la co-creación de nuevos servicios públicos con la información reutilizable.

3.- LA PLATAFORMA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La PLACSP es una herramienta en línea a la que se accede a través de la dirección web https://contrataciondelestado.es. Es el punto de acceso a la información sobre la actividad contractual del Sector Público desde donde se pueden consultar las licitaciones publicadas en los perfiles del contratante alojados en la misma y del resto de organismos públicos españoles que publican la información sobre contratación a través de los mecanismos de agregación.

4.- PRINCIPALES SERVICIOS DE PLACSP

PLACSP ofrece de forma gratuita múltiples servicios entre los que destacan:

- Publicación de anuncios en el BOE. y en el DOUE.
- Envío de comunicaciones electrónicas a los licitadores.
- Consulta al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE).
- Consulta a la Caja General de Depósitos - Dirección General del Tesoro y Política Financiera.
- Consulta a la AEAT y a la SS sobre el cumplimiento de obligaciones para contratar con la administración (bajo el cumplimiento de ciertos requisitos).
- Convocatoria electrónica de las mesas de contratación.
- Recepción, custodia y apertura segura de ofertas electrónicas.
- Propuesta de adjudicación automatizada.
- Datos Abiertos.

La PLACSP está en continua evolución por lo que sus servicios pueden ser modificados o ampliados.

5.- DATOS ABIERTOS EN LA PLACSP

El Ordenamiento Jurídico español introduce en la LCSP una nueva perspectiva sobre la reutilización de la información publicada en materia de contratación pública. Puntualiza y exige por ley, sin lugar a dudas o interpretaciones, en su artículo 63, que se debe publicar la información de contratación en formatos abiertos y reutilizables. Esto significa principalmente que la información publicada en la PLACSP deberá estar en dichos formatos.

Al cierre de la presente publicación, PLACSP publica toda la información de los contratos mayores desde el 1 de enero de 2014 en formato abierto. Aquella información que publican todos los organismos en la plataforma, por ende, están en formato abierto y pueden ser consultados para su reutilización. Diariamente, se publica y actualiza a través de una URL para su descarga. También se publica la información mensualmente tanto de los organismos que utilizan la publicación directa en PLACSP como de los que utilizan la opción de sistemas de agregación. Para acceder a la información, sólo hay que hacer clic en el apartado “Datos Abiertos” de la web.

La información abierta contenida en PLACSP está en formato xml reutilizable. Este formato se utiliza para la sindicación de la información publicada y de acuerdo con estándares que facilitan el procesamiento automatizado de la misma.

El mecanismo de sindicación que ofrece la PLACSP consiste en la generación de uno o varios ficheros en formato XML (ATOM feed document) que se actualiza a través de una URI (identificador uniformes de recursos en internet) bien conocida y a la que es posible acceder para recoger la información.

Hay que destacar la importancia de que la PLACSP mantenga actualizados los ficheros ATOM publicados con la información correspondiente a las últimas actualizaciones sobre las licitaciones publicadas en cada canal de publicación, incluyendo los cambios en la información sobre licitaciones ya publicadas con anterioridad.

El formato XML de la PLACSP se encuentra documentado en el documento de "Especificación técnica del mecanismo de sindicación" y ayuda a todo desarrollador a entender el funcionamiento de los ficheros que se publican, accesos y un correcto uso para su reutilización.

Ahora solo queda que la PLACSP federe todos los conjuntos de datos sobre contratación en el portal estatal de datos abiertos datos.gob.es y, por ende, en el Portal Europeo de Datos Abiertos. Solo así, se estará dando una verdadera publicidad de todos los contratos que se publican en nuestro país.

6.- ¿CÓMO PUBLICAR INFORMACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS EN FORMATO ABIERTO?

La Red de Entidades Locales Por la Transparencia y la Participación Ciudadana de la FEMP en el año 2017 editó "DATOS ABIERTOS. Guía estratégica para su puesta en marcha. Conjuntos de datos mínimos a publicar". Se trata de un documento que recoge qué son los datos abiertos, cómo abordar un proyecto en nuestras AAPP y qué conjuntos de datos identificar para empezar a publicar información en formato abierto.

A finales de 2018, se ha publicado la revisión de dicha guía haciendo hincapié en qué conjuntos de datos publicar, enumerando un total de cuarenta en "DATOS ABIERTOS FEMP 2019. 40 conjuntos de datos a publicar por las Entidades Locales". Existen recomendaciones específicas para el conjunto de datos de contratación pública, que, sobre todo, afecta a los contratos menores que no recoge PLACSP. Así, son los ayuntamientos quienes mayoritariamente ya publican información de los contratos menores en el portal nacional de datos abiertos.

A continuación, se describe cómo publicar, en qué formatos, con qué campos, con qué periodicidad, etc. el conjunto de datos de contratación que se propone en dicha guía. Se adjuntan también, a modo de ejemplo, enlaces a los casos de éxitos de diferentes entidades locales españolas:

Conjunto de datos (nombre recomendado)	CONTRATACIONES, LICITACIONES Y PROVEEDORES DE SERVICIOS
Clasificación NTI	Sector Público.
Descripción	Información sobre todas las contrataciones realizadas por la administración local.
Recursos (subdatasets)	Lo normal es que se presente en diferentes datasets.
Comentarios	Está también en Norma UNE 1798301:2015 Smart Cities. Open Data, y grupo de trabajo de la Comisión Europea sobre e-Procurement. La complejidad de este conjunto de datos viene por la multitud de posibilidades contractuales que existen.
Valor de reutilización (De 1 peor a 5 mejor)	3.
Complejidad (De 1 más simple a 5 más complejo)	4.
Transparencia (tiene valor desde la perspectiva de)	Sí.
Campos mínimos	Identificador, dirección, teléfono, importe de la licitación, motivo de la licitación/contratación, organismo responsable, descripción, licitantes/contratados duración del servicio, etc. Mes, Año, Descripción Centro, Organismo, Número Contrato, Número Expediente, Descripción Contrato, Tipo Contrato, Procedimiento Adjudicación, Artículo Apartado, Criterios Adjudicación, Presupuesto Total (IVA Incluido),Importe Adjudicación (IVA Incluido), Plazo, Fecha Adjudicación, Nombre/Razón Social, NIF/CIF Adjudicatario, Fecha Formalización, Acuerdo Marco, Ingreso/Coste Cero.
Tamaño de ciudad	Cualquiera.
Frecuencia de actualización mínima	Diaria.
Afectado por normativa de protección de datos	No.
Vocabulario	http://contsem.unizar.es/def/sector-publico/ppproc
Formatos	CSV, JSON, XLS.
Histórico relevante	Sí.
Histórico: forma de presentarlo	Un fichero único, por año finalizado. Dentro del mismo año, información actualizada en mismo recurso de manera acumulativa.
Tipo visualización recomendada	Listado con la información básica de los proveedores. Se pueden incluir gráficos de barras o tartas para mostrar los diferentes tipos de contrato, y agregar otro tipo de variables.

Otros posibles recursos	Contratos, objetos de contrato, enlaces a organizaciones.
Casos de uso	https://github.com/eprocurementontology/eprocurementontology/wiki/Use-Cases

Algunos ejemplos publicados (no es relación exhaustiva)

http://datosabiertos.ayto-arganda.es/dataset?q=contratos

http://datos.alcobendas.org/dataset/perfil-del-contratante

http://opendata-ajuntament.barcelona.cat/data/es/dataset?q=contrato

https://transparencia.gijon.es/search/risp_dataset/page/1808-catalogo-de-datos?utf8=%E2%9C%93&search=contrat&search_sector=&search_format=&commit=Buscar&authenticity_token=d8hSSjbo4pEwWpPILN3rsfH1lRZIw3bOKJ%2BkWWt%2FUto%3D

http://www.leganes.org/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_52491_1.csv

http://www.leganes.org/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_52420_1.csv

http://datos.madrid.es/sites/v/index.jsp?vgnextoid=16b446f861be2410VgnVCM100000b205a0aRCRD&vgnextchannel=374512b9ace9f310VgnVCM100000171f5a0aRCRD

Actividad contractual:
http://datos.madrid.es/sites/v/index.jsp?vgnextoid=139afaf464830510VgnVCM1000000b205a0aRCRD&vgnextchannel=374512b9ace9f310VgnVCM100000171f5a0aRCRD

Expedientes de contratación licitados:
http://datos.madrid.es/sites/v/index.jsp?vgnextoid=388446f861be2410VgnVCM100000b205a0aRCRD&vgnextchannel=374512b9ace9f310VgnVCM100000171f5a0aRCRD

Expedientes de contratación adjudicados:
http://datos.madrid.es/sites/v/index.jsp?vgnextoid=1e9446f861be2410VgnVCM1000000b205a0aRCRD&vgnextchannel=374512b9ace9f310VgnVCM100000171f5a0aRCRD

http://www.zaragoza.es/ciudad/risp/detalle_Rfisp?id=147

7.- EL FUTRO PRÓXIMO: LA CONTRATACIÓN ABIERTA INTELIGENTE

Las AAPP deben ser ambiciosas y no solo cumplir la legislación en materia de contratación. Algunos de los proyectos en los que se está trabajando a nivel europeo para homogeneizar la información en formato abierto sobre contratación pública, son éstos:

- El Estándar de Datos para las Contrataciones Abiertas (OCDS), cuyo objetivo es divulgar en abierto los datos y documentos de las etapas del proceso de contratación con un modelo común.
- Ontología de Contratos Públicos, publicación de datos de avisos y ofertas (no proceso contratación) en formato RDF (legible por máquinas).
- Ontología de Compras Públicas, para optimizar la contratación pública a través de tecnologías semánticas (sentido y significado).
- Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, repositorio colaborativo de información sobre problemas y soluciones de datos abiertos sobre contratación.

Los gobiernos de países como Canadá, Ucrania o Paraguay han minimizado al máximo la corrupción al utilizar las contrataciones abiertas como un nuevo estándar que ofrece beneficios en la publicación, publicidad y transparencia, generando confianza y garantizado que los gobiernos destinan todo el dinero a servicios, bienes y proyectos de infraestructuras de mejor calidad.

Tal vez, las siguientes características deberían ser tomadas en consideración en una hipotética plataforma europea de contratación pública:

- Registro para AAPP y Empresas (haciendo hincapié en las PYMES).
- Actualización mínima semanal.
- Concursos y adjudicaciones para cada administración:
  - Local, regional, autonómica, estatal...
- Descripciones de los concursos y de las adjudicaciones.
- Estado actualizado del concurso.
- Valor final adjudicado.
- Identificación sobre el adjudicatario.
- Ofrecer potenciales licitadores de forma automática en función de los pliegos.
- Participación, monitoreo y supervisión de la sociedad en la adjudicación y terminación de los contratos.

BLOQUE VI

EL FACTOR PERSONAL: PROFESIONALIZACIÓN, SOCIEDAD CIVIL Y LICITADORES

Capítulo I

LA MEJORA DE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS Y EL COMPROMISO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS: GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN.

1.- LA CALIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES ES UN ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL ÉXITO SOCIOECONÓMICO

La calidad de las Administraciones es un elemento fundamental del éxito socioeconómico. A su vez, la profesionalidad de los servidores públicos influye de manera sustancial en la calidad de los servicios.

Desarrollar con profesionalidad cualquier actividad requiere de los sujetos, no solo aptitud, sino también una actitud proactiva. Por ello es necesario atender al aspecto más subjetivo de la profesionalización de la contratación pública, como lograr la implicación y el compromiso de los compradores públicos con los objetivos de la compra publica responsable y eficiente. Para ello se proponen una serie de actuaciones entre las que destaca, como estratégica, la elaboración desde el liderazgo institucional y de forma participativa, de un código deontológico del comprador público.

Las Administraciones Públicas desarrollan tres funciones nucleares para la sociedad: la elaboración de políticas, su implementación, seguimiento y evaluación; la prestación de servicios; y la gestión de las finanzas públicas. Las tres son vitales para el desarrollo social y tienen un impacto directo sobre el crecimiento económico.

La calidad con que las Administraciones públicas desarrollan sus funciones influye de manera decisiva en la productividad económica y el bienestar social. En el ámbito de la Unión Europea, las Administraciones Públicas, con unos 75 millones de empleados, alrededor del 25% de la población activa, son responsables de casi el 50% del PIB. Estas magnitudes justifican el impacto que el funcionamiento del sector público tiene en la vida cotidiana de los ciudadanos, y en la productividad y desarrollo de las empresas.

El éxito socioeconómico de un país va a depender, de forma decisiva, de que sus Administraciones sean fuertes y agiles, capaces de entender y satisfacer las necesidades de los ciudadanos y empresas, y de adaptarse a los cambios de la economía y de la sociedad. Unas Administraciones construidas sobre una base sólida: éticas, eficientes, eficaces y responsables, que no sólo hagan 'lo correcto', sino que sean "facilitadoras" del progreso económico y social.

La Contratación Pública es un aspecto clave de las inversiones públicas, pues representa alrededor del 19% del PIB de la UE, y tiene gran impacto sobre el mercado en general, y sobre los servicios que se prestan a los ciudadanos.

La calidad de la contratación pública que desarrollan las Administraciones se va a reflejar en la capacidad de que la compra pública responda, a la vez, a dos objetivos: lograr un aprovisionamiento estratégico y servir como instrumento para implementar políticas públicas.

Una contratación pública eficiente tiene que partir de un conocimiento claro y exhaustivo del mercado, debe conocer las soluciones comerciales desarrolladas que dan respuesta a las necesidades planteadas y, también, estar al tanto del estado de la innovación en el sector correspondiente. Junto a esta exigencia, aplicable a cualquier comprador, sea público o privado, la compra pública debe facilitar la ejecución de políticas públicas integrando requisitos medioambientales, sociales y laborales en las distintas fases del procedimiento de contratación. La contratación pública es un potente inductor para la consecución de finalidades sociales, como el empleo de las personas más vulnerables, y la conservación del Medio Ambiente. Además, permite a cada organización adaptarse a las oportunidades de su entorno social y medioambiental, movilizando recursos para incrementar la calidad de vida de las personas.

2.- LA PROFESIONALIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS: UN ELEMENTO ESENCIAL EN LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS

La mejora de la calidad de las Administraciones Publicas debe ser un proceso permanente diseñado desde una visión integradora y dinámica, en la que los empleados públicos son un elemento estratégico.

La búsqueda de la calidad requiere un enfoque integrador, que comprenda todos los elementos que intervienen en el complejo proceso de la acción pública, desde los principios y valores de la buena gobernanza a la profesionalidad y competencia técnica de las instituciones. A su vez exige una reflexión periódica, alejada de una visión estática de lo público. Las Administraciones tienen que mantener una estrategia permanente de mejora, lo que implica repensar los objetivos, rediseñar los procesos administrativos para centrarlos en los usuarios, invertir en la capacidad de los funcionarios, y hacer uso de todo el potencial de las TIC.

Además, una estrategia de calidad requiere atender a dos dimensiones: a nivel de la organización en su conjunto, y a nivel individual respecto de los empleados públicos.

Una Administración no es sólo un grupo de personas que sirven a un propósito común, sino que tiene además sus propias dinámicas internas y sus relaciones externas y por lo tanto debe definir su misión, estrategia, cultura, recursos, procesos, prácticas, etc. Y tiene que existir un liderazgo institucional claro y efectivo.

Por otro lado, las capacidades de las personas que sirven a la organización son fundamentales para el logro de los objetivos de la Administración. El conocido modelo de evaluación de calidad de los servicios SERVQUAL propone cinco dimensiones generales del servicio: confiabilidad o fiabilidad; garantía o seguridad; elementos tangibles como las instalaciones o los recursos materiales; empatía; y sensibilidad o capacidad de respuesta. El conocimiento y la capacidad de los empleados para inspirar confianza y seguridad, y el trato que dispensan a los ciudadanos son claves en la valoración que hacen los ciudadanos de los servicios. Los empleados públicos son un activo estratégico de la organización, y cualquier estrategia de calidad debe de tenerlos en cuenta, como grupos y como individuos, potenciando su profesionalización.

La profesionalización de los compradores públicos es una de las actuaciones estratégicas de la Comisión Europea para conseguir que la contratación pública funcione, se trata de establecer una estrategia de larga duración para desarrollar acciones —la Comisión busca un enfoque práctico, no se trata de aprobar más normas—que avancen en la profesionalización de los empleados públicos que desarrollan funciones en el ámbito de la contratación pública, siempre desde un enfoque ético, mediante la formación, el diseño de una carrera profesional, y la puesta a su disposición de sistemas y herramientas de apoyo.

La profesionalidad del servidor público no solo implica responda a un perfil de conocimientos y aptitudes —requisitos que se logran mediante los sistemas de reclutamiento, formación y carrera profesional—, sino que además es fundamental que tenga una actitud proactiva de implicación en la prestación del servicio público alineada con los objetivos de la organización.

Los principios y valores son los fundamentos de la buena gobernanza, modelando el comportamiento en la administración pública, y establecen una dirección clara para la organización y para los servidores públicos. Por ello, como señala la Guía para la aplicación de la metodología de evaluación de la carta de compromisos en las Administraciones Locales de la FEMP, es fundamental disponer de un personal, no solo, altamente cualificado, sino alineado con los objetivos de la organización, con una fuerte vocación de servicio público, comprometido y motivado, a fin de que desarrolle sus potencialidades y responda a las expectativas de la sociedad.

Principios como los de Legalidad Imparcialidad, Transparencia, Eficiencia, Eficacia, Sostenibilidad y Rendición de cuentas son elementos estructurales de la actuación de las Administraciones Públicas.

En el ámbito de la contratación pública estos principios estructurales tienen su reflejo en el artículo 1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público que declara:

> *"La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa".*

3.- EL COMPROMISO DEL SERVIDOR PÚBLICO CON LOS VALORES DE LA ORGANIZACIÓN

Obviamente, el grado de compromiso e implicación del servidor público con los valores de la organización y la calidad del servicio va a depender en gran medida de su actitud personal, de ahí la importancia de entender que no basta solo la aptitud, sino que es necesaria una actitud proactiva. Pero también es cierto que la organización tiene una gran responsabilidad en conseguir que su personal este comprometido y motivado, debiendo desarrollar actuaciones encaminadas a ello.

La codificación de los valores sería la primera de las actuaciones que una Administración debería desarrollar para motivar a su personal y lograr su compromiso con los valores y fines de la institución.

Aunque los términos "principios" y "valores" se usan a menudo indistintamente, se distinguen en función de su permanencia. Los principios deben ser fundamentales y duraderos. Los valores también pueden ser constantes, pero igualmente pueden surgir y evolucionar con el tiempo al cambiar las circunstancias.

Cada Administración tiene su propio conjunto de valores dentro del marco general de los principios por los que debe regirse la actividad pública y que hemos relacionado en el epígrafe anterior. Esos valores, que en muchos casos son implícitos, se manifiestan en la ejecución diaria de las políticas y los servicios públicos.

Codificar los principios y valores de una Administración les da enfoque, estructura y visibilidad, evitando la falta de coherencia o la incertidumbre en el actuar, asegurando que todos los funcionarios públicos los conocen y son conscientes de ellos. Es fundamental que se trate de valores generalmente aceptados, y por tanto dotados de una cierta estabilidad, no sujetos a los vaivenes políticos. Además, deben de ser efectivamente adoptados y aplicados. Las declaraciones y códigos deben ir acompañados de actuaciones de respaldado y de mecanismos de supervisión para alinear a los funcionarios con esos sistemas de valores.

Dentro de una base común que se centra en los valores fundamentales, es muy necesario que cada una de las organizaciones públicas contemple y singularice sus propios sistemas de valores de acuerdo con

sus mandatos y misiones específicas. Las buenas prácticas sugieren que los valores generales deben ser desarrollados en cada institución, mediante la participación del personal, de manera que, delimitando dichos valores a través del diálogo y del consenso, los hagan propios.

Es conveniente que las declaraciones se limiten a relacionar un número relativamente pequeño de valores (alrededor de 10), cada uno con una breve descripción, de forma que resulte un contenido fácil de retener y recordar.

Los valores deben ser la base de las estrategias de la organización y de las cartas de servicios, y la organización debe desarrollar actuaciones para que sean realmente aplicados.

La declaración de valores puede ser respaldada con códigos y guías, que contengan una elaboración más detallada de los valores y de cómo podrían ser aplicados en diferentes situaciones. El formato puede ser un 'código de conducta' oficial o una guía más informal, que articule los valores en un lenguaje sencillo y que pueda proporcionar ejemplos de circunstancias de la vida real.

Las declaraciones de valores, deben ir acompañadas de orientación. Desarrollar talleres de sensibilización y capacitación, ya sea de manera obligatoria o voluntaria, es conveniente pues permite discutir su aplicación práctica y responder preguntas.

También se deben introducir mecanismos de seguimiento y ejecución, con el fin de potenciar los valores, tanto por el reconocimiento cuando se aplican, como por la amenaza de sanciones si no se siguen. Esto es inevitable si los valores son principios que han sido formulados como derechos u obligaciones legales, pero cuando el valor declarado es más abstracto, las Administraciones Públicas dependerán de otros medios para fomentar y facilitar su cumplimiento. Algunas organizaciones tienen comités de ética o valores para supervisar la implementación y seguimiento del sistema de valores, resolver dudas que se planteen en su aplicación práctica, e incluso actualizarlo a lo largo del tiempo consultando al personal.

En cualquier caso, incorporar valores requiere un liderazgo institucional decidido que haga del compromiso con los valores de la organización un elemento clave de la gestión.

Conseguir el compromiso de los funcionarios, comienza por diseñar una estrategia de organización basada en la formación y la motivación del personal —facilitando el desarrollo de la carrera profesional como elemento clave—, y que incluya mecanismos para recoger las percepciones y aportaciones del personal, y de reconocimiento a la implicación. Esta estrategia debería definir objetivos, y desplegarlos en medidas y planes operativos que pueden ser ejecutados, monitorizados, y adaptados a lo largo del tiempo.

La implementación de la estrategia debería ir acompañada de acciones de rendición de cuentas y de comunicación de resultados. En una época de crecientes expectativas de prestación de servicios públicos, con una información y medios de comunicación social ampliamente accesibles, el rendimiento de las Administraciones Públicas y, especialmente, sus resultados deben demostrarse ante todos los implicados y ante la sociedad. Los informes de rendimiento requieren un enfoque a medida para los diferentes grupos destinatarios.

4.- EL COMPROMISO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS CON LA COMPRA PUBLICA EFICIENTE Y RESPONSABLE: ACTUACIONES A DESARROLLAR

El Estatuto Básico del Empleado Público establece un Código de Conducta con los deberes de los empleados públicos. Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público,

transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres,

Destaca, por lo que aquí nos interesa, la necesidad de que su actuación este orientada al interés general, y ajustada a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios. Además, deberán:

- vigilar el cumplimiento de los objetivos de la organización y cumplir con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y guardarán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo;
- tratar con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos;
- informar a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitar el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones;
- administrar los recursos y bienes públicos con austeridad, y velar por su conservación;
- mantener actualizada su formación y cualificación;
- poner en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados.

Centrándonos en el personal que participa en la contratación pública, la integración del Código de Conducta de los empleados públicos con los principios rectores de la contratación pública delimitaría el marco en el que debe moverse la actuación del comprador público. Como ya hemos expresado anteriormente, resulta conveniente establecer por escrito en cada Administración cuales sean los valores a los que debe ajustarse la actuación del profesional de la contratación pública, bien de forma general, haciendo propia una declaración institucional de un ámbito superior, o, mejor aún, formulando un conjunto de valores propio, ajustado a las condiciones económicas y sociales en las que nos desenvolvemos.

Diseñar una estrategia de profesionalización del personal que participa en los procesos de compra pública para lograr su implicación con los valores de la compra publica responsable y eficiente comprenderá las siguientes actuaciones:

- Elaboración de un Código Deontológico del comprador público.
- Formación. disponer de un Plan de formación en contratación pública basado en las necesidades de la organización y de las personas. Debe elaborarse teniendo en cuenta la naturaleza multidisciplinar de los proyectos de contratación, tanto para los funcionarios especializados en contratación como para funciones afines, y no solo tiene que tener por objetivo dotar a los empleados de conocimientos jurídicos, sino también de capacidades y competencias para apoyar los procesos de contratación. Es imprescindible realizar un seguimiento del mismo y medir su aplicabilidad en los puestos de trabajo.
- Motivación: el primer elemento de motivación para los empleados públicos es la posibilidad de desarrollar una carrera profesional. Las Administraciones Públicas deben desarrollar una buena gestión de los recursos humanos, incluidos programas de planificación de la carrera profesional específicos para las funciones de la contratación, a fin de atraer y retener a personal cualificado en la contratación pública y animar a los profesionales a proporcionar una mejor calidad y un planteamiento más estratégico en la contratación pública. A modo de ejemplo pueden implantarse:
  - programas de reconocimiento y/o certificación que identifiquen adecuadamente y recompensen las funciones de contratación;
  - estructuras profesionales, incentivos institucionales y apoyo político para lograr resultados estratégicos:
  - premios de excelencia para fomentar buenas prácticas en áreas como la innovación, la contratación pública responsable desde los puntos de vista ecológico y social, o la lucha contra la corrupción;

- otras soluciones no retributivas como condiciones flexibles de trabajo: horarios flexibles, teletrabajo, etc.

- Mecanismos para recoger la percepción y aportaciones del personal. Se debe disponer de sistemas que permitan recoger con precisión la voz de las personas que trabajan en la contratación, creando canales de presentación y gestión de propuestas y sugerencias internas. Es importante que se implementen como resultado de estas aportaciones acciones de mejora que sirvan para mejorar la eficacia en el servicio. Además, no hay que perder de vista la lucha contra la corrupción y por ello establecer canales para la presentación de quejas y denuncias por irregularidades por violación de la ética del contrato. Estos canales deben garantizar el anonimato y tener impacto en la adopción de medidas.
- Reconocimiento a la implicación. Es necesario disponer de medidas que reconozcan la implicación del personal en la mejora de la contratación pública. Es conveniente emitir una carta de agradecimiento a los miembros de los grupos de mejora que han finalizado con éxito, instaurar premios o algún evento de presentación de las mejores prácticas implantadas, y trasladar el reconocimiento al expediente personal.

5.- EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO DEL COMPRADOR PÚBLICO COMO COMPROMISO CON LA MEJORA Y CALIDAD DEL SERVICIO

Un código deontológico es un documento que recoge un conjunto de criterios, apoyados en la ética profesional, con normas y valores que formulan y asumen quienes llevan a cabo correctamente una actividad profesional.

Aunque la elaboración de un Código deontológico del comprador público debería ser desarrollado en cada institución, mediante la participación del personal, cabe lanzar a modo de propuesta un esquema básico a la luz de los principios generales que deben regir la actuación de un empleado público y de los principios de la compra pública, que estaría integrado por los siguientes valores:

- Legalidad: desempeño de las funciones del puesto de acuerdo con las Leyes, y demás normas de aplicación
- Satisfacción del interés público: buscar siempre, solo y exclusivamente la satisfacción del interés público.
- Lealtad y buena fe: actuar conforme a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que preste sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos
- Defensa de la competencia: comunicar inmediatamente a la autoridad competente cuando se tenga conocimiento de comportamientos que tengan por objeto o puedan causar el efecto de prevenir, restringir o distorsionar la competencia.
- Eficiencia: actuar con responsabilidad, profesionalidad, diligencia y la dedicación necesaria para asegurar que los recursos destinados a los contratos públicos sean utilizados eficientemente y con la máxima eficiencia posible, desde la perspectiva de obtener la mejor calidad-precio. Realizar evaluaciones periódicas de la compra pública.
- Utilización estratégica de la contratación: tener en cuenta la posibilidad de incorporar objetivos de interés general a la contratación pública, tales como la responsabilidad social empresarial, la sostenibilidad, el acceso de la pequeña y mediana empresa y la innovación, de acuerdo con la materia del contrato y las leyes de la contratación pública. En especial, tratar de configurar

los expedientes de contratación de la manera más socialmente responsable posible. Entre las previsiones para este fin, se recomienda determinar el precio de licitación teniendo en cuenta que las proposiciones contractuales puedan tener debidamente en cuenta las condiciones laborales y salariales establecidas en los convenios colectivos de los trabajadores que vayan a ejecutar el contrato

- -Integridad: comportarse de manera éticamente ejemplar, lo que requiere en todos los casos observar los siguientes comportamientos:

  a) actuar de forma honesta, objetiva e imparcial; garantizar la neutralidad y la igualdad de trato; abstenerse de aceptar regalos, y rechazar cualquier beneficio en interés privado derivado de la intervención directa o indirecta en un expediente de contrato público.

  b) evitar acciones u omisiones que puedan generar apariencias inadecuadas o que puedan afectar negativamente a la credibilidad del público hacia la aplicación de los principios que deben inspirar los contratos públicos.

  c) informar lo antes posible a las instancias y órganos competentes de cualquier incumplimiento del código o de la violación de normas que puedan ser sancionadas penalmente o administrativamente en aplicación del marco normativo vigente.

- Profesionalización, que comprende:

  a) mantener actualizada su formación y cualificación

  b) trabajar de forma continuada en el conocimiento de las normas de contratación y de los mercados en que se desarrolla su actividad.

  c) participar en programas de perfeccionamiento profesional, que sirvan para el buen desarrollo y mejora de tu trabajo.

  d) cooperar con aquellas organizaciones e instituciones que trabajan en la proyección y consolidación del prestigio de la función del comprador público.

- Transparencia: ajustar el desempeño de sus funciones al principio de transparencia y facilitara el acceso de los ciudadanos y de las empresas a la información contractual, con sólo las limitaciones establecidas en la ley. En especial velaran porque todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones.
- Confidencialidad: mantener la máxima confidencialidad con respecto a los hechos e información que conozcan en el desempeño de su trabajo.
- Diligencia: Cumplir con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolver dentro de plazo los procedimientos o tramites de su competencia.

Capítulo II

LA NECESIDAD DE ESPECIALIZACIÓN DE LOS PROFESIONALES ADSCRITOS A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.LA RECOMENDACIÓN UE 2017/1805. EJES DE ACTUACIÓN: ESTRATEGIA, FORMACIÓN, TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN.

1.- LA ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA: UN CAMPO DEL CONOCIMIENTO MUY COMPLEJO

La contratación pública es un amplio campo del conocimiento que afecta a muchos empleados del Sector Público y a muchas empresas, casi todas PYMES. Ese campo de conocimiento es bastante complejo y precisa de especialización, no sólo jurídica, también económica, técnica y tecnológica, y sobre todo de gestión.

Como comentaba Charo Delgado en su reciente publicación sobre la aplicación de la LCSP pasado un año desde su publicación: "Estamos hablando de una ley de 347 artículos, 53 disposiciones adicionales, 1 derogatoria, 5 transitorias y 16 finales. Es decir, una norma muy compleja en la que resulta fácil perderse y redactada de forma que no resulta fácil de entender, ni siquiera para los que llevamos años lidiando con la contratación pública. En algunos artículos (en los criterios de valoración, por ejemplo) se da el caso del establecimiento de una norma general, posteriormente de unas excepciones y luego de una enumeración de casos en que no es posible el uso de las excepciones. Ni siquiera los expertos se ponen de acuerdo en la interpretación de muchos de sus preceptos. En algunos casos – ya se ha hablado del responsable del contrato, más adelante hablaremos de los anuncios de información previa – aparentemente la ley se contradice a sí misma. Hubiera sido deseable una norma más corta, donde se reflejaran los principios, objetivos, obligaciones y prohibiciones en toda la contratación (licitación, formalización, ejecución y extinción) seguida muy de cerca en el tiempo por un reglamento que la desarrollase, detallando procedimientos, plazos, publicidad y resto de detalles".

No es sólo la complejidad de la LCSP. Por debajo, los dos reglamentos anteriores no están expresamente derogados, y por arriba, tenemos tres directivas. En Aragón y Navarra, sendas leyes de contratación pública. Informes y resoluciones contradictorias de Juntas Consultivas y de Tribunales de Recursos Contractuales.

Ante la complejidad, se precisa especialización.

2.- ESPECIALIZACIÓN EN LA GESTIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

2.1.- ESPECIALIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES

¿Se pueden resolver litigios y controversias sobre la contratación pública sin estar especializado en este campo del conocimiento? No.

El artículo 45 de la LCSP, cuando habla de la resolución del recurso en la Administración General del Estado dice que: "En el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias." Y más adelante, "En todo caso, los Ayuntamientos de los municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y las Diputaciones Provinciales podrán crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos.

2.2.- ESPECIALIZACIÓN DE LAS CENTRALES DE COMPRAS

¿Se puede racionalizar, ordenar y organizar la gestión de la contratación pública sin estar especializado en este campo del conocimiento? No.

El artículo 218 de la LCSP regula los sistemas para la racionalización de la contratación de las Administraciones Públicas estableciendo que "para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos las Administraciones Públicas podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos, o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados, conforme a las normas de este capítulo" añadiendo el artículo 227 de la LCSP que: "Las entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados".

2.3.- ESPECIALIZACIÓN EN LA MESA DE CONTRATACIÓN

¿Se pueden tomar las decisiones relativas a la admisión y exclusión de empresas, a la valoración de las ofertas técnicas o de ofertas anormales sin estar especializado en este campo del conocimiento? No.

Según el artículo 326.2º de la LCSP, "La mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá las siguientes funciones, entre otras que se le atribuyan en esta Ley y en su desarrollo reglamentario".

2.4.- ESPECIALIZACIÓN/PROFESIONALIZACIÓN DEL PERSONAL QUE GESTIONA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El artículo 334.1º de la LCSP regula la Estrategia Nacional de Contratación Pública disponiendo:

> *"... es el instrumento jurídico vinculante, aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que se basará en el análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público incluyendo todos los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras comprendidas en el sector público estatal, autonómico o local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a los mismos que no tengan la naturaleza de poderes adjudicadores. Tendrá un horizonte temporal de cuatro años y abordará, entre otros, los siguientes aspectos:*

> *e) Promover la profesionalización en contratación pública mediante actuaciones de formación del personal del sector público, especialmente en aquellas entidades que carecen de personal especializado, mediante el diseño de un plan específico en materia de formación en contratación pública y otras actuaciones complementarias de promoción de la profesionalización en la contratación pública".*

También la profesionalización aparece enumerada entre los objetivos que han de cubrir las medidas adoptadas dentro de dicho plan, según el artículo 334.2º de la LCSP:

> *"...b) Incrementar la profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación."*

2.5.- ESPECIALIZACIÓN DEL PERSONAL DEL COMITÉ DE EXPERTOS.

Según la disposición adicional 2ª de la LCSP en su apartado 8ª: *"El comité de expertos a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 146 de la presente Ley, para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor, podrá estar integrado en las Entidades locales por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. En todo caso, entre este personal deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública".*

2.6.- ESPECIALIZACIÓN EN LA RECEPCIÓN DE LOS CONTRATOS

La disposición adicional 3ª en su apartado 3º de la LCSP dispone que: *"Podrá estar asistido en la recepción por un técnico especializado en el objeto del contrato, que deberá ser diferente del director de obra y del responsable del contrato. Los servicios de asistencia de las Diputaciones Provinciales asistirán a los pequeños Municipios a estos efectos y los demás previstos en la Ley".*

3.- LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Lo dice el artículo 334.1º de la LCSP cuando regula la Estrategia Nacional de Contratación Pública y según la Unión Europea en la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública.

Según la Unión Europea una política de profesionalización eficaz debe basarse en un planteamiento estratégico global en torno a tres objetivos complementarios:

3.1.- ARQUITECTURA POLÍTICA

Desarrollar la arquitectura política adecuada para la profesionalización: *"…para tener un impacto real, cualquier política de profesionalización debe contar con un elevado nivel de respaldo político. Esto significa definir claramente a nivel político central la atribución de responsabilidades y tareas de las instituciones; respaldar los esfuerzos a nivel local, regional y sectorial; garantizar la continuación a través de los ciclos políticos; utilizar, cuando sea apropiado, las estructuras institucionales que fomentan la especialización, la agregación y el intercambio de conocimientos".*

3.2.- RECURSOS HUMANOS.

"…mejorar la formación y la gestión de la carrera de los profesionales en materia de contratación: los profesionales de la contratación pública, es decir, aquellas personas implicadas en la contratación de bienes, servicios y obras, así como los auditores y funcionarios responsables de la revisión de los casos relacionados con la contratación pública, deben disponer de las cualificaciones, formación, capacidades y experiencia adecuadas necesarias para su nivel de responsabilidad. Esto implica garantizar la existencia de personal con experiencia, capacitado y motivado, ofrecer la formación y desarrollo profesional continuo necesarios, así como desarrollar una estructura de la carrera profesional e incentivos que hagan atractiva la función de la contratación pública y motiven a los funcionarios públicos a lograr resultados estratégicos"

3.3.- SISTEMAS

"…proporcionar herramientas y metodologías de apoyo de la práctica profesional en el ámbito de la contratación: los profesionales de la contratación pública deben disponer de las herramientas y el apoyo adecuados para actuar de manera eficaz …herramientas de contratación electrónica, directrices, manuales, plantillas y herramientas de cooperación, con la formación, apoyo y experiencia, agregación de conocimientos e intercambio de buenas prácticas correspondientes."

Dibujo 1 Taller de profesionalización contratación pública.
Madrid. 2017. Guillermo Yañez Sánchez.

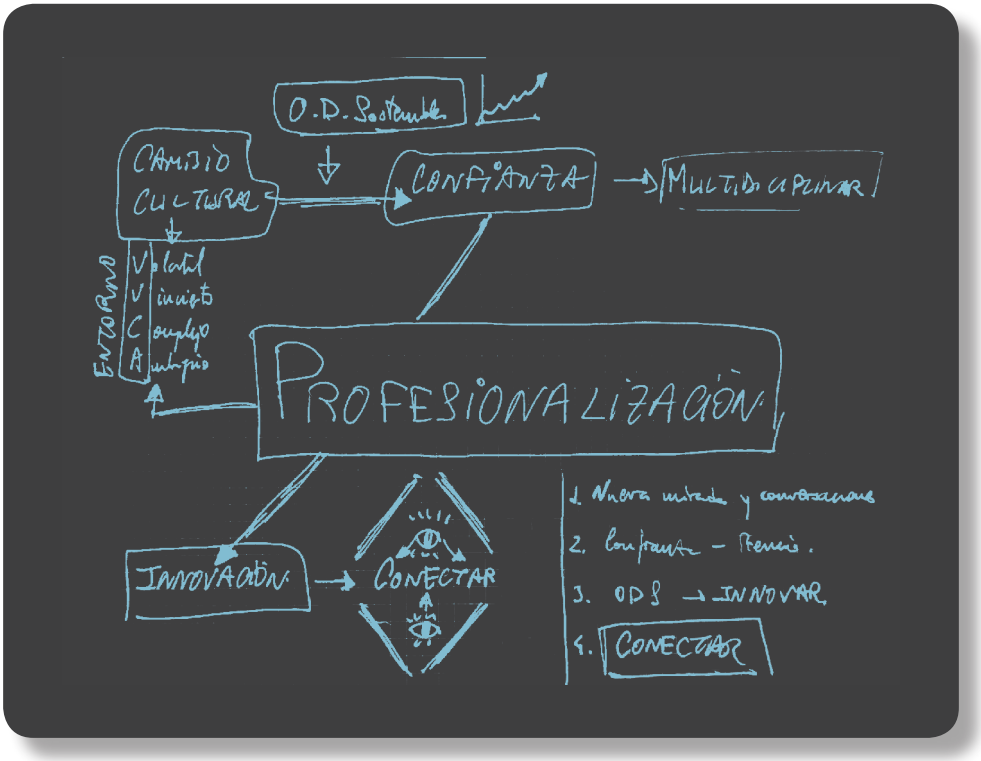
La problemática de la profesionalización de la contratación pública está siendo abordada en foros y congresos especializados sector.

En el año 2017 se celebró un Congreso de Contratación Pública en Madrid. Dentro del mismo se organizó un taller sobre la profesionalización de la contratación pública con un grupo multidisciplinar con gestores, profesores, interventores, letrados, "electrónicos" de la plataforma de contratación del Sector Público (Gabriel Sánchez Dorronsoro), fiscalizadores externos, profesionales de la formación (José Manuel Argilés y Violeta Tomas del INAP y Carmen Seisdedos del Instituto Andaluz de Administración Pública) y empresas.

Fue unánime el reconocimiento de que la profesionalización de los gestores y afectados por la contratación pública es imprescindible para poder alcanzar los encomiables objetivos de la Ley (como suele decir José Manuel Martínez Fernández). Sin profesionalizar la contratación pública todos sus objetivos se quedarán en "agua de borrajas".

Como comentó Manuel Arenillas, director del INAP: *"La contratación pública vive en una época VUCA acrónimo de (Volátil, Incierto -en inglés Uncertainty-, Ambiguo y Complejo) que demanda una generación continua de conocimiento especializado"*.

Parece ser que la mejor forma de generar ese conocimiento especializado en un entorno tan VUCA es con una inteligencia colectiva, algo que requiere de una comunidad de profesionales de contratación pública conectados y enredados.



Dibujo 2 Taller de profesionalización contratación pública.
Madrid. 2017. Guillermo Yañez Sánchez.

4.- LAS COMUNIDADES VIRTUALES DE PROFESIONALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

El reto de la profesionalización es grande, complejo y difícil de abordar. Por un lado, miles y miles de empleados públicos con diferentes necesidades de formación y especialización; por el otro, miles y miles de empresas, casi todas PYME.

¿Cómo profesionalizar a tantas personas, con diferentes necesidades y perfiles?

Un ejemplo pensado en el Sector Público:

- Una Diputación Provincial.
- Con un departamento de Contratación. Un jefe y una funcionaria.
- Unidades promotoras. Pongamos 17 (Vías y Obras, Urbanismo, Deportes, Servicios Sociales, …) con 17 personas con formación no jurídica implicados en el inicio de del contrato, en la valoración de ofertas y en la ejecución de los contratos (son los responsables).
- Un departamento de informática. No nos olvidemos de su concurso para la implantación de la tecnología en la gestión. Otra persona.
- Un secretario y una interventora.
- Pongamos además 183 municipios en la provincia y unos 120 secretarios-interventores haciendo lo que pueden.
- Pongamos un entorno empresarial de 100 PYMES.

Para mejorar la contratación pública en ese entorno habría que conseguir que todas estas personas (142 sólo en el Sector Público), de una forma constante, aprendieran a su ritmo y en función de su perfil y de sus necesidades.

¿Podemos hacerlo con medios tradicionales? ¿con cursos presenciales? Igual sí, si bien será muy caro y poco eficiente, poco rentable como bien sabe , o .

Ante esta realidad y esta necesidad, una opción viable es una comunidad virtual de profesionalización en contratación pública con la que se pueda, sin horarios:

- Informar, comunicar y formar a las unidades promotoras en lo que les afecta dentro del proceso de contratación.
- Informar, comunicar y formar a los gestores de contratación, a la secretaría y a la intervención de novedades que afectan la legalidad en la gestión de los contratos.
- Trabajar colaborativamente en:
  - Elaborar pliegos jurídicos y técnicos para la propia Diputación y para sus ayuntamientos.
  - Elaborar modelos, plantillas, …
  - Programar la gestión anual de las licitaciones.
  - Simplificar los largos, pesados y aburridos procesos de trabajo.
  - Implantar la tecnología en la gestión de la contratación pública. La PLACSP o una plataforma privada.
  - Avanzar en la utilización estratégica de la contratación pública para la ejecución de políticas públicas.
  - Crear y gestionar una central de compras.
  - Evaluar, diagnosticar y planificar anualmente objetivos de mejora en la gestión de la contratación.

¿Qué se necesitaría para llevar a cabo esta comunidad virtual en contratación pública?:

- Iniciativa y algún recurso económico.
- Un sitio para alojar la comunidad virtual.
- Una o varias personas (community managers) que den vida a la comunidad, unan a las personas entorno a un interés común, hagan que avancen y alcancen pequeñas metas, pequeños resultados hasta que cojan cierta inercia en la mejora continua de la contratación pública.

La única manera de alcanzar pequeñas mejoras en la gestión de la contratación es mantener un esfuerzo constante en la profesionalización de los diferentes afectados por la contratación pública y esto se puede conseguir con una comunidad virtual donde los diferentes profesionales afectados, a través de foros y otras herramientas participativas y colaborativas, puedan compartir conocimientos, experiencias y generar un conocimiento especializado.

La Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública termina diciendo que hay que: "Animar a las comunidades de profesionales a través de foros en internet y redes sociales profesionales".

Capítulo III

ELEMENTOS FACILITADORES PARA LA PROMOCIÓN DE LA CONCURRENCIA: LA APORTACIÓN DE CONOCIMIENTO EXPERTO POR LOS CONTRATISTAS

1.- ELEMENTOS FACILITADORES PARA LA PROMOCIÓN DE LA CONCURRENCIA

1.1.- LA PUBLICIDAD DE LAS LICITACIONES ESTÁ EN INTERNET

Corría el 27 de noviembre de 1996 cuando, a propuesta del Sr. Monti, la Comisión Europea aprobó el Libro Verde: La contratación pública en la unión Europea: Reflexiones para el futuro. Libro Verde: La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro

En aquel proceso participativo, los empresarios manifestaron como una mejora a implementar para facilitar la concurrencia de empresas a la licitación pública la posibilidad de utilizar medios electrónicos para anunciar la las licitaciones.

De aquella reflexión participativa se empezó a pensar en el corto plazo a utilizar la tecnología (CD Rom e Internet), para anunciar las licitaciones. En el largo plazo, se pensaba en la licitación electrónica.

Dibujo 1 El inicio de la contratación pública electrónica en la Unión Europea (1996). Guillermo Yañez Sánchez.

El año 2004, fruto de aquel trabajo, nació en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos, el perfil del comprador.

En España, en el 2007, esa figura se convirtió en el perfil de contratante.

Actualmente, todas las Administraciones Públicas deben de publicar en Internet (en su perfil de contratante) las licitaciones de necesidades que superan las siguientes cantidades:

- -Obras de más 80.000,00€, IVA excluido.
- -Suministros, servicios y otros contratos de más de 35.000€, IVA excluido.

Todos los poderes adjudicadores que no son una Administración Pública y los entes u organismos que no son poderes adjudicadores deben de publicar en Internet (en su perfil de contratante) las licitaciones de necesidades que superan las siguientes cantidades:

- Obras de más 40.000,00€, IVA excluido.
- Suministros, servicios y otros contratos de más de 15.000€, IVA excluido.

Las licitaciones, la mayor parte, deben estar en Internet, como querían los empresarios. Internet facilita a los empresarios el conocimiento de futuras oportunidades de negocios. Internet facilita a los empresarios la concurrencia a procesos de licitación.

Un efecto contraproducente de utilizar internet para la contratación pública fue la dispersión de perfiles de contratante. Desde la Ley 30/2007 proliferaron por miles los perfiles de contratante, las páginas webs dónde se encontraban las oportunidades de negocio con el Sector Público.

Este problema se intentó arreglar con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado convirtiendo la plataforma de contratación del Estado en la del Sector Público.

En la actualidad la licitación que no esté publicada en el perfil de contratante ubicado en la PLACSP es nula de pleno de derecho, como dice el artículo 39. 2º letra c) de la LCSP.

1.2.- SIMPLIFICACIÓN DE TRÁMITES

La licitación pública es compleja para las empresas. Muchos documentos, sobres, diferentes procedimientos, ..., ahora la licitación electrónica. "Burocracia electrónica". Algo preciso para promover la concurrencia es la simplificación de trámites.

Como dice la Exposición de Motivos de la LCSP: "También se da satisfacción aquí a la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYMES. El proceso de licitación debe resultar más simple, con la idea de reducir las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación.

Con el objetivo de conseguir una simplificación y reducción de las cargas administrativas, se mantiene el uso de la declaración responsable, pero se amplía el espectro de casos en los que se utiliza y se regula pormenorizadamente su contenido según lo establecido en la nueva Directiva de Contratación y de forma coherente, como ya se ha señalado, con el formulario del Documento europeo único de contratación (DEUC) aprobado por la Comisión Europea.

Se está planteando la duda de si en el procedimiento abierto simplificado y en el sumario, la declaración responsable a presentar debe ser también en el modelo DEUC. El artículo 159.4º letra c) de la LCSP establece que: "La presentación de la oferta exigirá la declaración responsable del firmante respecto a ostentar la representación de la sociedad que presenta la oferta; a contar con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso, la clasificación correspondiente; a contar con las autorizaciones necesarias para ejercer la actividad; a no estar incurso en prohibición de contratar alguna; y se pronunciará sobre la existencia del compromiso a que se refiere el artículo 75.2. A tales efectos, el modelo de oferta que figure como anexo al pliego recogerá esa declaración responsable".

A las PYME, de momento, la cumplimentación de DEUC les está generando bastantes problemas. Para intentar paliar la falta de conocimientos y capacidades digitales de las empresas he publicado en los pliegos e insertado en el perfil de contratante esta ayuda:

Los pasos a realizar para cumplimentar el Documento Europeo Único de Contratación son los siguientes:

1. Descargar el documento que está en perfil de contratante de …., ubicado en la plataforma de contratación del Sector público en formato XML en cada expediente, identificado como "DEUC-nº expediente-xml"
2. Entrar en https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=es
3. Elegir la casilla: "Soy un operador económico".
4. Elegir la casilla: "Importar DEUC".
5. En "examinar" elegir el documento que nos hemos descargado en el paso 1 en formato XML.
6. Aparecerá el DEUC correspondiente al expediente. Cumplimentar, imprimir y firmar

1.3.- FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO EN LOTES

La división del contrato en lotes pasa a ser la norma general. En el ayuntamiento de Valladolid obras de más de 40.000,00€ y suministros y servicios de más de 15.000,00€, salvo debida justificación, son licitados en lotes.

Sí se fracciona el objeto del contrato en lotes, los requisitos de solvencia serán más pequeños y se favorecerá la concurrencia de PYMES.

1.4.- ACCIÓN DIRECTA DE LOS SUBCONTRATISTAS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

También puede favorecer la concurrencia de empresas la acción directa de los subcontratistas frente a la administración, en caso de que el contratista principal no haga frente a sus obligaciones de pago. No obstante, esta posibilidad debe estar expresamente incluida en los pliegos de cláusulas administrativas y se precisa además adecuar la operativa contable.

1.5.- EMPRESAS DE NUEVA CREACIÓN

La LCSP intenta favorecer la concurrencia de empresas de nueva creación. Cuando liciten se prevé la posibilidad de no tener en cuenta en la experiencia en trabajos similares como criterio de solvencia, para contratos no sujetos a regulación armonizada, en el caso de suministros y servicios o de valor estimado inferior a 500.000 € en el caso de contratos de obras, dice el artículo 88.2º de la LCSP.

1.6.- MAYOR TRANSPARENCIA

El principal objetivo de la LCSP es dotar de mayor transparencia a la contratación, como dice su Exposición de Motivos. “Con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, y…” decía el artículo 42 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

La LCSP refuerza el perfil de contratante y hace obligatorio publicar, además de casi todas las licitaciones y de sus resultados, “todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, en su caso, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad a que se refiere el artículo 149.4 y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato”.

La LCSP hace prácticamente se hace transparente la totalidad del expediente de contratación

Cuanto mayor sea la transparencia, menores serán las posibilidades de realizar prácticas corruptas.

2.- EL CONOCIMIENTO DEL MERCADO, ES CLAVE PARA UNA LICITACIÓN EFICAZ

Todo contrato nace de la necesidad de un bien o un servicio, del que no se dispone, y que se precisa para "el cumplimiento y realización de sus fines institucionales", como dice el artículo 28.1º de la LCSP.

Todas las actuaciones previas al inicio del expediente de contratación pivotan en el conocimiento del mercado proveedor de los bienes o servicios que se precisan.

Dentro de cada organización son los servicios interesados en la contratación o las unidades promotoras los que deberían conocer ese mercado concreto que les proveerá de los bienes o servicios que precisan.

Podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Toda contratación se justifica en la existencia de una necesidad de un bien o un servicio.
2. Quién tiene la necesidad de un bien o un servicio es responsable de conseguir la información en que se basa la compra. Como literalmente nos dice el informe: "es responsabilidad de las unidades administrativas que proponen la contratación externa de actividades y prestaciones fijar inicialmente, con el máximo rigor y la absoluta motivación, todos los elementos que tengan conocimiento para una mejor definición en el expediente de contratación, del objeto contractual y de sus prescripciones técnicas, de las obligaciones futuras del contratista y de su coste económico aproximado".
3. Para conseguir esa información hay que buscar en el mercado proveedor y comparar la información. El citado informe continúa diciendo: "El objeto del contrato se establece teniendo en cuenta, fundamentalmente, dos factores: uno, las propias necesidades de la Administración y el otro, las características del mercado proveedor".
4. Conseguida dicha información se requiere la colaboración entre el que tiene la necesidad de un bien o un servicio y el que gestiona las compras, estableciendo dicho informe que "es necesaria la colaboración entre los órganos vinculados al objeto contractual que se propone, desde la perspectiva del ejercicio y del conocimiento especializado de unas competencias administrativas, y los órganos gestores de los expedientes de contratación, que poseen unos conocimientos en la tramitación general de los expedientes de contratación pero no especializados respecto de cada uno de los objetos contractuales que se proponen".

Es decir, surgida la necesidad de un bien o un servicio, y antes de iniciar un proceso de compras, alguien tiene que realizar una serie de actividades tendentes a:

- Conocer las características del mercado proveedor que puedan dar respuesta a nuestras necesidades.
- Conseguir información que, económica y técnicamente, valoren y describan las posibles respuestas del mercado.
- Explicitar el conocimiento adquirido, facilitar información precisa al órgano de compras y colaborar con el mismo en la gestión del proceso.

Toda la información recabada en las diversas actividades que se realizan en esta fase previa debe quedar reflejada en la documentación preparatoria del expediente, como así exige literalmente el artículo 28 de la LCSP, "dejando constancia de ello en la documentación preparatoria".

Dibujo 1 Actuaciones previas al inicio del expediente de contratación.
Guillermo Yañez Sánchez.

3.- LAS CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO

Casi siempre se ha consultado al mercado. Con la LCSP, cambia la forma de hacerlo. De una forma opaca a una forma transparente. Dotar de mayor transparencia a la contratación es el gran objetivo de la LCSP, y la transparencia alcanza a las actuaciones del inicio del expediente.

Con las consultas preliminares del mercado se persigue, como cuenta Charo Delgado:

1. "Recabar la información necesaria para una adecuada configuración del contrato, de forma que se cubran las necesidades aparecidas de la forma más idónea y eficiente posible.
2. Informar a los posibles interesados de las necesidades de la administración
3. Permitir la participación del mercado, particularmente del mercado concreto que puede estar interesado en la prestación, en la definición de los contratos y de los procedimientos para adjudicarlos".

El procedimiento de la consulta se inicia con un anuncio en la PLACSP o en los equivalentes autonómicos, y el resultado, que tiene que concretarse en características genéricas o exigencias generales sin que pueda ser el reflejo de una solución concreta, se reflejará en un informe motivado con las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos, que formará parte del expediente y que justificará especialmente el hecho de que el órgano de contratación, al redactar los pliegos, no vaya a tener en cuenta los resultados de las consultas.

Pocas consultas preliminares del mercado se están haciendo.

No obstante, hay que tener presente que la LCSP exige preparar correctamente una licitación y ello significa contar con cierta información:

- Desglose del presupuesto base de licitación. Según dice el artículo 100.2º de la LCSP "A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia".
- Desglose del valor estimado del contrato. Según el artículo 101.2º de la LCSP: "En el cálculo del valor estimado deberán 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".
- Información sobre los convenios colectivos. Duración de los convenios, criterio que servirá para "fijar" la duración del contrato, sobre todo en los servicios.
- Número de empresas para prever una posible distribución de los lotes. Hay que acreditar que se ha estudiado el mercado proveedor para establecer los lotes, o bien, no fraccionar el objeto del contrato. *"En relación con la previsión de este artículo 46 de la Directiva, este Tribunal ha declarado, entre otras, en la resolución 814/2016, que del mismo se desprende que la división no es obligatoria, siendo así que, por mucho que el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE exprese que, para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes, también añade que tales poderes adjudicadores deben conservar la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial, exigiendo únicamente que se estudie la conveniencia de tal división, a cuyo fin, cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir*

el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación debe incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador"

› ...

Toda esta información se precisa en el inicio del proceso de trabajo para "preparar correctamente la licitación", como dice el artículo 115 de la LCSP.

No obstante, hacer una consulta preliminar no es sencillo. Hay que elaborar la primera y luego publicarla en la PLACSP.

Afirma Rosario Delgado que: *"Es posible comprobar la utilización de esta figura mediante los anuncios relativos a las mismas publicados en PLACSP. Desde la entrada en vigor de la ley se han publicado aproximadamente 70 consultas preliminares al mercado, predominando las consultas relativas a licitaciones con características tecnológicas. Por lo tanto, si bien no se puede decir que esté generalizada, sí se demuestra que esta figura está siendo aplicada por las distintas administraciones para configurar adecuadamente sus contrataciones, en especial las más complejas".*

Capítulo IV

BENEFICIOS Y MEJORAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL MEDIANTE EL FOMENTO DE LAS PYMES

1.- SITUACIÓN DE PARTIDA EN EL ESCENARIO EUROPEO VIGENTE: LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE CONTRATACIÓN

El sistema de contratación pública tras la Estrategia Europea 2020, una estratégica para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y las Directivas 2014/23/UE, de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, objeto de transposición en Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público han hecho evolucionar los objetivos que la contratación pública debía atender, en lo que ha venido a denominarse como contratación pública estratégica, dejando en segundo plano la contratación pública tradicional.

Esta afirmación por reiterada no es menos relevante y se pone de marcado manifiesto con la política europea de fomento de las PYMES en la contratación pública.

El porqué de esta fijación del objetivo de fomento de las PYMES en la contratación pública se responde de manera taxativa con los datos elocuentes del poderoso poder de compra de los poderes adjudicadores que representan alrededor del 20% del PIB europeo y sobre el 20% del PIB Estatal.

La Directiva 2014/24/UE, en el Considerando 2º ya establece como una obligación la revisión de las normas vigentes sobre contratación pública a fin de facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública.

Por su parte el Considerando 59 de la misma pone de manifiesto que la marcada tendencia a la agregación de la demanda y la concentración de las compras deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYME .

Por su parte, el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE establece una obligación taxativa de los poderes adjudicadores *"Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME,.."*.

A este respecto, en los Considerando 80, 83, 84 y 124 de la Directiva se desgrana la necesidad de llevar a cabo la supresión de obstáculos indebidos al acceso de las pymes a la contratación pública a través de la exigencia de rapidez y eficiencia de los procedimientos con plazos oportunos para presentar ofertas, la contratación electrónica, la adecuación de la configuración de los requisitos de capacidad económica o financiera hasta ahora demasiado exigentes, o la supresión de excesivas cargas administrativas por la presentación de un número sustancial de certificados que, en definitiva, influirían sobre el potencial de las PYME de cara a la creación de empleo, crecimiento e innovación.

Así, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública explicita tanto en sus considerandos como en su articulado adaptaciones del sistema europeo de contratación pública para fomentar la accesibilidad de las PYMES a la contratación pública, siendo una de las más significativas la división de los lotes, en donde si bien no exige a los poderes adjudicadores a dividir obligatoriamente los contratos públicos en lotes, si cambia radicalmente su consideración al obligar a motivar e incluir en el expediente las justificaciones de su no división en lotes.

Efectivamente, el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE señala que "Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes."

Y por último, para realizar el pertinente seguimiento de las medidas adoptadas por cada Estado Miembro de la Unión europea, para medir la accesibilidad de las PYME en la contratación pública se recoge dentro del título VI sobre Gobernanza, el apartado específico sobre PYME en el informe de supervisión a remitir cada tres años a la Comisión Europea (el primer informe del Estado Español se remitió en abril de 2018).

De este modo, la contratación pública europea se configura como una potente herramienta de cambio y orientación de las policitas públicas europeas, y en concreto, respecto del fomento de las PYME (Ver Informe de la Junta consultiva de Contratación de Cataluña 19/2014 de 17 de diciembre de 2014. Previsiones con incidencia en materia de PYMES de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública).

2.- PANORAMA ACTUAL DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN ESPAÑA

En el sistema de contratación pública vigente, el objetivo protagonista sobre orientar el fomento de la accesibilidad de las PYMES a la contratación pública no deja lugar a dudas tras el análisis de los datos publicados por la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Industria, comercio y turismo Estatal.

A fecha 1 de enero de 2018, según el Directorio General de Empresas (DIRCE) hay en España 3.335.403 empresas de las cuales 3.330.971(nada más y nada menos que el 99,88%) son PYME (entre 0 y 249 asalariados).

Si nos comparamos con la Unión Europea, las microempresas (de 0 a 9 trabajadores) en España suponen el 95,4% del total de empresas, 2,4 puntos por encima de la estimación disponible para el conjunto de la UE (datos 2016 del 93%).

Además en el año 2017, se aumenta el número de PYME con un incremento del 1,7%, esto es, cada vez se crean más microempresas.

Por sectores económicos se observa que es el sector servicios el más representativo con un 81,4% del que el 22,4% corresponde al comercio.

Si por ende atendemos a los datos sobre empleo empresarial, a lo largo del 2018, la PYME española mantienen una relevante posición al contribuir con la generación de empleo ocupando el 65,9 % del total de trabajadores, aumentando en el año 2018 en un 3,53%.

No obstante, la interpretación de estos datos o resultados no puede hacerse si no es desde la perspectiva de la facturación de las mismas, que representa menos de 2 millones de euros en 2018.

Ante este panorama y atendiendo al déficit de accesibilidad de las PYME a la contratación pública, orientar la actividad contractual de las Administraciones Publicas hacia una determinada política pública, parece estar sobradamente justificada en el caso español a la vista de los datos estadísticos expuestos.

En todo caso, debemos recordar que esta política europea no es especialmente novedosa pues desde el informe “Pensar primero a pequeña escala” (Small Business Act) para Europea: iniciativa a favor de las pequeñas empresas (Bruselas 25 de junio de 2008) ya desagrega la política activa comunitaria al respecto, en sintonía con otros históricos planteamientos estratégicos bajo la máxima “Piensa globalmente, actúa localmente” de la Cumbre de la Tierra de Rio de Janeiro 1992, en donde se focalizaba la necesidad de pensar a pequeña escala desde lo local para atender a desafíos económicos y ambientales globales.

Así, el enfoque de las PYME dentro del sistema de contratación pública se produce en un contexto marcado por una creciente globalización económica en donde el acceso a la información del mercado público a través de licitaciones públicas y de la manera de interactuar de las empresas con los poderes adjudicadores que, en muchas ocasiones demandan información previa en su decisión de acudir a una licitación, acuden a la red, esto es, a las plataformas de licitación públicas en búsqueda de oportunidades de negocio.

Es por ello que esta política de fomento de un determinado tipo de empresas dentro de la contratación pública, no trata de frenar la libertad de mercado y el crecimiento económico sino más bien al contrario, promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo en un contexto de desarrollo equilibrado y sostenible, con incidencia en el ámbito local.

En este sentido, cabe considerar que la política orientada al fomento de las pymes, esto es, llevar a cabo su empoderamiento dentro de la economía globalizada es un reto político y jurídico que el legislador europeo y nacional deja reposar en los hombros de las administraciones públicas con especial énfasis en las administraciones locales.

3.- LOS BENEFICIOS DEL FOMENTO Y PROMOCIÓN DE LAS PYMES EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

En idéntico proceso europeo de orientación se circunscribe la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público como nuevo sistema de contratación pública estratégica. Así, como señala Gimeno Feliu, en una primera valoración general, puede afirmarse que la nueva ley abandona una visión burocrática y apuesta por un modelo de Contratación Pública transparente y estratégica.

Y, al igual que se produjo en el ámbito europeo precedieron acuerdo estatales de impulso del fomento de las PYMES en la contratación pública como, entre otros, el Acuerdo del Gobierno de medidas para facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública de 16 de abril de 2013.

En el preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Publico, destaca la mención al sistema legal de contratación pública que persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia.

Como actuaciones en beneficio de las PYMES, se incluyen en este texto legal las medidas que ya aparecían dentro de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; y se da un paso más allá al establecerse la obligación para el órgano de contratación, en los contratos que más frecuentemente acuden a la subcontratación, como son los de obras y de servicios de un determinado importe, de comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más rigorista que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones Públicas.

A modo de resumen, la LCSP incluye medidas de apoyo a las PYMES relativas a simplificación del procedimiento y reducción de cargas administrativas. Se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos, el cumplir con los plazos establecidos por la normativa vigente sobre pago a proveedores, medida que pretende contribuir a que las PYMES con las que subcontrate el adjudicatario cobren sus servicios en plazo.

Como principio vertebrador sobre el fomento de las PYMES, la LCSP establece expresamente en su artículo 1 apartado 3: *"Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social"*. Mandato taxativo que se incorpora de manera transversal y preceptiva en toda contratación pública. A mayor abundamiento, el artículo 28.2 de la LCSP no solo insiste en la promoción de la participación de la pequeña y mediana empresa sino que también, la gratuidad de acceso a la información en los términos previstos en la presente Ley, se manifiesta de modo explícito; cuestión compleja de atender si consideramos apreciable la brecha digital que suponen la preparación de los sobres electrónicos con las ofertas en las licitaciones electrónicas para las pequeñas y medianas empresas.

A modo de introducción, el corolario de medidas introducidas en la LCSP para fomentar, potenciar o mejorar la accesibilidad de las PYMES a la contratación pública ha de comenzar con la aplicación del principio de predictibilidad incluido en el artículo 28.4 y 115 de la citada ley.

Así, este principio tiene una singular relevancia para las PYMES, para poder conocer con anticipación la programación contractual de las entidades públicas, al menos los contratos con umbrales comunitarios a través de los planes de contratación anuales, al abrir una posibilidad a las PYMES de preparación con antelación suficiente de adaptación de sus estrategias mercantiles de modo que permitan presentarse con mayores garantías de éxito a las licitaciones públicas.

En el caso de los planes de contratación pública local, tiene especial significado pues permite a las PYMES locales conocer cuáles son las necesidades contractuales de las entidades públicas locales del territorio en el que están radicadas y acomodar, para ello, su actividad mercantil a las posibles licitaciones públicas previstas en el ejercicio anual.

En semejante sentido, se puede predicar de las consultas preliminares de contratos previstas en el artículo 115 de la LCSP, al permitir que las entidades públicas puedan dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. De este modo se permitir conocer cuáles son las necesidades de las entidades públicas y poder preparar con la participación en las mismas, las posibles futuras licitaciones públicas.

La ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Publico introduce diferentes mecanismos para materializar el cumplimiento de este objetivo estratégico, además del ya citado principio de predictibilidad.

Es comprensible por orden de relevancia y significativamente resumidos los siguientes:

1. La división del contrato en lotes y por tanto acomodación de la solvencia económica y técnica a los mismos.
2. Simplificación administrativa de la documentación
3. Procedimientos más rápidos.
4. Reducción de los procedimientos sin publicidad
5. Menores exigencias burocráticas, que favorecen la participación.
6. Ampliación de las posibilidades de subcontratación o la unión con otras empresas para realizar conjuntamente trabajos.
7. Ampliación de las posibilidades de interposición de recursos especiales en materia de contratación pública.
8. Mayores controles de pagos por parte de las entidades públicas del adjudicatario a los subcontratistas, habitualmente pymes, y la posible programación del pago directo a estos en los pliegos de contratación.
9. Garantía definitiva mediante la retención del precio del contrato.
10. Incorporación de medidas para prevenir el fraude y la corrupción.
11. Concentración de la información sobre las licitaciones públicas.

Deteniéndonos en algunas de estas medidas, respecto a la división en lotes, si bien a lo largo de todo el articulado de la ley se incluyen medidas específicas resulta la más significativa es la nueva consideración europea de la división del contrato en lotes, por ello, tal y como indica J.M. Martínez, “medidas como el fraccionamiento del objeto de los contratos en lotes, con la adaptación de la solvencia a las características de los lotes, es esencial, y su generalización ha de ser la regla general, art 99.1 LCSP 2017; por lo que las pymes o sus asociaciones deben recurrir cuando se haga sin una motivación legalmente admisible”.

En cuanto a la simplificación administrativa de la documentación, en la regulación de la adjudicación de los contratos destaca la regulación de la declaración responsable que guarda coherencia con el formulario del documento europeo único de contratación, que si bien su cumplimentación será compleja especialmente para las PYMES, imprime uniformidad y su aplicación generalizada facilitará la presentación de ofertas de las mismas.

Destacan en cuanto a su rapidez, los procedimientos abiertos simplificados artículo 159 de la LCSP o sumarios (también denominados supersimplificados) en su apartado 6 del citado artículo, al reducir los tiempos y concentrar los tramites en fase de licitación permitiendo mayor agilidad en la contratación pública.

Las menores exigencias en la participación se presentan, a modo de ejemplos, con la inscripción de las empresas en el Registro Oficial de Licitadores y empresas Clasificadas del Estado, artículo 337 de la LCSP, que tiene ya en el procedimiento abierto simplificado un carácter excluyente (artículo 159.4 a) de la

LCSP) o la obligatoriedad de presentación de las ofertas de las empresas, PYMES incluidas, dentro de los entornos virtuales de licitación en formato electrónico, dejando el formato papel con carácter residual en supuestos puntuales de conformidad con las previsiones de la Disposición adicional decimosexta de la LCSP relativa al uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley.

La concentración de la información sobre licitaciones abiertas a través de la Plataforma de contratación de sector publico permite disponer de toda la documentación necesaria para presentarse a una licitación (artículo166 LCSP relativa al expediente de contratación y artículo 347.2 de la LCSP) sin precisar unos recursos adicionales propios de búsquedas de información contractual, lo que resulta crucial en estructuras empresariales pequeñas, dado que todos los perfiles de contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal ha de estar alojados de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundiéndose exclusivamente a través de la misma.

Con este colorario de medidas, el acceso de las PYMES en la contratación pública queda patente en sintonía con los retos estratégicos europeos y estatales.

4.- BENEFICIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL

Partiendo del hecho de que la normativa contractual vigente no difiere respecto del fomento de la accesibilidad de las pymes a la contratación pública local, las medidas mencionadas tanto en las Directivas como en la LCSP son de plena aplicación a la contratación local.

El fomento de las PYMES en la contratación pública local tiene una serie de ventajas entre las que cabría destacar las ofertas más competitivas al reducirse sus gastos empresariales al disponer de estructuras empresariales más reducidas.

En esta línea, la división de los contratos en lotes permite a las pymes centrar sus esfuerzos en la ejecución con sus propios medios sin acudir a la subcontratación tan propia de las grandes empresas o empresas globalizadas y reducir costes tributarios inherentes a toda subcontratación.

Para los contratos de las entidades locales, disponer para un contrato loteado con diferentes contratistas adjudicatarios de cada lote, minimiza los estragos para la prestación de servicios públicos o ejecución de obras públicas cuando acaecen situaciones sobrevenidas en fase de ejecución relacionadas con extinción del empresario o con situaciones de conflicto laboral pues se reducen el ámbito del objeto contractual implicado al lote concreto del contratista afectado y con ello se reduce o minimiza el impacto que para los servicios públicos locales implica dichas situaciones.

Asimismo, con carácter estratégico local, el fomento de las pymes en la contratación local adiciona una serie de ventajas relacionadas con la lucha contra la despoblación en las zonas rurales, la expansión de las estructuras de las pymes dentro del territorio al localizar oportunidades públicas de negocio a través de la contratación pública local o las mayores tasas de empleabilidad local como se ha mencionado con anterioridad así como en consecuencia, la mejora de la económica local frente a un mercado globalizado y una tendencia mundial a las deslocalización de las empresas.

Ahora bien, resulta pertinente no olvidar que las entidades locales parten de una posición dentro de la estructura territorial y competencial en el estado español que ha de ser tenida en cuenta a la hora de analizar la actuación de las entidades locales para el fomento de las PYMES con especial énfasis en las pymes locales en lo que ha venido a introducirse como tendencia estratégica local de potenciación de los productos y servicios de proximidad.

A este respecto cabe traer a colación para no llevarnos a engaño todas las referencias sobre el concepto jurídico de arraigo territorial y su confrontación con los principios comunitarios de contratación pública relativos a la igualdad de trato y no discriminación en las contrataciones públicas.

La potenciación del producto local frente a la globalización de la economía bajo la premisa positiva de la minoración de la huella de carbono , y por ende, la tendencia a primar el consumo de los productos o servicios con bajo impacto ambiental de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) lleva aparejada la proximidad de los mismos, sobre todo los perecederos, y viene a materializar toda una tendencia ambiental europea relativa a la preferencia de aquellos productos o servicios en donde su afección al calentamiento global sea mínima, en aras a garantizar el menor impacto ambiental para la reducción de las emisiones y absorciones de los gases de efecto invernadero en su producción, fabricación, transporte, comercialización, retirada o reciclaje, dentro de lo que las estrategias europea de economía circular.

A la hora de enfocar el criterio de adjudicación ambiental relacionado con la contratación de proximidad, directamente relacionada con la contratacion pública local, hay que diferenciarlo respecto al criterio social relativo al arraigo territorial o proximidad que ha sido objeto de múltiples resoluciones. La accesibilidad y la proximidad para la prestación de un servicio en aras a mejorar la calidad en la prestación en beneficio de sus usuarios parecen estar asentado, atendiendo a cada casuística, sin menoscabo de los principios europeos de contratación relativos a la igualdad de trato.

Por su parte, el enfoque ambiental del criterio de adjudicación de proximidad relativo a la huella de carbono beneficia tanto a las entidades locales como a las pymes radicada en dicho territorio al plantear desde otra perspectiva dicho criterio de adjudicación atendiendo a consideraciones exclusivamente ambientales en donde prima el menor impacto ambiental que lleva aparejado la incontestable reducción en las emisiones de GEI, como mínimo, en el proceso de transporte y comercialización de los productos o los servicios de proximidad. Así, el artículo 145. 2 de la LCSP incluye el criterio de adjudicación ambiental relativo a la reducción del nivel de emisión de GEI, que implica por ello una minoración de la huella de carbono y consecuentemente permite a los licitadores presentar ofertas que reduzcan dichas emisiones en la fabricación, producción, extracción, el transporte o comercialización de los productos o servicios objeto de licitación, reducción factible e incontestable en el caso de la contratación pública local y los servicios y productos ofertados desde las pymes.

A modo de cierre, cabe comprender que si bien contratar con pymes puede tener algunas desventajas relacionadas con la capacidad económica y de recursos orientados a grandes obras o infraestructuras, lo cierto es que fomentar la presencia de las pymes en la contratación pública local despliega, como acabamos de mencionar, mayores beneficios que en definitiva redundaran en estrategias publica locales relativas a la potenciación de la economía local, la lucha contra el despoblamiento de zonas rurales y la mejora de la empleabilidad de la población local.

Capítulo V

LA SOCIEDAD CIVIL COMO BENEFICIARIA DE LAS NECESIDADES SATISFECHAS MEDIANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

1.- EL PAPEL ACTIVO DEL DESTINATARIO DEL SERVICIO

Que la sociedad civil y los individuos de ésta, singularmente considerados, se constituyesen como beneficiarios de las necesidades satisfechas mediante la ejecución del contrato público parecería remitir -como primera consideración a hacer a partir de lo anterior- a uno de los supuestos de la denominada estipulación a favor de tercero, prevista en el artículo 1257.2 del Código Civil (CC), en tanto excepción o modulación al principio de relatividad de los contratos, consagrado en el párrafo primero de ese artículo 1257: *"los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos "*.

Y así, de aceptarse en este ámbito la existencia de ese derecho a favor del tercero -la sociedad, el colectivo destinatario de las prestaciones contratadas-, de la relación entablada entre administración contratante y contratista surgiría también un derecho de crédito a favor de ese tercero, parte entonces en ese contrato aunque originalmente no concurriese a su otorgamiento.

La cuestión, es fácil advertir, tiene sus consecuencias prácticas. ¿Encaja, sin embargo, en el esquema consagrado de la estipulación a favor de tercero como operación jurídica la posición crediticia de las tres partes- si finalmente así han de considerarse- presentes en un contrato administrativo?. Conocido es que en las situaciones típicas de estipulaciones a tercero concurren, efectivamente, tres partes o actores: el estipulante, parte frente a la que el deudor se compromete a favor del tercero; el promitente, parte que promete el cumplimiento al tercero y éste último, destinatario de la prestación. A partir de esto, ¿es posible defender el reconocimiento implícito, p.ej, del usuario de un servicio público como tercero titular de una acción directa para exigir el cumplimiento, a su favor, de las obligaciones asumidas entre administración y concesionario, conforme el esquema visto y las posiciones relativas de estipulante y promitente?

La cuestión, insistimos, no es puramente académica, como tendremos ahora y luego ocasión de abordar. Parece que en sus relaciones con el contratista/concesionario del servicio, sin duda el particular sí ostenta una posición activa derivada de la normativa propia del servicio de que se trata en cada caso. Pero aquí la tal relación no es triangular sino bilateral, con causa en el contrato de gestión originalmente suscrito por la administración (artículo 284.2 Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, LCSP). ¿Y con esa administración? ¿Es posible hablar de una posición activa del ciudadano, del vecino, instando directamente de aquélla el cumplimiento de sus obligaciones pero no tanto como usuario del servicio sino, estrictamente considerado, como tercero acreedor ex artículo 1257.2 CC; ampliando por esta vía un papel activo que la legislación local tradicionalmente le viene reconociendo y hoy recoge el artículo 18 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local (LBRL)?.

El tema ya se ha abordado, ofreciéndose una respuesta negativa a la consideración del usuario como tercero acreedor en el contrato celebrado entre la administración y un particular en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 5 de enero de 2001 (JUR2001, 131668), en estos términos:

" (…) la estipulación para tercero, en sentido estricto, es aquella que deriva de un contrato celebrado válidamente entre dos personas y va dirigido a atribuir un derecho a otro que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente en su conclusión (…)

Partiendo de esos fundamentos procede señalar que se impone concluir que los contratantes intervinientes en el contrato administrativo de 1 de abril de 1969 no tuvieron el propósito de otorgar a los aquí demandantes el derecho a exigir un aparcamiento, sino que su propósito fue el establecido en el primer párrafo del convenio…"

Extraer de los considerandos del caso referido, como conclusión universal, que en ningún caso ese tercero puede serlo a los efectos del artículo 1257.2 CC en los pactos alcanzados entre administración y contratista (CARRASCO PERERA. DERECHO DE LOS CONTRATOS 2017), máxime cuando en el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Tarragona el juzgador se enfrentaba al alcance de los efectos de un convenio urbanístico y no de un contrato público en sentido estricto- supuesto al que nos referimos en este apartado- nos puede parecer una conclusión necesitada de mayor parsimonia, ponderando en cambio lo que la obra o el servicio público representan para el vecino o usuario.

Sin embargo, hemos de reconocer que es lugar común en la jurisprudencia de nuestros tribunales -la misma sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona que traemos hasta aquí en muestra- diferenciar al tercero extraño a la conclusión del contrato pero que por esa estipulación queda incorporado al mismo como acreedor del promitente, de aquel al que podríamos calificar de tercero "no cualificado", mero destinatario de un beneficio materialmente derivado del contrato pero respecto del que las partes no pactaron el otorgamiento de un derecho de crédito para exigir su cumplimiento -"ratio decidendi" de esa sentencia de la Audiencia de Tarragona- . Ante ello, lo que ahora nos atrevemos a sostener es que no debe negarse en todo caso al usuario del servicio contratado por la administración pública- al menos de los servicios básicos o esenciales uti singuli- el carácter de tercero acreedor para exigir la correcta prestación del servicio de que se trate, nutriendo esa posición activa, además de con los títulos ordinarios invocados de común- el citado artículo 18, número 1, g) LBRL, que, en ocasiones, son objeto de interpretación restrictiva para negar, p.ej, la condición de interesado al administrado no empadronado- vid al respecto sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 28 de septiembre de 2018 con este título que ofrece el artículo 1257.2 CC, a partir del cual, cuando esos otros recursos ordinarios pudieran no desplegar los efectos pretendidos, articular una suerte de estipulación impropia a favor de tercero, con las figuras de estipulante y promitente ocupando simultáneamente posiciones de acreedor y deudor ante el tercero usuario.

Entendemos que nuestra propuesta es incluso trasladable al caso de los servicios públicos "uti universi", para los que no faltan declaraciones jurisprudenciales que reconocen un papel activo al destinatario de los servicios, el usuario de éstos, salvando para ello la condición formal de la administración contratante como destinataria directa "ex contractu" de la prestación acordada. Al respecto y para un contrato de gestión del servicio de recogida de residuos municipales, la sentencia del TJUE de 30 de marzo de 2017 (asunto C-335/16) donde se enfatiza que el tal servicio "se presta colectivamente a un conjunto de "poseedores" en el sentido del artículo 3 de la Directiva (la 2008/98 de 19 de noviembre, sobre residuos)".

Volveremos luego sobre el tema, pretendiendo apuntalar nuestra tesis a partir del nuevo papel otorgado a las denominadas Cartas de Servicios. Antes, algo que se nos antoja paradójico, sin salir de este ámbito de la sociedad como directa beneficiaria de la ejecución de los contratos públicos.

2.- EL NUEVO VIGOR DE LAS PYMES LOCALES

En términos que no dejan lugar a dudas, desde hace años se nos advirtió que "la contratación pública no puede concebirse exclusivamente como una herramienta de aprovisionamiento de los poderes públicos, sino como un poderoso instrumento para llevar a cabo políticas públicas tan diversas como la promoción de la innovación, el fomento de las pymes o la sostenibilidad social y ambiental" (GIMENO FELIÚ 2006). Es lo que luego, bajo la vigencia del nuevo paquete de Directivas 2014 en materia de contratación, se ha dado en llamar por todos el cambio de paradigma en la contratación pública, que ahora es estratégica. La LCSP, en su Exposición de Motivos y a lo largo de su articulado, se hace eco de ese cambio de modelo.

Lo limitado de esta colaboración y que otros aquí, más cualificados que el que suscribe, se hayan ocupado de la génesis y consecuencias de ese giro en el entendimiento del contrato público nos eximen de abordar esta cuestión, pues nos ocupamos de otra cosa. Apegados entonces a la premisa de partida, nos ceñimos en este apartado a ofrecer una brevísima reflexión que nos han sugerido la aplicación práctica de la contratación como instrumento de empoderamiento de las pymes y si el logro de tan deseable objetivo no ha de contradecir la realización de otro de los pilares sustentadores de la Unión Europea: la consolidación del mercado interior sin fronteras y sin restricción de la competencia (art. 18 Directiva 2014/24).

Efectivamente, apenas nadie discute que, a partir de la constatación del papel principal que juega la pequeña y mediana empresa en los negocios de la Unión- según cálculos de la Comisión, el 99% de todos ellos son realizados por las pymes-, cualquier medida legislativa dirigida al fomento de su participación en la contratación pública será bien recibida.

Y así, que la LCSP piense en las pymes en aspectos tales como, p.ej, la dulcificación de las exigencias de solvencia precontractual (art.87.4), división en lotes del objeto (art.88.3) o vigilancia en el régimen del pago a subcontratistas no hace sino constatar la recepción por el legislador español de esa tendencia al fortalecimiento del pequeño empresario en este sector económico, que algunos situaban ya en las primeras recomendaciones del Libro Verde de la Contratación pública en la Unión Europea (1996). Pero lo anterior, a nuestro juicio, tal vez olvide otra evidencia, que la Comisión europea también recordaba en ese Libro Verde, en términos tajantes: "The EU is not in favor of reserving markets to certain undertakings".

Porque esa discriminación positiva en favor de las pymes a la que conducen esas medidas de fomento tal vez genere, como externalidad negativa, una atomización del mercado interior y del intercambio comercial entre poderes adjudicadores y proveedores. El caso del municipio de Preston, en Gran Bretaña, es ilustrativo.

Leemos en una reciente colaboración de ROMEO RUIZ (La Ley 13314/2018) los efectos que esas políticas de impulso a las pymes locales han tenido en la práctica, en el marco del denominado Proyecto Making Spend Matter en el municipio de Preston, condado de Lancashire. Resumiendo, se nos cuenta que las principales instituciones locales de mayor impacto en contratación pública se pusieron durante el ejercicio 2012-2013 manos a la obra, aplicando sin rubor medidas decididamente dirigidas a aumentar el impacto de sus compras en el tejido local. Y lo lograron, entre otras mediante la división del contrato en lotes, "para hacerlo menos atractivo para grandes empresas", la introducción de cláusulas sociales "para la creación de empleo local juvenil" o el "monitoreo de los resultados obtenidos" para estudiar si esos fondos públicos se dirigían o no a la cuenta de los proveedores locales. Con todo ello, se terminó logrando que a empresas con sede en Preston se destinara un 18´2% del gasto público local - frente al 5% del ejercicio anterior-… ascendiendo al 79´2 % del gasto total con entidades con sede en Lancashire.

Los datos están ahí. Desde luego que no todo suministro de bienes o la gestión de servicios públicos por parte de las autoridades locales y regionales es de carácter trasnacional- son palabras del Comité de las Regiones, en su dictamen de 16 de enero de 1997 o de la Comisión en una Comunicación de 19 de enero de 2001, Doc nº17-, pero al no discriminarse en el plano legislativo y procurarse ese protagonismo

exacerbado de las pymes, sin importar cuál sea el valor del contrato en cada caso- pues podría haberse limitado ese fomento a los contratos no armonizados-, el loable egoísmo privado puede no traducirse en la virtud pública de un mercado de la Unión efectivamente abierto a todos los operadores europeos.

La sombra del Mittelstand alemán es alargada.

3.- LAS CARTAS DE SERVICIO Y EL REFUERZO DE LA POSICIÓN DEL DESTINATARIO DEL SERVICIO PÚBLICO CONTRATADO

Señalaba FRANZONI para la doctrina italiana, pero con ánimo de resaltar lo que, a su juicio, era marca de identidad del derecho en la actual sociedad cambiante (EL CRONISTA 2009) que "el Estado contempla a los usuarios de sus servicios de la misma manera que cualquier empresario considera a los suyos", articulando esa relación con el ciudadano/usuario, entre otras maneras, con la aprobación de las llamadas Cartas de servicio, aún reconociendo a continuación que "no está del todo clara la obligatoriedad de las cartas". Sin remontarnos al origen de estos documentos cuasi contractuales en el ámbito europeo, en España la primera norma de referencia, a nivel estatal, es el Real Decreto 951/2005, por el que se establece el Marco General para la Mejora de la Calidad de la Administración General del Estado; norma reglamentaria que, en su artículo 8.1 define a las Cartas de servicio como aquellos "documentos que constituyen el instrumento a través del cual… la Administración General del Estado informa a los ciudadanos y usuarios sobre los servicios que tiene encomendados, sobre los derechos que les asisten en relación con aquellos y sobre los compromisos de calidad en su prestación" Pero más allá de ese marco, incardinado en el concepto de softlaw que no vincula a la administración al cumplimiento de los compromisos contenidos en esas Cartas, la situación del usuario y la protección efectiva de los derechos de los que- se dice- es titular en sus relaciones con esa administración quedan, en suma, "al arbitrio de uno de los contratantes", tomando prestada a estos solos efectos expositivos la locución del artículo 1255 CC.

A esa situación ha empezado a ponerle remedio el legislador catalán, al aprobar la Ley 19/2014, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIPBGC) , en cuyo artículo 59 atribuye a sus Cartas de Servicio naturaleza reglamentaria y efectos jurídicos vinculantes; extremo éste al que se une la obligatoriedad para esa administración catalana de elaborar tales Cartas de Servicio (artículo 23 de su Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento, la 26/2010, tras la modificación operada por la ley 16/2015). De ambas circunstancias podemos extraer, a nuestro juicio, estas conclusiones, directamente relacionadas con el tema que nos ocupa:

- Ante la inactividad de esa administración que se tradujese , en el concreto ámbito material del servicio de que se trate, en la no aprobación de la Carta correspondiente, el usuario podría utilizar la vía del recurso por inactividad ex artículos 25 y 29 de la Ley 29/98 de la Jurisdicción Contenciosa (LJCA); vía esta a utilizar también si la Carta se aprobase pero el servicio no se prestase.
- Ante la insuficiencia del servicio o incumplimiento por la administración de los niveles de calidad autoimpuestos, la consagración de esas Cartas como documentos vinculantes para aquella permitirían, sin duda, la utilización por el usuario del recurso de plena jurisdicción en el orden contencioso, en aplicación combinada de los artículos 19.1.a) y 71.1.b) LJCA. Sin olvidar que, al fijarse normativamente ese estándar de calidad, su inobservancia por la misma administración abra la vía para la imputación del posible daño ocasionado al usuario por tal circunstancia, al devenir antijurídica por ello la lesión sufrida; aspecto este de enorme trascendencia práctica que ahora no podemos tratar (vid, al respecto, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 379/2017, de 30 de mayo).

Resulta obvio y así lo sabemos que lo anterior sólo es predicable en el ámbito de la administración catalana. Pero también somos conscientes que sólo con regulaciones así se hace efectivo el contenido esencial del derecho fundamental a una buena administración, consagrado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; combinación de ambas circunstancias que nos permite sostener, como antes avanzamos, que el estatuto jurídico del usuario del servicio público contratado por la administración, vía concesión o mediante esa extravagante modalidad prevista en el artículo 312 LCSP, debe observarse en la actualidad como el de aquel con el que la administración sí entabla una relación sinalagmática, ostentando en la misma una posición también activa, merecedora de plena tutela.

4.- LOS PAGOS POR DISPONIBILIDAD EN LAS CONCESINES DE SERVICIOS

Leemos en una colaboración reciente (VILLAR ROJAS. ANUARIO MUNICIPAL 2017) lo siguiente: *"En cuanto a la concesión de servicios, la restricción del riesgo operacional a la demanda o frecuentación, hace difícil que pueda utilizarse para la prestación de servicios municipales obligatorios, siendo su ámbito potencial el de aquellos servicios que no tengan esa cualidad"*. De ser así, el empleo por la administración municipal de esa forma contractual para la prestación de esos servicios a la ciudadanía, en ámbitos tan sensibles como el de la recogida de residuos domésticos- en los que, además, también se discute quién sea, jurídicamente hablando, el destinatario de este servicio- o el abastecimiento de agua potable vendría impedida, restando únicamente la vía del contrato de servicios para su prestación por un tercero, armada en su régimen jurídico con esas especialidades contempladas en el artículo 312 LCSP.

Teniendo esta Guía vocación de orientación práctica, nos limitamos en este último apartado a ofrecer una alternativa a la conclusión anterior, ya que entendemos que el operador municipal sí debe contar con el oportuno instrumental jurídico que le permita acudir a la fórmula concesional para la prestación de sus servicios mínimos, trasladando al contratista los riesgos de la operación y ello a pesar de la literalidad del número 1 del artículo 289 LCSP, en el que podemos leer: *" (…) para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio (del concesionario), un retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración"*; precepto éste en el que se ampara una parte de nuestra doctrina para negar el título concesional en la prestación de ciertos servicios esenciales, en los que la inelasticidad de la demanda es nota característica – recogida de residuos; abastecimiento de agua potable; alumbrado público-.

El argumento es este: ese artículo 289.1 LCSP debe contemplarse como parte de un sistema, en el que también figura el artículo 14.4 del mismo texto legal. Y en este último, al que se remite el artículo 15- dedicado al contrato de concesión de servicios- no se habla sólo, como elemento integrador del riesgo operacional transmisible al concesionario, del riesgo de demanda o frecuentación- lo que, efectivamente, impediría su imputación al contratista en servicios con demanda garantizada, cautiva desde el principio; también está presente el riesgo de suministro- en un principio, denominada de disponibilidad en las primeras versiones de la Directiva 23 de concesiones-, esto es, que el concesionario asuma el riesgo de que, por circunstancias ajenas a él como, por ejemplo, un posible exceso de demanda, se agote el servicio, incumpliendo los niveles asumidos de calidad en la prestación (HUERGO LORA 2018)

Lo anterior, si necesitase traducción, es lo que ya está consolidado en la gestión de nuestras autopistas de peaje- no sin discusión, como es conocido-: eliminar el riesgo de demanda allí donde la misma está garantizada- servicios municipales esenciales- o escapa del dominio efectivo del concesionario- infraestructuras de peaje-. Aceptado esto, ninguna dificultad se interpondría para que el gestor municipal pueda acudir a la fórmula de la concesión para la gestión de alguno de sus servicios locales más relevantes como el de abastecimiento de agua potable o el de recogida de residuos domésticos- en contra de esto último para este servicio, FORTES MARTÍN 2018-, siempre que en el estudio de viabilidad de la explotación se determinen justificadamente los niveles de calidad de la prestación que garanticen la misma y, a la vez, la de la propia explotación económica del servicio para el concesionario.

Lo que aquí sostenemos es también la conclusión a la que llega la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia, en su Informe 3/2018, de 15 de junio, en el que se afirma lo siguiente: *"De conformidad con la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, para que la gestión de un servicio de competencia municipal pueda ser objeto de concesión es necesario (…) que exista un riesgo operacional inherente a la misma debido a la incertidumbre de la demanda real de dicho servicio, de los suministros necesarios para su prestación o de ambos"*.

En definitiva, la técnica concesional aplicada a la gestión de los servicios locales, especialmente a los mínimos obligatorios del artículo 26 LBRL susceptibles de explotación económica, no ha de verse obstaculizada tras la entrada en vigor de la nueva legislación en materia de contratos públicos; modalidad de colaboración público-privada que, al menos en teoría, permitirá que el gasto que el mismo pueda representar para la hacienda municipal no compute como déficit y deuda, a efectos de las normas europeas de contabilidad pública- las conocidas como SEC-2010-, con lo que ello representa también desde la consideración de la estabilidad presupuestaria de nuestras entidades locales.

5.- CONCLUSIONES

Muchas cosas, lógicamente, se nos quedan en el tintero. Hemos preferido en las líneas precedentes apuntar tan sólo algunas cuestiones que nos han parecido sugestivas dese el punto de vista jurídico, si bien el tema se presta también y fundamentalmente a un análisis desde la óptica de la sociología jurídica, en la que destacar cómo, en la actualidad, es evidente el proceso de entrega de funciones de inequívoca dimensión pública a particulares, en ámbitos tradicionalmente administrativos como la actividad de policía o la propia de servicio público; marco relacional que impone la aplicación del Derecho administrativo bajo nuevas formas (ESTEVE PARDO).

Pero los postulados del Estado social obligan al poder público a seguir asumiendo tareas de corte prestacional en beneficio de la sociedad, contando para su ejecución con la participación de sujetos concesionarios ligados a aquél por una relación contractual. Esa sociedad que bien pudiera ser, si se nos permite la comparación, ese tercero que camina siempre al lado del poder contratante y el particular contratista, como en el verso de ELIOT.

BLOQUE VII

MECANISMOS DE CONTROL: INTERNOS Y EXTERNOS

Capítulo I

LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS Y DEBILIDADES EN EL CONTROL

1.- LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS BAJO EL PARADIGMA DE LA INTEGRIDAD

1.1.- LA FASE DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

La fase de ejecución de los contratos públicos ha sido, tradicionalmente, el pariente pobre de la contratación pública, tanto en el plano normativo como en el operativo e incluso, en cierta medida, en el doctrinal. En efecto, es notorio y por todos constatado que a la ejecución de los contratos no se le ha dedicado, ni por el legislador la ingente cantidad y detalle de normas; ni, por las administraciones —y, en especial, las locales, siempre escasas de medios—, los recursos; y hasta cabría aventurar que tampoco por la doctrina, el volumen de estudios y el rigor analítico que a la previa fase de licitación se dedican.

En este sentido, resulta sumamente significativo que las sucesivas generaciones de directivas comunitarias en materia de contratación pública, que desde hace más de 30 años han modelado y conformado decisivamente nuestro ordenamiento estatal, no incluyesen, hasta las recientes directivas de cuarta generación —directiva *clásica* 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública; y directiva de concesiones 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión— *ninguna* disposición relativa a la ejecución de los contratos.

Ciertamente, si volvemos la vista hacia nuestro ordenamiento, las sucesivas leyes de contratación pública —desde la de 1995, refundida en 2000, pasando por la de 2007, refundida en 2011, hasta la actualmente en vigor Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)— sí que nos han proveído de bastantes normas que regulan múltiples cuestiones concretas propias de la fase ejecución de los contratos: sus efectos y las obligaciones y responsabilidades de una y otra parte; los incumplimientos; el riesgo del negocio asumido por cada parte —principio de riesgo y ventura—; el pago y la transmisión de los derechos de cobro; la modificación, suspensión, resolución y extinción de los contratos; la subcontratación; la cesión de los contratos y la sucesión de contratistas; etc.

No obstante, de nuevo resulta significativa la importancia relativa que tales disposiciones tienen en el conjunto de aquellas sucesivas leyes: los artículos relativos a la fase de ejecución de los contratos no representaban más que el 26,03% del conjunto de artículos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Pública; el 34,36% del conjunto de los de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; el 34,73% del conjunto de artículos de su texto refundido aprobado por el RD

Leg. 3/2011, de 14 de noviembre; y no representan más que el 30,26% del total de artículos de la vigente LCSP.

Y si consideramos ahora la praxis, la dimensión operativa de la contratación, especialmente en el ámbito local, ¿cuántas veces, quienes hemos tenido la ocasión de ostentar responsabilidades de control interno en el ámbito local, en Secretarías o Intervenciones, habremos tenido la sensación de que con la adjudicación *se acababa* la contratación? —cuando, obviamente, lo cierto es lo contrario: que precisamente aquél es el momento en que realmente empieza la andadura del contrato—. Así como hasta ese momento la tramitación del procedimiento ha movilizado ingentes recursos, esfuerzos y capacidades, a partir de entonces parece darse por hecho que las cosas van a ir solas, y que con dejar en manos de un técnico la conformación de las facturas y de la Intervención su fiscalización —mientras haya crédito suficiente en la partida correspondiente—, estamos al cabo de la calle.

Casi parecería que lo único realmente importante en un contrato público es su licitación y adjudicación; y que, a partir de ese momento, cuanto acontezca después carece de interés, son tareas materiales de menor entidad.

1.2.- LA FASE DE EJECUCIÓN COMO FASE CRÍTICA Y ESENCIAL DE LA CONTRATACIÓN;

Los problemas surgidos en esta fase de ejecución son los más delicados y acuciantes, pues, en efecto, en la fase de licitación del contrato, detectado un error, surgido un problema imprevisto, siempre cabe, como último recurso, la posibilidad de retrotraer lo actuado: corregir los errores en los pliegos o el anuncio de licitación y reiniciar el procedimiento. En cambio, en la fase de ejecución la resolución de los problemas que puedan surgir necesariamente ha de ser más compleja, en la medida en que el margen de maniobra de que se dispone la entidad contratante viene limitado por las disposiciones contractuales y los derechos que de ellas se deriven.

Siendo esto así, la clave para la resolución de problemas en la fase de ejecución de los contratos es su anticipación: por paradójico que pueda parecer a primera vista, los problemas que puedan razonablemente plantearse en la fase de ejecución de los contratos deben resolverse… ¡en la fase de preparación!

Los instrumentos, las herramientas normativas que posibilitan el control, la gestión y la resolución de cuantas incidencias puedan surgir deben estar previstos y consignados en los pliegos de cláusulas rectores del contrato.

A tales efectos, es preciso, en la fase de preparación de los contratos, y con base en la experiencia —propia y, a ser posible, ajena— disponible respecto del objeto y ámbito material del contrato, llevar a cabo un análisis lo más exhaustivo posible de los potenciales riesgos y problemas que puedan producirse durante la ejecución del contrato y, a partir de ahí, diseñar e incluir en los pliegos los correspondientes mecanismos y procedimientos con un doble objetivo:

a) evitar la materialización de los riesgos y/o la aparición de los problemas —mecanismos de prevención—; y

b) verificado el riesgo o surgido el problema, permitir su resolución —mecanismos de contingencia—.

Aquél necesario y fundamental análisis de potenciales riesgos y problemas debe hacerse, como acabamos de indicar —y como por otra parte es bastante obvio— con *base en la experiencia*, y esta idea nos lleva a una segunda idea clave: en la ejecución de los contratos se materializan y generan no solo las prestaciones objeto del contrato —obras, servicios, suministros, gestión de servicios, etc.— sino otro elemento de una crucial importancia estratégica: se genera *conocimiento*.

Este es un aspecto esencial de la contratación al que raramente se otorga la importancia que realmente tiene. Los datos y, más generalmente, el conocimiento generados en y a resultas de la ejecución de los contratos son un acervo valiosísimo no sólo para la supervisión, control y evaluación del contrato en

sí, estrictamente considerado, sino igualmente para la futura actividad administrativa a la que dé lugar: piénsese en el proyecto *as-built* de una obra —aquel, elaborado una vez concluida la obra, que refleja con exactitud como ha quedado realmente ejecutada y las eventuales desviaciones o modificaciones respecto del proyecto ejecutivo— y su importancia para futuras reparaciones o mantenimientos de la misma; en los datos históricos de consumo y de coste de un servicio público y su importancia para el correcto dimensionamiento del servicio, de los recursos que requiere y de su coste —y, por ende, del equilibrio económico-financiero de su gestión— en futuras licitaciones; en el historial de incidencias de un servicio externalizado, que permite prevenir, anticipándolas, aquellas más habituales y reiteradas; etc.

Y precisamente por ello, es crucial y estratégico prever y regular en los pliegos, además de los oportunos sistemas de seguimiento y control, mecanismos de transferencia a la administración o al poder adjudicador de los datos y del conocimiento generados por la ejecución de los contratos.

Un importante factor de riesgo en la contratación pública es precisamente la falta o los déficits de datos del y de conocimiento sobre el contrato por la parte pública, que, obviamente, merman la capacidad de control y seguimiento de la actuación del contratista. Es en efecto bastante evidente que cuantos menos datos, información y experiencia tenga la entidad contratante sobre las prestaciones que recibe, menor será su capacidad de controlar y asegurar la correcta ejecución de tales prestaciones llegándose incluso, en casos extremos, a producirse una casi total pérdida del control del contrato por la parte pública, que queda así en manos del operador privado.

1.3.- LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CUARTA GENERACIÓN SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Directiva *clásica* 2014/24/UE y la directiva de concesiones 2014/23/UE— han introducido, en el ámbito que nos ocupa, dos importantísimas novedades, como veremos profundamente interrelacionadas:

a) por una parte, incorporan en la regulación que establecen una nueva perspectiva o paradigma informador del conjunto: la dimensión de integridad; y

b) por otra, por primera vez incluyen una cierta regulación de la fase de ejecución de los contratos públicos.

El documento de la Comisión Europea *EU Public Procurement reform: Less bureaucracy, higher efficiency* (accesible, en inglés, en enero 2019 en la dirección: goo.gl/CRxk2Y), de presentación de aquellas nuevas directivas con ocasión de la finalización del plazo para su transposición, en abril de 2016, apuntaba, como uno de los objetivos principales de la reforma, precisamente a la «creación de una cultura de la integridad», incidiendo, a este respecto, en los siguientes aspectos claves de la nueva regulación: la definición normativa del concepto de conflicto de interés; la regulación de las consultas previas al inicio del procedimiento de contratación; la previsión de motivos de exclusión relacionados con hechos o situaciones de fraude y corrupción, colusión, conflictos de interés insoslayables, o influencia indebida en los procesos decisorios de la contratación; la regulación estricta de la modificación de los contratos, constatando que es éste uno de los mayores ámbitos de riesgo para la integridad; y el fortalecimiento de las medidas de transparencia, considerada uno de los medios más efectivos de prevención y lucha contra la corrupción.

La proclamación del principio de integridad como principio general rector e informador del conjunto del ordenamiento jurídico en materia de contratación pública ha quedado recogida en la vigente LCSP, cuya exposición de motivos ya señala como objetivos de la regulación «la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad», lo que, ya en sede positiva, reitera su art. 1: «La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de […] asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios…».

1.4.- PROYECCIÓN DE PRINCIPIO DE INTEGRIDAD EN LA FASE DE EJECUCIÓN.

En efecto, tal y como muy acertadamente señala J. M. Martínez Fernández en su obra *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación* (El Consultor, ed. Wolters Kluwer, 2016, pág. 292), citando a J. M Gimeno Feliu: «El objetivo de los contratos es la satisfacción efectiva de las necesidades que se precisaban cubrir con ellos, por lo que lo esencial es su correcta ejecución. Por ello J. M. GIMENO FELIU reclama al legislador una regulación adecuada de esta fase: *"La contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública. Por ello, la normativa de los contratos debe tener una «visión completa» de todas las fases del contrato*".».

Por otra parte, de acuerdo con las definiciones y el marco conceptual empleado por la OCDE, el concepto de *integridad*, proyectado sobre la gestión pública, alude al «posicionamiento consistente y la adhesión a valores éticos comunes, así como al conjunto de principios y normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados», lo que, en el específico ámbito de la contratación pública, lleva a definir la integridad como «el uso de fondos, recursos, bienes y autoridad, según las finalidades oficiales establecidas, y utilizados de acuerdo con el interés público». En consecuencia, el principio de integridad en la contratación pública se materializará en la medida en que se garantice plenamente que los recursos públicos —en el más amplio sentido de la palabra *recursos*— movilizados se aplican exclusivamente, tal y como exige el art. 28.1 de la LCSP al «cumplimiento y realización de los fines institucionales» de las entidades contratantes.

Así, el principio de integridad, proyectando su virtualidad y sus efectos sobre la fase de ejecución de los contratos, impone una redefinición del concepto de control en dicha fase desde una nueva perspectiva, mucho más focalizada en la dimensión sustancial o material que en la procedimental: aquel elemento finalista impone centrar el control de la ejecución de los contratos en todos aquellos elementos relativos a la efectividad de su realización —tales como cumplimiento efectivos de las prestaciones, respeto de los plazos y los estándares de calidad exigidos, cumplimientos de cualesquiera condiciones especiales de ejecución acordadas, acceso a los datos e información relevantes, transparencia, etc.—, más que en el cumplimiento puramente formal y aparente de los requisitos procedimentales legal o reglamentariamente previstos.

1.5.- PRINCIPALES O MÁS ACUCIANTES O PROBLEMÁTICAS CUESTIONES QUE SUSCITA EL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.

Tal y como se señala en el documento de trabajo núm. 3 (pág. 4) del proyecto de la Oficina Antifraude de Cataluña *Riesgos para la integridad en la contratación pública* (accesible, en enero 2019, en la dirección: goo.gl/ToSkTM), entendiendo la fase de ejecución como aquella que abarca «hasta la extinción de toda responsabilidad contractual», es preciso ser consciente que «el seguimiento y la resolución de las incidencias que surjan (incluyendo la necesidad de prorrogar el contrato, modificarlo o hacer otro complementario), la autorización de pagos y la exigencia de responsabilidades por incumplimientos contractuales constituyen […] momentos y actuaciones vulnerables.». Y en esta fase, los principales riesgos para la integridad que pueden identificarse serian reconducibles a:

a) obtener una prestación diferente a la contratada;

b) modificar ilegalmente el contrato;

c) autorizar pagos injustificados o irregulares; y

d) no exigir responsabilidades por los eventuales incumplimientos o cumplimientos defectuosos de los contratistas.

Trataremos en un primer apartado aquellas cuestiones que se suscitan en lo que podríamos calificar de situaciones de normalidad contractual, esto es, de cumplimiento; y, posteriormente, en el siguiente apartado, aquellas cuestiones atinentes a situaciones patológicas o anormales, en que se detectan incumplimientos, se plantea la modificación o resolución del contrato, o se producen situaciones irregulares, no previstas ni permitidas por la normativa o las previsiones contractuales.

Antes de entrar en materia señalar que cuanto se expondrá a continuación son, básicamente, consideraciones, ideas y reflexiones eminentemente prácticas y operativas extraídas de la experiencia personal del autor, de casos concretos analizados e investigados por la Oficina Antifraude de Cataluña, así como del conjunto de documentos, herramientas y estudios producidos por ésta en el ámbito de la prevención.

2.- LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS (I): CONTROL EN SITUACIONES DE CUMPLIMIENTO

2.1.- DEBILIDADES EN EL DISEÑO DEL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO: FALTA DE ATRIBUCIÓN DE COMETIDOS CLAROS Y DISGREGACIÓN DE RESPONSABILIDADES

Ya hemos señalado cómo la clave para la prevención y resolución de muchos de los problemas que se plantean en la fase de ejecución es su anticipación y la previsión, en los correspondientes pliegos de cláusulas, de las herramientas que permitan el control, la gestión y la resolución de cuantas incidencias puedan surgir.

Dicho de otro modo: un elemento clave y estratégico de la fase de preparación de los contratos es precisamente el diseño del control de su ejecución. Este diseño debe llevarse a cabo mediante:

a) el análisis pormenorizado de los posibles riesgos e incidencias, atendiendo específicamente al objeto del contrato, a las concretas prestaciones que lo integran, a las circunstancias en que han de ejecutarse, a los sujetos intervinientes, etc.; y

b) consecuentemente, la previsión y consignación en los pliegos de los mecanismos preventivos de control, orientados a evitar la materialización de los riesgos previstos, y/o de contingencia, mediante los cuales se resuelvan las incidencias y se ponga remedio a las potenciales irregularidades generadas al verificarse los riesgos.

Sin embargo, para ser eficaz y no quedar en papel mojado, este diseño no sólo debe ser concreto y adecuado a las características específicas del contrato de que se trate —y, por lo tanto, más propio, *a priori*, de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que de los generales—, sino que debe cumplir dos requisitos:

a) responder a una consideración transversal y omnicomprensiva de la contratación de que se trate; y, consecuencia de ello

b) debe ser un trabajo de equipo.

En efecto, en todo procedimiento de contratación —en el sentido más amplio de la expresión—, cabe distinguir múltiples aspectos, que pueden reagruparse en tres grandes dimensiones:

a) la dimensión procedimental, que se materializa en el correspondiente expediente administrativo y suele considerarse desde una perspectiva eminentemente jurídica;

b) la dimensión técnica, que se materializa principalmente en los pliegos de prescripciones técnicas y atañe a los aspectos sustantivos del contrato: definición de su objeto, de las prestaciones que lo integran y de la forma en que han de ejecutarse; y

c) la dimensión de gestión, relacionada con la implementación y puesta en práctica de la contratación, y que abarca aspectos y cuestiones que van más allá de lo estrictamente procedimental —aunque deben imperativamente tener un reflejo documental pormenorizado en el expediente: véanse arts. 28.1 y 116.4 e) y f) de la LCSP— y de lo puramente técnico: planificación estratégica, definición de las necesidades públicas y evaluación de la mejor solución para satisfacerlas, impulso del procedimiento, coordinación de los diversos sujetos intervinientes, tanto a nivel temporal como operativo, sincronización de otros procedimientos o actuaciones conexos y/o derivados —paradigmáticamente, en el ámbitos presupuestario: modificaciones de crédito para hacer frente a insuficiencias crédito presupuestario; pero igualmente en los ámbitos de recursos humanos, u otros—; etc.

Desde una perspectiva organizativa, el control y la gestión de la dimensión procedimental suele ser atribuida a los Servicios de Contratación y/o a la Secretaria; la dimensión técnica al Servicio gestor correspondiente; y la de gestión a los mandos de diverso nivel —normalmente en función de la importancia del contrato y del o de los servicios concernidos—: Gerencia, Direcciones de Área o de Servicio, Jefaturas de Departamento, Servicio o Unidad, etc.

Siendo esto habitualmente así, una de las principales debilidades en el diseño del control de la ejecución del contrato es precisamente la falta de atribución de cometidos claros y la disgregación de responsabilidades, fruto de una visión compartimentada de las mencionadas dimensiones de la contratación y de la falta de coordinación y diálogo suficiente entre los correspondientes responsables.

Los riesgos para la integridad y las probabilidades que surjan de disfunciones e irregularidades se maximizan cuando los responsables de gestión, por un lado, los responsables del procedimiento, por otro, y los técnicos, por otro, van cada cual por su lado y limitan su intervención exclusiva y excluyentemente a aquellos aspectos de su competencia. Obviamente, si las atribuciones de unos y otros no están claramente definidas, la situación empeora y los riesgos aumentan todavía más.

Así pues, cabe recomendar como buena práctica el que se habiliten los elementos organizativos que faciliten el trabajo conjunto de los intervinientes y/o responsables del procedimiento, de los aspectos técnicos y de la gestión del contrato, y ello desde el primer momento en que den inicio las actuaciones preparatorias de la contratación de que se trate y especialmente a la hora de elaborar los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Recapitulando pues:

- El diseño global del control de la ejecución, concreto y adecuado a las características específicas del contrato, es un elemento clave y estratégico de las actuaciones preparatorias que requiere:

  a) el análisis concreto y pormenorizado de los posibles riesgos e incidencias razonablemente previsibles; y

  b) la previsión y consignación en los pliegos de los mecanismos preventivos y/o de contingencia, mediante los que, respectivamente, prevenir y/o resolver las incidencias o la verificación de los riesgos.

- Tal diseño debe responder a una consideración transversal y omnicomprensiva de la contratación de que se trate y, por lo tanto, debe ser un trabajo de equipo.

- Deben habilitarse los elementos organizativos que faciliten el trabajo conjunto de los intervinientes y/o responsables del procedimiento, de los aspectos técnicos y de la gestión del contrato, y ello desde el primer momento en que den inicio las actuaciones preparatorias de la contratación.

2.2.- EL RESPONSABLE DEL CONTRATO: REQUISITOS, FUNCIONES, PREVENCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS

La vigente LCSP ha potenciado y reforzado una figura ya existente con anterioridad en nuestro ordenamiento: la del responsable del contrato. Fue la Ley 30/2007, de 30 de octubre, la que por vez primera introdujo esta figura, con el fin de «reforzar el control del cumplimiento del contrato y agilizar la solución de las diversas incidencias que pueden surgir durante su ejecución» —en palabras de su Exposición de Motivos—, previéndola, en su art. 41 como potestativa y con un perfil relativamente difuso.

Así, el art. 41 de la Ley 30/2007 —que pasaría a ser el 52 del texto refundido de 2011— preveía en su apartado 1 que: «Los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él.», precisando a continuación el apartado 2 que: «En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato se entenderán sin perjuicio de las que corresponden al Director Facultativo…».

Ahora, el art. 62 de la LCSP dispone lo siguiente:

> *«1. Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él.*

> *2. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 237 a 246.*

> *3. En los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra.»*

Como puede verse, a tenor de lo dispuesto en el citado precepto:

a) la designación de un responsable del contrato ha dejado de ser potestativa y deviene ahora obligatoria para cualquier contrato; además, se configura legalmente como independiente «de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato»;

b) su misión sigue siendo —en esto la ley no ha cambiado— la de «supervisar […] [la] ejecución [del contrato] […] con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada», si bien las concretas facultades de que disponga a tal efecto no se concretan legalmente, siendo las que el órgano de contratación le atribuya;

c) en los contratos de obra parece haberse resuelto la ambigüedad anteriormente existente, clarificando que es la Dirección Facultativa la que actúa como responsable del contrato; y

d) en el caso de las concesiones, tanto de obra como de servicios, parece atribuirse una misión adicional al responsable del contrato —o matizarse su misión principal—: la de actuar «en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra».

Esta nueva regulación del responsable del contrato suscita no pocos interrogantes a los que vamos a tratar de dar respuesta.

La primera cuestión es cómo ha de instrumentarse esa preceptiva designación del responsable de todo contrato. Razonablemente, cabe pensar que tal designación se incluya en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Sin embargo, nada parece obstar, jurídicamente, a que se designe el responsable del contrato, bien con carácter general y para categorías enteras de contratos, en los pliegos de cláusulas administrativas generales, bien, singularmente, y para cada contrato, mediante acuerdo del órgano de contratación.

No obstante, desde la perspectiva de la fortaleza del diseño del control de la ejecución de los contratos, a la que nos hemos referido en el apartado anterior, parece razonable y hasta muy recomendable que el responsable del contrato participe desde un inicio en el equipo de trabajo que diseñe tanto el contrato mismo como el control de su ejecución: parece obvio, en efecto, que quien habrá de supervisar la ejecución del contrato y asegurar la correcta ejecución de la prestación tenga algo que decir y que aportar al respecto; por el contrario, se antoja potencialmente disfuncional que el responsable del contrato pueda verse limitado en el cumplimiento de sus funciones por imprevisiones o lagunas de los pliegos.

Este punto de vista abonaría la opción de la designación del responsable, con carácter general y para categorías o tipologías enteras de contratos, en los pliegos de cláusulas administrativas generales, si bien cabría igualmente instrumentar esta participación del futuro responsable del contrato en las actuaciones preparatorias —y, por ende, antes de su designación formal—, mediante algún otro tipo de instrucción u orden de servicio.

Desde un punto de vista funcional, y fuera del caso de los contratos de obras, en los que, como hemos visto, las facultades del responsable del contrato se atribuyen legalmente a la Dirección Facultativa, se plantea igualmente la cuestión de a quién debe designarse como responsable de los contratos.

El art. 62.1 de la LCSP, al igual que sus antecedentes, prevé que pueda tratarse de «una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él». Caben pues dos grandes opciones:

a) hacer uso de los recursos propios del ente público contratante; o, alternativamente,

b) externalizar la función de responsable del contrato.

En el primer caso, si se hace uso de recursos propios de la entidad contratante, el primer inciso del ya citado art. 62.1 introduce una cierta confusión al precisar que la designación del responsable del contrato se hace «Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria» del mismo. Elementales consideraciones de eficacia y economía —tanto más perentorias en el ámbito local caracterizado a menudo por una dramática escasez de medios— impiden interpretar esta previsión legal como una obligación de designar a una persona, unidad necesariamente diferente la gestora ordinaria del contrato. Razonablemente la designación como responsable del contrato puede perfectamente recaer sobre el Servicio gestor —«la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria»— del contrato o sobre una concreta persona integrante de tal servicio.

Cabe igualmente, claro está, la posibilidad de designar otra persona o unidad de la organización, y esto nos lleva a considerar la cuestión desde otro punto de vista: el de la idoneidad.

En el caso de los contratos de obras esta cuestión no se plantea, desde el momento en que la ley equipara responsable del contrato y Dirección Facultativa. Pero en el resto de contratos, ¿cuál habría de ser el perfil o qué requisitos ha de cumplir el responsable del contrato?

Las concretas funciones que la vigente LCSP atribuye al responsable del contrato, más allá de su genérica misión enunciada en el art. 62, pueden aportar algunas pistas. Así:

a) el art. 194.2 de la LCSP dispone que sea el responsable del contrato quien proponga al órgano de contratación la imposición de penalidades al contratista por incumplimiento, cumplimiento defectuoso o demora en la ejecución del contrato;

b) el art. 195.2 de la LCSP prevé que el responsable del contrato informe acerca de los motivos que

han provocado retraso en la ejecución del contrato y sobre si tales motivos son o no imputables al contratista, a los efectos de otorgarle una ampliación del plazo de ejecución;

c) el último inciso del art. 308.3 de la LCSP, tras indicar que «La financiación y pago de estos contratos se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de los componentes de prestación requeridos», precisa que es el responsable del contrato quien debe adoptar «a este fin [...] las medidas que sean necesarias para la programación de las anualidades y durante el período de ejecución»; y

d) finalmente, el art. 311.1 de la LCSP prevé que será el responsable del contrato quien dará al contratista las instrucciones para la interpretación de lo establecido en el clausulado y los pliegos con sujeción los cuales debe ejecutarse el contrato.

Estas variadas atribuciones concretas apuntan a un perfil del responsable del contrato netamente transversal, cuyos conocimientos y competencias no pueden ceñirse exclusivamente al ámbito técnico en la materia propia del contrato, sino que deben abarcar igualmente las dimensiones jurídico-procedimental y de gestión del mismo —con una visión de un alcance más amplio que el estrictamente limitado al contrato en sí—.

Siendo esto así, podemos razonablemente concluir que el perfil del responsable del contrato debería incluir los siguientes rasgos definitorios:

a) ha de tener conocimientos suficientes —no necesariamente ser especialista, pero comprender y manejar conceptualmente los aspectos esenciales— tanto de la dimensión técnica propia del contenido del contrato como de los aspectos jurídico-procedimentales de la contratación administrativa y de la gestión pública;

b) ha de tener unas capacidades y habilidades intrínsecamente transversales dado que las funciones que legalmente se le atribuyen implican inherentemente la interlocución y coordinación con diversos sujetos concernidos: técnicos especialistas en el ámbito del contrato; cargos electos y/o directivos públicos; órganos de gestión económica; órganos de control interno —Secretaria e Intervención—; y, consecuentemente,

c) deberá hacer prueba de suficiente capacidad de liderazgo y de coordinación de los diversos sujetos concernidos.

Una muy acertada descripción de semejante perfil, que, a pesar de hallarse en una publicación de 2009, mantiene intacta su pertinencia, actualidad y utilidad, puede hallarse en la una breve publicación de Estrella Fernández Díez titulada: Algunas reflexiones sobre la externalización de servicios y la redefinición de habilidades de las organizaciones públicas (El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, ed. Wolters Kluwer, núm. 9 de mayo de 2009, págs. 1329 y ss.), en la que se apunta lo siguiente:

«... se trataría de incorporar a las organizaciones públicas los conocimientos, destrezas o habilidades necesarias para poder gestionar contratos de una manera eficiente. Estas capacidades, como regla general, escapan a las que tradicionalmente se les ha venido exigiendo, [...].

En definitiva, hay que pasar del saber «cómo», en cuanto a habilidades para hacer algo, al saber «qué» objetivos y finalidades se persiguen, lo que puede traducirse también en la necesidad de requerir menos conocimientos técnicos y más técnicas de gestión, [...].

... es importante disponer de una visión transversal de la organización, de amplios conocimientos jurídico-organizativos y de información documentada de experiencias anteriores, que permitan reflexionar sobre el proceso al margen de actitudes miméticas o modas [...].

Saber aprovechar los márgenes o áreas de discrecionalidad que la norma ofrece dentro de los diferentes procedimientos [de contratación] es una capacidad que debe desarrollarse por los responsables de la contratación […]».

Otro problema, que suele plantearse de manera especialmente acuciante en el ámbito local, es el de los poderes reales que la organización otorgue al responsable de contrato, y la información que se le facilite.

En efecto, para que el responsable del contrato pueda llevar a cabo correctamente su misión de supervisar la ejecución del contrato con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, son condiciones necesarias:

a) que tenga acceso a toda la información pertinente, relativa no sólo al contrato en sí, sino al contexto organizativo y estratégico más amplio en el que se enmarca —prioridades políticas y estratégicas del gobierno municipal, planificación económica y presupuestaria, etc.—; y

b) que tenga capacidad de consensuar y, en última instancia, imponer las decisiones que adopte.

Cuando no se dan mínimamente estos dos requisitos es evidente que el responsable del contrato acaba hallándose atado de pies y manos e imposibilitado de cumplir con su cometido: piénsese, por ejemplo, en el responsable del contrato que no es un directivo público sino el mando de la unidad gestora que no dispone de toda la información porque sólo se le ha explicado "lo que ha de saber"; y al que tampoco se le otorga capacidad plena para negociar y consensuar o, en última instancia, imponer —por la vía interpretativa que prevé el ya citado art. 311.1 de la LCSP— las soluciones a los problemas o incidencias que surjan, porque se producen interferencias, cuando no una paralela —y a menudo opaca— negociación de los cargos electos…

Hasta aquí hemos considerado la designación del responsable del contrato en el seno de la propia organización contratante. Pero hemos visto que el art. 62.1 de la LCSP prevé expresamente la externalización del responsable del contrato, designando como tal a una persona física o jurídica ajena a la organización contratante.

En este caso, de nuevo se plantean dos opciones:

a) la externalización en el sector público, designando como responsable del contrato a una persona o unidad de otra administración o ente público que, cabe suponer, dispone de los recursos necesarios de los que carece el ente contratante; o

b) la externalización en el sector privado, contratando a un responsable del contrato.

José Manuel Martínez Fernández, en su obra antes citada (págs. 297 y 298), cuestiona esta segunda posibilidad, considerando que «el responsable del contrato puede realizar funciones que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los funcionarios públicos (dictar instrucciones o proponer penalidades, por ejemplo).».

Discrepamos de tal interpretación: la mera formulación de una propuesta difícilmente puede concebirse como ejercicio de autoridad; y, a pesar de las prerrogativas legales de que disponen los entes públicos contratantes —cfr. art. 190 de la LCSP—, parece excesivo equiparar dictado de instrucciones interpretativas en un marco contractual que prevé el art. 311.1 de la LCSP con el ejercicio de autoridad entendido como incidencia sobre la libre capacidad de decisión de los ciudadanos. Por otra parte, incuestionada la posibilidad de externalizar a un contratista privado la Dirección Facultativa de una obra, la equiparación, en el contrato de obras, del responsable del contrato a aquella priva de fundamento la mencionada interpretación excesivamente restrictiva para todo el resto de contratos.

La primera de las mencionadas opciones, la externalización en el sector público, evoca inmediatamente la petición de asistencia técnica por los entes locales a las diputaciones provinciales, prevista en el art. 36.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), que incluye, entre las competencias propias de las diputaciones, «La asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.».

En este caso, al margen de problemas puramente operativos propios de cualquier externalización, se plantea un cierto riesgo potencial: que a su vez la diputación —o, más generalmente, ente público que

preste este tipo de asistencia al ente local contratante— externalice la asistencia técnica en que consiste la designación del responsable del contrato a una persona o entidad privada, actuando pues como un mero "intermediario financiador".

Esta situación reenvía a la de externalización en el sector privado a la que nos referiremos a continuación, si bien, en este caso, se produce un incremento de los riesgos derivado de la existencia de ese doble nivel de interlocución y selección: del ente local a la diputación y de ésta a la persona o entidad privada designada finalmente como responsable del contrato.

Cuando la externalización del responsable del contrato se produzca en el sector privado, la problemática, antes apuntada, de la idoneidad queda naturalmente resuelta mediante la exigencia de la solvencia técnica u profesional que corresponda. Téngase en cuenta a este respecto que incluso si se trata de un contrato menor el art. 131.3 de la LCSP exige que su adjudicación se haga «a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación…».

Sin embargo, la problemática del acceso a la información por el responsable del contrato y del reconocimiento u otorgamiento de poder real por parte de la organización contratante puede verse complicado.

Y, en cualquier caso, tanto si es en el sector público como —quizás todavía más— en el privado, la externalización de la figura del responsable del contrato dificulta el control de la ejecución en su vertiente, a la que aludiremos en el apartado siguiente, de adquisición de conocimiento por la parte contratante.

Finalmente, resulta ineludible en este punto hacer referencia a la prevención y gestión de los conflictos de interés. Si existe un punto en el que la existencia de conflicto de interés es susceptible de provocar una completa quiebra de la integridad es obviamente aquí.

En este sentido, tanto si se hace uso de recursos propios como si se externaliza la designación del responsable del contrato, e independientemente de si tal externalización es al sector público como al privado, resulta del todo conveniente prever mecanismos de detección y prevención de posibles conflictos de interés entre el responsable del contrato y el contratista cuya actividad está llamado a supervisar.

En el caso de la externalización al sector privado, dicha detección debería residenciarse en el control de la solvencia técnica o, en general, de los criterios cualitativos de selección de los licitadores. El mecanismo consustancial a esta fase de la licitación es la declaración responsable, que, evidentemente, debe formularse de manera concreta, bien en relación con el concreta adjudicatario, bien, si no se hubiera producido todavía la adjudicación del contrato principal, en términos, más generales, de vinculaciones con empresas del sector, sin perjuicio de una posterior concreción o confirmación una vez adjudicado el contrato y determinado el contratista.

En el caso de la designación de un responsable del contrato en el seno de la propia entidad contratante, o de externalización en el sector público, la detección y prevención de conflictos de interés resulta más problemática.

En efecto, el único mecanismo que operaría de existir una situación de conflicto de interés seria la obligación de abstención prevista, con carácter general, en el art. 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) —así como, obviamente, su correlato, la recusación prevista en el siguiente art. 24 de la LRJSP, para el supuesto que la causa de abstención, no manifestada por el interesado, fuese conocida de alguien más—.

Tal y como se señalaba en el informe de la Oficina Antifraude de Cataluña: La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña, en el ámbito local, y fuera de los casos de los cargos electos —ex art. 75.7 de la LBRL— y de los directivos públicos locales y funcionarios con habilitación de carácter estatal que ocupen puestos de libre designación —ex art. 75.7 por remisión de la disp. ad. 15ª.2—, los empleados públicos no están obligados a presentar declaraciones de intereses, lo que imposibilita un control proactivo y preventivo de la existencia de conflictos de intereses.

Por ello, parece recomendable prever, en alguna disposición local de carácter general —cabría pensar, por ejemplo, en una ordenanza de contratación, en un código ético o, incluso, en las bases de ejecución del presupuesto—, una previsión expresa que imponga la incorporación al expediente de una declaración

responsable del responsable del contrato designado acerca de la inexistencia de conflicto de interés respecto del contratista.

Recapitulando pues:

- De acuerdo con lo dispuesto en el art. 62 de la LCSP:
  - a) es obligatoria la designación de un responsable del contrato, cuya misión es la de supervisar la ejecución del contrato con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, y cuyas concretas facultades son, al margen de las legalmente previstas —arts. 194.2, 195.2, 308,3 y 311.1 de la LCSP—, las que el órgano de contratación le atribuya;
  - c) en los contratos de obra es la Dirección Facultativa la que actúa como responsable del contrato; y
  - d) en el caso de las concesiones, tanto de obra como de servicios, la misión del responsable del contrato es igualmente la de actuar «en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra».
- La designación del responsable del contrato puede hacerse:
  - a) singularmente, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares;
  - b) con carácter general y para categorías enteras de contratos, en los pliegos de cláusulas administrativas generales; o igualmente,
  - c) mediante acuerdo del órgano de contratación.
- Desde la perspectiva de la fortaleza del entero diseño del control de la ejecución de los contratos, parece razonable y hasta muy recomendable que el responsable del contrato participe desde un inicio en el equipo de trabajo que diseñe tanto el contrato mismo como el control de su ejecución.
- El perfil del responsable del contrato debería incluir los siguientes rasgos definitorios:
  - a) ha de tener conocimientos suficientes tanto de la dimensión técnica propia del contenido del contrato como de los aspectos jurídico-procedimentales de la contratación administrativa y de la gestión pública;
  - b) ha de tener unas capacidades y habilidades intrínsecamente transversales dado que las funciones que legalmente se le atribuyen implican inherentemente la interlocución y coordinación con diversos sujetos concernidos; y, consecuentemente,
  - c) deberá hacer prueba de suficiente capacidad de liderazgo y de coordinación de los diversos sujetos concernidos.
- Por otra parte, para que el responsable del contrato pueda llevar a cabo correctamente su misión de supervisar la ejecución del contrato con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, son condiciones necesarias:
  - a) que tenga acceso a toda la información pertinente, relativa no sólo al contrato en sí, sino al contexto organizativo y estratégico más amplio en el que se enmarca —prioridades políticas y estratégicas del gobierno municipal, planificación económica y presupuestaria, etc.—; y
  - b) que tenga capacidad de consensuar y, en última instancia, imponer las decisiones que adopte.
- La designación del responsable del contrato puede hacerse:
  - a) haciendo uso de los recursos propios del ente contratante; o
  - b) externalizando dicha designación; a su vez, la externalización puede hacerse:
    - en el sector público, designando como responsable del contrato a una persona o unidad

de otra administración o ente público que disponga de los recursos necesarios de los que carece el ente contratante; o

- en el sector privado, contratando a un responsable del contrato.

› Tanto si se hace uso de recursos propios como si se externaliza la designación del responsable del contrato, resulta del todo conveniente prever mecanismos de detección y prevención de posibles conflictos de interés entre el responsable del contrato y el contratista cuya actividad está llamado a supervisar:

a) en el caso de la externalización al sector privado, dicha detección debería residenciarse en el control de la solvencia técnica mediante declaración responsable;

b) en el caso de la designación de un responsable del contrato en el seno de la propia entidad contratante, o de externalización en el sector público, la detección y prevención de conflictos de interés operaría, en principio, a través de la obligación de abstención del art. 23 de la LRJSP o de la recusación del art. 24 de la LRJSP;

Sin embargo, parece recomendable prever, en alguna disposición local de carácter general —ordenanza de contratación, código ético o, incluso, las bases de ejecución del presupuesto—, una previsión expresa que imponga la incorporación al expediente de una declaración responsable del responsable del contrato designado acerca de la inexistencia de conflicto de interés respecto de la entidad contratista.

2.3.- CONTROL DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO: SEGUIMIENTO Y TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTO; COMPROBACIONES MATERIALES

Ya hemos apuntado en la introducción de esta sección cómo la ejecución de los contratos genera conocimiento y, por consiguiente, es esencial y de enorme valor estratégico prever en los pliegos de cláusulas particulares sistemas y estrategias de recopilación de los datos y la información generados por la ejecución del contrato, intrínsecamente vinculados a los mecanismos de seguimiento y control ordinarios.

En efecto, por idónea que resulte la persona o entidad designada como responsable del contrato, y por muchas facultades que se le atribuya, el desconocimiento del detalle del funcionamiento específico y singular del concreto contrato de que se trate le sitúa en una situación de completa impotencia a la hora de llevar a cabo su función de supervisión: difícilmente podrá asegurar el correcto cumplimiento de las prestaciones, conforme a los estándares contractualmente establecidos, quien no disponga de información sobre lo que real y razonablemente cabe esperar y exigir.

La idea subyacente es sencilla: se trata, a través de la sistemática, constante y metódica recopilación de datos e información, de mantener en todo momento del control de la parte pública —entidad contratante— sobre el objeto del contrato. Esto, evidentemente, es especialmente relevante en los contratos de servicios de tracto sucesivo y en las concesiones, especialmente las de servicios.

En palabras de Estrella Fernández Díez:

> *«En esta fase [de ejecución del contrato] se trata de vigilar la ejecución, evaluar el rendimiento y hacer cumplir al adjudicatario, precisamente porque uno de los mayores riesgos de la externalización de servicios es la pérdida del control de las prestaciones. […] los esfuerzos de la organización deben centrarse en una supervisión y control eficaces. En este punto, es crítico establecer los mecanismos necesarios para obtener el mayor volumen posible de información sobre la actuación de los proveedores, en un proceso de retroalimentación continua sobre la forma o modos en que el servicio se está prestando. Y ello tanto para no perder el "saber cómo se hace" el servicio como para contrastar si éste se está prestando conforme a los estándares de calidad contractualmente pactados.*

La información que debe entregar el suministrador deberá ser auditada para comprobar su veracidad, con lo que se impone el aprendizaje de técnicas de auditoria por parte de los empleados públicos responsables del control del servicio, así como el conocimiento de herramientas de evaluación para verificar si su conducta se ajusta a los objetivos marcados. La evaluación de las actividades realizadas servirá para replantear estrategias, modificar especificaciones y planificar o prever mejoras y beneficios. Asimismo, será importante desarrollar habilidades para gestionar eficientemente las relaciones con los prestadores del servicio, siendo éste uno de los aspectos en los que la formación interna del personal debe hacer especial hincapié: técnicas de comunicación, de resolución de conflictos, etc.»

Ya hemos indicado que el diseño del control de la ejecución del contrato es un momento clave de la fase de preparación del mismo.

Uno de los elementos de tal diseño será pues la previsión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los aludidos mecanismos de recopilación de datos e información generados durante la ejecución del contrato. A estos efectos, atendiendo al objeto del contrato y a las concretas prestaciones que lo integran, así como a la forma y la operativa en que han de prestarse —todo ello definido en los pliegos de prescripciones técnicas—, deberá:

a) identificarse los datos relevantes;

b) estipular la recolección de tales datos por el contratista, previendo si tal recolección tiene lugar de manera automatizada o manual —la automatización, que ofrece obvias ventajas en cuanto a fiabilidad y facilidad de comunicación, puede requerir mayores costes o inversiones—;

c) estipular la comunicación de los datos por el contratista al ente contratante, previendo la periodicidad, el soporte y demás aspectos de tal comunicación;

d) con base en los datos, cabrá establecer indicadores de cumplimiento y/o de calidad de las prestaciones.

Por otra parte, en el seno del ente contratante, deberá preverse la organización, archivo y estructuración de los datos para permitir y facilitar su explotación, tanto, en el corto plazo, a los efectos del seguimiento del contrato, como, a más largo plazo, para el diseño de futuras licitaciones del mismo contrato o la incorporación de mejoras en el servicio.

Evidentemente, el control de la ejecución de los contratos no puede limitarse a la obtención de datos. Ya hemos señalado a qué riesgos nos enfrentamos en la fase de ejecución de los contratos: obtener de prestaciones diferentes a las contratadas, autorización de pagos indebidos —v. gr., de prestaciones no ejecutadas o deficientemente ejecutadas—, falta de exigencia de responsabilidades por incumplimientos o cumplimientos defectuosos, etc.

La sistemática exigencia y obtención de datos e información es un factor que minimiza tales riesgos. Sin embargo, es preciso asegurarse que hay coincidencia entre los datos comunicados y la realidad.

En este sentido, cabe destacar cómo, históricamente, uno de los factores que más han contribuido a maximizar los mencionados riesgos, especialmente en contratos de servicios o de gestión de servicios públicos, ha sido la consideración del procedimiento de tramitación de los pagos como algo eminentemente formal: recibidas las correspondientes facturas, se conforman de manera mecánica y cuasi-automática por el técnico o responsable correspondiente mientras no le consten quejas o incidencias, y se tramita el reconocimiento de la obligación y pago, con olvido —o casi— que el pago del precio no es consecuencia debida de la vigencia del contrato sino de la efectiva y real ejecución de las prestaciones, de acuerdo con los pliegos y a plena satisfacción del ente contratante que los recibe.

Si en los contratos de obra existe una metodología consolidada de verificación y comprobación material de lo ejecutado y certificado, en los contratos de servicios con prestaciones de tracto sucesivo o de gestión de servicio público deberán preverse en los pliegos los mecanismos de comprobación material de la efectiva y correcta ejecución de las prestaciones.

A este respecto, debe tenerse en cuenta la limitación que establece el segundo párrafo del art. 190 de LCSP, que, tras reconocer al órgano de contratación, entre otras, «las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato», precisa que:

> *«En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato. En tal caso, el órgano de contratación deberá justificarlo de forma expresa y detallada en el expediente administrativo.»*

Tal previsión legal abunda en la necesidad de especificar y acotar concretamente el ejercicio de las facultades de inspección por parte del ente contratante durante la fase de ejecución del contrato.

Por otra parte, resultará esencial en este punto la participación de la Intervención, dado que a ella le corresponde la comprobación material de la inversión respecto de cualquier contrato, de acuerdo con lo establecido en el art. 214.2 d) del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL), aprobado por el RD Leg. 2/2004, de 5 de marzo, ahora desarrollado en el RD 424/2017, de 28 de abril, que regula el control interno del sector público local.

El art. 20.1 del mencionado RD 424/2017, de 28 de abril dispone que: «Antes de liquidar el gasto o reconocer la obligación se verificará materialmente la efectiva realización de las obras, servicios o adquisiciones financiadas con fondos públicos y su adecuación al contenido del correspondiente contrato.», mientras que el apartado 5 de dicho precepto prevé la posibilidad de comprobaciones materiales durante la ejecución en los siguientes términos:

«Cuando se aprecien circunstancias que lo aconsejen, el órgano interventor podrá acordar la realización de comprobaciones materiales de la inversión durante la ejecución de las obras, la prestación de servicios y fabricación de bienes adquiridos mediante contratos de suministros.»

Es pues lógico y altamente recomendable, en aras de la coordinación y la eficacia, que la Intervención participe activamente en el diseño tanto de los mecanismos de comprobación material de la ejecución del contrato como de las de previsiones contractuales relativas al ejercicio por el ente contratante de sus potestades de inspección.

Recapitulando:

- Es esencial y de enorme valor estratégico prever mecanismos de recopilación sistemática de los datos y la información generados por la ejecución del contrato que posibiliten, por parte del ente público contratante, mantener en todo momento del control sobre el objeto del contrato.
- Tales mecanismos deberán preverse y detallarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas, atendiendo al objeto del contrato y a las concretas prestaciones que lo integran, así como a la forma y la operativa en que han de prestarse, debiendo a tal fin:
    - a) identificar los datos relevantes;
    - b) estipular la recolección de tales datos por el contratista, previendo si tal recolección tiene lugar de manera automatizada o manual;
    - c) estipular la comunicación de los datos por el contratista al ente contratante, previendo la periodicidad, el soporte y demás aspectos de tal comunicación;
    - d) con base en los datos, cabrá establecer indicadores de cumplimiento y/o de calidad de las prestaciones.
- Por otra parte, en el seno del ente contratante, deberá preverse la organización, archivo y estructuración de los datos para permitir y facilitar su explotación.
- Dado que el control de la ejecución de los contratos no puede limitarse a la obtención de datos, deberán preverse en los pliegos los mecanismos de comprobación material de la efectiva y correcta ejecución

de las prestaciones. Si en los contratos de obra existe una metodología consolidada de verificación y comprobación material, en los contratos de servicios de tracto sucesivo o de gestión de servicio público tales previsiones resultan claves.

- Teniendo en cuenta la limitación que el art. 190 de la LCSP establece a las facultades de inspección del órgano de contratación —prohibiendo su ejercicio de manera general e indiscriminada—, es conveniente especificar y acotar concretamente el ejercicio de tales facultades de inspección por parte del ente contratante en los pliegos.
- Dadas las funciones de comprobación material de las inversiones que tiene legamente encomendadas, resulta altamente recomendable que la Intervención participe activamente en el diseño tanto de los mecanismos de comprobación material de la ejecución del contrato como de las de previsiones contractuales relativas al ejercicio por el ente contratante de sus potestades de inspección.

2.4.- CONTROL DE LA SUBCONTRATACIÓN

La subcontratación ha mostrado ser un ámbito de riesgo para la integridad especialmente relevante y sensible de la contratación pública. Por sólo citar algunos ejemplos, que podríamos reputar —lamentablemente— clásicos, cabría aludir a los casos de subcontratación del 100% del objeto del contrato, en los que el contratista viene a ser un mero intermediario sin funciones propias cuya simple presencia, lógicamente, encarece el precio del contrato; o los de subcontratación por el contratista de quien, por diversas razones —por ejemplo, la previa participación en los trabajos preparatorios del contrato; o el hallarse incurso en una prohibición de contratar— no podría participar en la licitación; o de utilización de la subcontratación para reducir los costes de la ejecución para el contratista principal a costa de la calidad de las prestaciones o trasladando al subcontratista el incumplimiento de obligaciones legal o contractualmente establecidas.

De ahí que las sucesivas leyes de contratos del sector público hayan venido desarrollando y profundizando la regulación aplicable a la subcontratación y ampliando su control por los órganos de contratación. En esta misma línea, la vigente directiva clásica 2014/24/UE alude en su exposición de motivos a la necesidad de «garantizar una cierta transparencia en la cadena de subcontrataciones»—.

La subcontratación viene regulada en los arts. 215 a 217 de la LCSP. El punto de partida de esta regulación es la consideración de la subcontratación como una opción para el contratista dentro del margen previsto en los pliegos.

En este sentido, el art. 215.1 de la LCSP establece que:

«El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos…», previendo únicamente dos salvedades: los contratos de carácter secreto o reservado o que afecten a la seguridad del Estado, y aquellas tareas críticas, justificadamente explicitadas en los pliegos, que deban ser ejecutadas directamente por el contratista principal; precisando sin embargo el segundo párrafo del citado precepto que: «En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia…».

A partir de ahí, la LCSP prevé una serie de mecanismos de control y salvaguardia entre los que cabe destacar:

a) la obligación para los licitadores de identificar en su oferta sus previsiones de subcontratación y la identidad —si ya la conocen— o el perfil empresarial de los futuros subcontratistas, siempre que así conste especificado en los pliegos —art. 215.2 a) de la LCSP—;

b) en cualquier caso, una vez adjudicado el contrato, la obligación para el contratista principal de identificar a los subcontratistas previstos y de justificar su aptitud para la ejecución de las prestaciones subcontratadas, y de notificar cualquier modificación de la subcontratación en el curso de la ejecución —art. 215.2 b) de la LCSP—;

c) la expresa prohibición de subcontratar personas o entidades incursas en prohibición de contratar —art. 212.5 de la LCSP—;

d) la posibilidad para los entes contratantes de comprobar los pagos de los contratistas principales a los subcontratistas —art. 217.1 de la LCSP—, posibilidad que se convierte en obligación en el caso de los contratos de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los 5.000.000,00 € superando la subcontratación el 30% del importe —art. 217.2 de la LCSP—.

Todas estas previsiones legales ofrecen al ente contratante amplias posibilidades de control que deben implementarse efectivamente y de las que debe sacarse el máximo provecho en la prevención y la detección temprana de irregularidades o quiebras de la integridad —en especial, situaciones de conflicto de interés referidos a las entidades subcontratistas, más difíciles de detectar y gestionar pues obviamente menos aparentes—.

Recapitulando:

› Siendo la subcontratación un ámbito de riesgo para la integridad especialmente relevante y sensible de la contratación pública, deben implementarse efectivamente los mecanismos de control previstos legalmente y es preciso explotar la información así obtenida para detectar tempranamente situaciones irregulares o quiebras de la integridad.

3.- LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS: SITUACIONES PATOLÓGICAS

3.1.- INCUMPLIMIENTOS

Entrando ya en el análisis de las situaciones anormales o patológicas que pueden acontecer en la ejecución de los contratos y frente a las cuales la entidad contratante debe reaccionar, protegiendo sus intereses y asegurando su satisfacción efectiva, el primer supuesto que hemos de considerar es el de incumplimiento, cumplimiento defectuoso o demora en el cumplimiento por parte del contratista de las prestaciones objeto del contrato.

Partiendo de la premisa general enunciada en el art. 189 de la LCSP según el cual: «Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas…», los arts. 192 a 195 de la LCSP regulan las posibilidades de reacción de que dispone en ente contratante ante los incumplimientos del contratista, previendo, en síntesis, lo siguiente:

a) en los casos de cumplimiento defectuoso de las prestaciones objeto del contrato o incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, el ente contratante podrá imponer penalidades, que deberán ser proporcionales a la gravedad de los incumplimientos y no podrán ser ni individualmente superiores al 10% del precio del contrato ni en conjunto superiores al 50%, siempre que éstas estén previstas en los pliegos —art. 192.1 de la LCSP—;

b) en los casos de incumplimiento parcial de las prestaciones contratadas, el ente contratante podrá optar —art. 192.2 de la LCSP— por:

- resolver el contrato; o
- aplicar las penalidades que estén previstas en el pliego;

c) en los casos de incumplimiento del plazo total de ejecución por el contratista, el ente contratante podrá optar, de entrada, por:

- resolver el contrato; o
- imponer penalidades diarias a razón de 0,60 € por cada 1.000 € del precio del contrato, o por un importe superior si así se prevé justificadamente en los pliegos y el expediente;

en este segundo caso, el órgano de contratación tendrá la facultad de resolver el contrato o, alternativamente, de proseguir con su ejecución imponiendo nuevas penalidades, cada vez que el importe acumulado de las penalidades alcance un múltiplo del 5% del precio del contrato;

d) el anterior mecanismo se aplicará igualmente en los casos de incumplimiento de plazos parciales de ejecución por el contratista cuando así lo prevean los pliegos o el incumplimiento del plazo parcial permita razonablemente presumir el incumplimiento del plazo total;

e) en los supuestos de incumplimiento parcial, de cumplimiento defectuoso o de demora en el cumplimiento por parte del contratista, si no se aplicasen penalidades —por no preverlo los pliegos— o éstas no cubriesen los daños causados al ente contratante, éste exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

Este conjunto de previsiones legales obliga, como vemos, a prever expresamente en los pliegos las penalidades aplicables para todos los supuestos excepto el de demora en el cumplimiento del plazo total.

Y en este último supuesto se plantea un posible problema: y es que, cualquiera que sea el precio del contrato, la opción por la imposición de penalidades al producirse un incumplimiento del plazo total implica, matemáticamente, que la posibilidad de resolución del contrato no vuelva a surgir hasta transcurridos más de 83 días, esto es, ¡cerca de 3 meses!

La demostración de esta afirmación es la siguiente: si Q es el precio del contrato, el importe diario de las penalidades será: Q ÷ 1.000 x 0,60 €. Si n es el número de días durante el que se han de imponer penalidades hasta alcanzar el 5% del precio del contrato, tendremos la ecuación:

n x (Q ÷ 1.000 x 0,60 €) = 5% Q,

lo que, despejando la incógnita n, nos da: n = (5 x 1.000) ÷ (100 x 0,60) = 83,33 días.

En función del cuál sea el plazo total de ejecución del contrato, una demora de cerca de 3 meses puede resultar inasumible, lo que justificaría —y así debería hacerse constar en el expediente— incrementar el importe de las penalidades diarias.

Obviamente, todo esto no pasará de ser papel mojado si finalmente no se llegan a aplicar y exigir efectivamente las penalidades contractualmente establecidas.

Recapitulando:

› Es esencial, para disponer de un adecuado arsenal de medios de reacción ante los incumplimientos o cumplimientos parciales o defectuosos de las prestaciones por parte del contratista, prever explícitamente en los pliegos de cláusulas:

a) las penalidades por cumplimiento defectuoso de las prestaciones del contrato o incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, que deberán ser proporcionales a la gravedad de los incumplimientos y no podrán ser ni individualmente superiores al 10% del precio del contrato ni en conjunto superiores al 50%;

b) las penalidades por incumplimiento parcial de las prestaciones contratadas;

c) el montante diario de las penalidades por demora siempre que, atendiendo a las concretas circunstancias del contrato —principalmente su plazo total—, el montante legal —0,60 € por cada 1.000 € del precio del contrato— resulte inoperativo, teniendo en cuenta el plazo que debería transcurrir hasta disponer de la posibilidad de resolver el contrato;

d) si procediese, la aplicación de las penalidades diarias por demora al incumplimiento de los plazos parciales.

› Evidentemente, es esencial, disponiendo de todas estas posibilidades, ponerlas en práctica y aplicar y exigir las penalidades que procedan cuando procedan.

3.2.- MODIFICACIONES CONTRACTUALES

Es notorio y de sobras conocido que la modificación de los contratos, una vez adjudicados —e incluso, a menudo, antes incluso del inicio de su ejecución—, ha resultado ser un ámbito de riesgo muy significativo. En este sentido se ha llegado a constatar por las autoridades tanto europeas como nacionales que la fase de ejecución de los contratos resulta especialmente vulnerable a la corrupción y/o a las quiebras de la integridad, y que el medio más usualmente empleado a tal efecto ha sido el uso indebido o abusivo de las modificaciones de los contratos en el curso de su ejecución.

Por solo citar los dos ejemplos más clamorosos de tales situaciones, podríamos mencionar el uso de la modificación contractual con carácter instrumental a efectos de manipular y predeterminar el resultado de la licitación —un licitador, con la connivencia del órgano de contratación, presenta una oferta exageradamente competitiva respecto de totas las demás y, por ende, económicamente inviable, y, una vez obtenida la adjudicación del contrato, obtiene su modificación que hace económicamente viable el contrato—; o la completa alteración del objeto de un contrato, a través de sucesivas modificaciones y ampliaciones de dicho objeto, que acaban haciéndolo totalmente diferente del que fue inicialmente objeto de licitación, logrando así una completa elusión de la licitación —y, por ende, del respeto de los principios de publicidad, igualdad y concurrencia— y, de hecho, la adjudicación directa al mismo contratista de todas las prestaciones adicionales que integran el objeto de las modificaciones.

Consciente de los riesgos de tales prácticas, el legislador comunitario incorporó en las directivas contratación pública de última generación una pormenorizada regulación de las modificaciones, principalmente basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, lo que constituye de hecho uno de los aspectos más novedosos de las vigentes directivas de contratación pública. En efecto, mientras que la regulación de las anteriores generaciones de directivas —hasta la inmediatamente anterior, 2004/18/CE— se centraba exclusivamente en la fase de licitación y adjudicación de los contratos, la nueva regulación, presidida por el paradigma de la integridad, incide en la fase de ejecución y, en especial, en ésta una de sus vulnerabilidades más relevantes.

Los elementos definitorios de esta regulación aparecen enunciados en los párrafos (107) a (111) de la exposición de motivos de la vigente directiva clásica 2014/24/UE, y pueden sintetizarse como sigue:

a) el criterio general es que toda modificación de un contrato adjudicado, en el curso de su ejecución, debe comportar una nueva licitación «cuando se introduzcan modificaciones substanciales en el contrato inicial», esto es, cuando las modificaciones introducidas «evidencien la intención de las partes de renegociar las condiciones esenciales del contrato»;

b) sin embargo, se admiten las modificaciones de los contratos, durante su ejecución, sin nueva licitación, en dos tipos de circunstancias:

- por una parte, cuando se trate de modificaciones «que comporten una variación menor» del contrato, circunstancia que la directiva define mediante el establecimiento de «umbrales mínimos por debajo de los cuales una nueva licitación no es necesaria»; y
- por otra parte, en ciertas situaciones justificadas, definidas de forma detallada mediante condiciones muy precisas por la directiva, especialmente en los casos de obras, suministros o servicios complementarios; cuando las modificaciones hayan sido previamente previstas en los pliegos o la documentación contractual; o en los casos de aparición de circunstancias realmente imprevistas.

El reflejo de la evolución de la jurisprudencia y de la regulación europeas en nuestra normativa nacional se ha concretado en un régimen cada vez más restrictivo de las modificaciones de los contratos, que ha culminado en la regulación actualmente en vigor, contenida en los arts. 203 a 207 —disposiciones generales—, 222 —modificaciones de los acuerdos marco—, 242 —modificación del contrato de obras—,

255 y 262 —modificaciones del proyecto y de las obras de las concesiones de obra— y 290 —modificación de las concesiones de servicio— de la LCSP, que recoge las disposiciones europeas. Así, en síntesis, tenemos:

a) aquí igualmente la regla general, enunciada en el último inciso del art. 203 de la LCSP, es que cualquier modificación de los contratos en curso implica su resolución y nueva licitación en los términos y condiciones resultantes de la modificación;

b) no obstante, la ley prevé una serie de excepciones, que pueden reagruparse en tres grandes categorías:

- existen en primer lugar una serie de situaciones, taxativamente enumeradas en el art. 203.1 de la LCSP, que, por así decirlo, no se consideran modificaciones contractuales: la sucesión subjetiva del contratista, la cesión del contrato, la revisión de precios y la ampliación del plazo de ejecución en los supuestos en que legalmente procede;
- el segundo grupo son las modificaciones previstas en los pliegos de cláusulas, reguladas en el art. 204; y
- finalmente, el tercer grupo lo constituyen las modificaciones excepcionalmente admitidas a pesar de no estar previstas en los pliegos de cláusulas, reguladas en el art. 205;

c) las modificaciones previstas en los pliegos de cláusulas deben cumplir los siguientes requisitos:

- cuantitativamente, están sujetas al límite máximo del 20% del precio inicial del contrato —art. 204.1 de la LCSP—;
- la cláusula que las prevea en los pliegos debe estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca, debe precisar con detalle el alcance, límites y naturaleza de la modificación, las circunstancias, necesariamente objetivas, en que pueda llevarse a cabo, y el procedimiento a seguir —art. 204.1 a) y b), primer inciso de la LCSP—;
- no puede comportar el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato —art. 204.1 b), primer inciso in fine de la LCSP—;
- debe permitir, a los licitadores, comprender su alcance exacto e interpretarla uniformemente, y al órgano de contratación, comprobar las condiciones de aptitud de los licitadores y valorar correctamente sus ofertas —art. 204.1 b), segundo inciso de la LCSP—;
- finalmente, en ningún caso permite alterar la naturaleza global del contrato, lo que se considera que se produce cuando se sustituyen las obras, suministros o servicios de su objeto por otros o se altera el tipo de contrato —art. 204.2 de la LCSP—;

d) las modificaciones no previstas en los pliegos de cláusulas únicamente se admiten cuando se limiten a «introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria» —art. 205.1 b) de la LCSP— y, además, se produzcan en alguno de los siguientes supuestos tasados:

- que se trate de obras, suministros o servicios adicionales o complementarios a los contratados y se cumplan todos los siguientes requisitos —art. 205.2 a) de la LCSP—:
- que no sea posible el cambio de contratista por razones económicas o técnicas, o que el cambio de contratista genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes;
- que la modificación no exceda, aislada o cumulativamente si son varias, del 50% del precio inicial;
- que la modificación responda a circunstancias sobrevenidas imprevisibles para una entidad contratante diligente, no se altere la naturaleza global del contrato y la modificación no exceda, aislada o cumulativamente si son varias, del 50% del precio inicial —art. 205.2 b) de la LCSP—;
- que la modificación NO sea sustancial —art. 205.2 c) de la LCSP—, entendiéndose que lo es en los siguientes supuestos:

- cuando el resultado es un contrato de naturaleza materialmente diferente del inicial;
- cuando introduzca condiciones que, de haber figurado en la licitación originaria, habrían permitido una selección distinta de candidatos o la admisión de ofertas distintas a las valoradas;
- cuando altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista en términos no previstos contractualmente;
- cuando se introduzcan unidades de obra nuevas que representen cuantitativamente un incremente de más del 50% del presupuesto inicial;
- cuando «amplíe de forma importante el ámbito del contrato» lo que se presupone: cuando se altera en más de un 15% el precio, en el caso de los contratos de obra, o en más de un 10% en el caso de los demás contratos, o cuando se excedan los umbrales de la contratación sujeta a regulación armonizada; o cuando el objeto de la modificación se halle dentro del ámbito de otro contrato actual o futuro cuya tramitación se haya iniciado.

Destaquemos por último que, a diferencia de la directiva clásica 2014/24/UE, que contiene una cláusula general de cierre específicamente referida a las modificaciones contractuales, prohibiendo que las mismas tenga por finalidad eludir o evitar la aplicación de cualesquiera disposiciones de la directiva, la LCSP únicamente contiene una previsión análoga de carácter mucho más general: el art. 132.2 que dispone que: «La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia…».

Como puede observarse, este complejo, intrincado y muy restrictivo nuevo régimen de las modificaciones contractuales responde a dos ideas en el fondo simples: únicamente son admisibles las modificaciones que, por estar previstas en los pliegos, hayan sido conocidas y tenidas en cuenta por los licitadores al formular sus ofertas y, por ende, valoradas por la entidad contratante —garantizándose así que no distorsionan la dinámica del contrato—, o que constituyan la única opción viable para hacer frente a circunstancias realmente imprevistas e imprevisibles; en todos los demás casos, la modificación del contrato debe llevarse a cabo mediante su resolución y nueva licitación.

El interés de este planteamiento, en la línea de cuanto hemos venido exponiendo, es que obliga, en la fase de preparación del contrato y a la hora de proceder a su diseño, a un ejercicio intenso de previsión y anticipación de las posibles circunstancias que requieran modificar —siempre, claro está, dentro de los límites legalmente establecidos— las prestaciones que integran el objeto del contrato.

Recapitulando:

- El régimen de modificaciones contractuales establecido en la vigente LCSP resulta extremadamente restrictivo de las modificaciones no previstas en los pliegos de cláusulas y derivadas de circunstancias realmente imprevistas e imprevisibles.

Consecuentemente, para poder de disponer, en la fase de ejecución del contrato, de herramientas o mecanismos que permitan la adaptación de las prestaciones objeto del contrato a circunstancias cambiantes, es esencial:

a) llevar a cabo, en la fase de preparación del contrato y a la hora de proceder a su diseño, un ejercicio de previsión y anticipación de las posibles circunstancias que puedan requerir modificar, dentro de los límites legalmente establecidos, las prestaciones que integran el objeto del contrato; y

b) prever pormenorizadamente en los pliegos, de forma clara, precisa e inequívoca, el alcance, límites y naturaleza de las modificaciones, las circunstancias, necesariamente objetivas, en que pueda llevarse a cabo, y el procedimiento a seguir.

3.3.- EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS Y CONTINUIDAD

La vigente LCSP ha introducido dos previsiones novedosas, inexistentes en la anterior legislación y que, especialmente una de ellas, plantean un cierto riesgo desde la perspectiva de la integridad: se trata, por una parte, del último párrafo del art. 29.4 y, por otra, del último inciso del art. 288 a), ambos preceptos relativos a la continuidad de los contratos de tracto sucesivo.

El art. 29.4 de la LCSP, relativo a los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva, prevé, en su último párrafo, la continuidad de tales contratos más allá del vencimiento de su término, en los términos siguientes:

> *«… cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.»*

Esta regulación de la continuidad de tales contratos queda, como puede verse, razonablemente acodada y delimitada. Sin embargo, cuando se trata de concesiones de servicios públicos, el último inciso del art. 288 a) prevé simplemente que: «En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato.».

Evidentemente un servicio público —y especialmente aquellos de prestación obligatoria por parte de los entes locales— debe prestarse con continuidad a los usuarios, lo que justifica el carácter incondicionado e ilimitado de la citada previsión del art. 288 a) de la LCSP.

Sin embargo, lo cierto es que una irregularidad tristemente habitual —que, cuando no es fruto de la falta de planificación y ha sido deliberadamente buscada o mantenida, puede constituir una clara quiebra de la integridad—, es la perpetuación, por plazos que exceden con creces lo razonablemente admisible, de esta situación de continuidad de concesiones de servicios. Obviamente, también lo es la indebida aplicación de la continuidad en los contratos de servicios de trato sucesivo fuera de las específicas circunstancias previstas en el art. 29.4 de la LCSP.

Así pues:

- La continuidad de los contratos más allá del vencimiento de su plazo de duración, en la medida en que, obviando una licitación, supone una quiebra de los principios de publicidad, igualdad y concurrencia, debe aplicarse restrictivamente y exclusivamente en las circunstancias para las que se prevé tal previsión.
- Consecuentemente, ni cabe aplicar la continuidad de los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva más allá de los específicos y concretos términos en que está prevista en el art. 29.4 de la LCSP, ni cabe, al amparo de la previsión del art. 288 a) de la LCSP perpetuar la situación de continuidad de las concesiones de servicios más allá de los estrictamente razonable y necesario para perfeccionar la nueva licitación de la concesión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS COMPLEMENTARIAS

- José Manuel Martínez Fernández: *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación* (El Consultor, ed. Wolters Kluwer, 2016)
- OCDE *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre integridad pública*, de 2017, accesible, en enero 2019, en español, en la dirección: goo.gl/wDv24s; *Enhancing Integrity in Public Procurement: A Checklist*, de 2008, accesible, en enero 2019, en inglés o en francés, en la dirección: goo.gl/zd4SA8.
- *SIGMA Public Procurement Briefs*, accesibles, en enero 2019, en la dirección: goo.gl/3d7vBK.
- Comisión Europea *Guía práctica de contratación pública para profesionales*, edición de febrero 2018, accesible, en enero 2019, en la dirección: goo.gl/CvSMKG.
- Oficina Antifraude de Cataluña- proyecto *Riesgos para la integridad en la contratación pública, enero 2019, en la dirección: goo.gl/mmWhj2*.
  La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña, accesible, español, en enero 2019 en la dirección: goo.gl/KNhdmh.

Capítulo II

POSIBILIDADES DE COMPLIANCE EN LA MEJORA DE LOS SISTEMAS DE CONTROL

1.- INTRODUCCIÓN: TÉCNICAS DE COMPLIANCE EN EL SECTOR PÚBLICO

En los últimos años se ha extendido en el sector público el interés por la posible aplicación de las técnicas de Compliance en el sector público, término con el que hace referencia a las políticas de cumplimiento normativo, y según la definición que hace el Comité de Basilea puede identificarse con:

> *"una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones, es decir, el riesgo de recibir sanciones por incumplimientos legales o regulatorios sufrir pérdidas financieras o pérdidas de reputación por fallas de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas (juntos "leyes, reglas y estándares")".*

El objetivo de estas políticas contempla establecer pautas de actuación en determinadas materias, detectar y gestionar los riesgos de incumplimiento de las obligaciones regulatorias, a efectos de mitigar los riesgos de sanciones y las pérdidas que deriven de tales incumplimientos, y su llegada a España se produce a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), y posterior de 2015, introduciéndose

con fuerza en el sector empresarial, principal destinatario de esta nueva normativa. Pero la naturaleza, objeto y metodología del compliance se extiende más allá del puro cumplimiento normativo para introducir aspectos éticos en la gestión, individualizados para cada empresa, y, desde esta óptica aporta a esta técnica un cierto paralelismo con las políticas de integridad institucional aplicables a las Administraciones Públicas.

Esta técnica, que se regula en el artículo 31 bis CP, no resulta de aplicación a las entidades locales, pues el CP excluye expresamente tanto a las administraciones públicas territoriales, como a aquellas personas jurídicas que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. No obstante, el artículo 31 quinquies CP sí contempla su aplicación a las sociedades mercantiles locales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, si bien en este caso se trata de una responsabilidad penal atenuada, en tanto en cuanto se recoge una limitación de las penas a imponer.

Sin perjuicio de las posibilidades que la importación de estas políticas al ámbito del sector público y a los diferentes ámbitos materiales de gestión, su entrada en el ámbito de la contratación pública se ha producido de la mano de las Directivas comunitarias en materia de contratación, en particular, en el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la transposición que de esta regulación se ha llevado a cabo en la LCSP.

Pero más allá de la regulación de las técnicas de self-cleaning, que afectan directamente a los licitadores en su relación con las entidades locales, y la aplicación de determinadas prohibiciones de contratar, la LCSP ha obligado al conjunto de las Administraciones Públicas en general y a las entidades locales en particular, a tomar múltiples decisiones y a efectuar numerosos cambios en la organización y procedimientos de contratación, entre ellas el establecimiento de un sistema que permita garantizar el principio de integridad en la contratación pública, pero con una regulación tan abierta en cuanto a su ejecución conforme a lo establecido en el artículo 64 LCSP relativo a la *"Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses"*, pues se presenta como una norma de resultado, que posibilita actuaciones muy asimétricas ante las posibles irregularidades que se pueden presentar.

Por ello, para abordar las posibilidades de las técnicas de Compliance en la mejora del control de la contratación pública local el presente análisis se realizará desde un doble enfoque. Por un lado, desde la dimensión ad extra, que afecta directamente a licitadores y adjudicatarios, y en cuanto a éstos, también en una dimensión dual, en relación con las prohibiciones de contratar y con las condiciones especiales de ejecución del contrato. Por otro lado, desde la dimensión ad intra, que afectaría a las entidades locales, como sujetos que, en el marco del desarrollo de las políticas de integridad y control de la contratación que diseña el nuevo modelo, puedan aprobar programas de cumplimiento normativo en materia de contratación.

2.- LA DIMENSIÓN AD EXTRA DEL COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como decíamos, la utilización de los programas de compliance por los licitadores es una nueva vía que se abre en la LCSP, pero para su operatividad, no servirá cualquier medida, cualquier programa de cumplimiento, pues en ese caso estaríamos ante un escenario de impunidad frente a los mecanismos de garantía previstos en la normativa. Para que pueda surtir efectos, el órgano competente deberá examinar el programa de cumplimiento normativo y la idoneidad de las medidas contempladas en el mismo para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y garantizar la integridad en la ejecución del contrato por el licitador, distinguiéndose de este modo de sus homólogos de compliance penal para la gestión de riesgos en la comisión de delitos.

2.1.- PROHIBICIONES DE CONTRATAR

El nuevo marco interno de contratación apuesta por un modelo preventivo cumpliendo el mandato de las Directivas comunitarias que transpone, y entre las novedades destacadas puede señalarse la incorporación de las conocidas como medidas de redención o de autocorrección (self-cleaning). Aparecen así, por primera vez, en el ordenamiento jurídico español, las políticas de compliance vinculadas de un modo directo a la contratación pública, en particular a la aplicación de las prohibiciones de contratar, reguladas en el artículo 71 LCSP.

Las prohibiciones de contratar se configuran como un conjunto de circunstancias de naturaleza heterogénea que impiden la celebración de contratos con el sector público porque en las mismas subyacen o se albergan dudas sobre la honorabilidad del contratista, o conflictos de interés que aconsejan limitar la contratación con los sujetos en quien concurre con el objeto de garantizar la objetividad y la imparcialidad en la contratación pública. Las causas que pueden dar lugar a la imposición de una prohibición de contratar en la LCSP son de diferente naturaleza, conectadas tanto con incumplimientos y condenas de carácter penal, como con infracciones y sanciones aplicadas en vía administrativa.

Para conocer su naturaleza es preciso recordar que, tal y como ha dicho el Tribunal Supremo en las sentencias de 31 de mayo de 2007 recurso 9762/2004, de 1 de junio de 2007 (recurso 11052/2004), y en las que allí se citan, no nos encontramos ante el ejercicio de potestades sancionadoras por parte de la Administración, cuando establecen expresamente, que la prohibición de contratar no tiene carácter sancionador, aunque al tratarse de un acto limitativo de derechos, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo, deben aplicarse a estas prohibiciones ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador.

A los efectos que aquí nos interesan, podemos destacar, entre otras, el establecimiento de las siguientes prohibiciones:

- Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.
- De especial interés, por cuanto se recoge la responsabilidad penal articulada en el CP de las personas jurídicas, establece este apartado que la prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado.
- Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto.
- Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de

julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

- No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.

El Considerando 102 de la Directiva establece que deben contemplarse la *"posibilidad de que los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltas que hayan cometido y a prevenir eficazmente que vuelvan a producirse conductas ilícitas"* si bien se debe dejar a los Estados miembros que determinen las condiciones exactas de fondo y de procedimiento aplicables en dichos, decidiendo, en particular, si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado. Esta regulación se lleva a cabo en el artículo 71 LCSP citado, cuya regulación ha de completarse con lo establecido en los artículos 72, que recoge las prescripciones para la apreciación de la prohibición de contratar, competencia y procedimiento, y artículo 73, relativo a la efectos de la declaración de prohibición de contratar, ambos de la LCSP.

Tal y como se ha expuesto, la imposición de una prohibición de contratar a un licitador limita completamente las posibilidades de actuación en el ámbito de la gestión pública, pero la novedad de la LCSP radica en la articulación de una técnica que permita salvar dicho obstáculo, levantando la prohibición de contratar, y esta técnica es el compliance. Para que resulte operativo dicho mecanismo, el artículo 72.5 LCSP, establece que en el trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incursa en la causa de prohibición deberá acreditar:

- el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución,
- y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.

Y, además, la prohibición de contratar así declarada, podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, siempre que la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos señalados. En cualquier caso, el órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar. Con el matiz de que este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a). Esta posibilidad trae causa de lo establecido en el artículo 57.6 de la Directiva, respecto al cual la LCSP ha dejado amplio margen de apreciación y discrecionalidad al órgano competente para declarar la prohibición de contratar, produciendo, en consecuencia, una inseguridad jurídica en este ámbito respecto a la validez o no del programa de cumplimiento.

El art. 57.6 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE señala que:

> *«6. Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido*

del procedimiento de contratación.

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva».

2.2.- EXIGENCIA DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE A LICITADORES Y ADJUDICATARIOS

La segunda derivada de la aplicación de las técnicas de Compliance en la contratación pública, desde el punto de vista del ámbito externo, se produce en relación con la posibilidad de imponer condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter ético prevista en el artículo 202 LCSP, al lado de otras condiciones de carácter social, medioambiental, de innovación u otro orden, con la precisión de que todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo.

Por esta vía sería posible exigir a los licitadores, a través del respectivo expediente de contratación, el compromiso de contar con un programa de cumplimiento normativo, con la limitación de que esta condición especial de ejecución, con los siguientes requisitos:

- Que esté vinculada al objeto del contrato, en el sentido expresado en el artículo 145 LCSP
- Que no sean directa o indirectamente discriminatorias,
- Que sean compatibles con el derecho comunitario y
- que se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado 2 del citado precepto.

El carácter vinculante de estos programas de cumplimiento normativo, como condiciones especiales de ejecución, podrá establecerse a través de los pliegos que rijan el respectivo contrato, que permiten la imposición de penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192 LCSP, para el caso de incumplimiento de las mismas, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71. Recordemos que aquellas administraciones públicas que cuentan con códigos éticos aprobados suelen exigir el compromiso de los contratistas de su asunción, en este caso, sería una modalidad de esta línea de acción de buen gobierno e integridad institucional.

Esta posibilidad se ha abierto paso ya en la normativa autonómica, y como modelo puede seguirse el ejemplo de la Comunidad Autónoma de Aragón, en cuya Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público introducía los Protocolos de legalidad para los licitadores, en

la nueva redacción dada al artículo 25 por la Ley 5/2015, de Integridad y Ética Públicas, bajo pena de exclusión de la licitación, los órganos de contratación podrán obligar a los licitadores a incluir junto con sus ofertas:

- Compromiso de suscripción de un protocolo de legalidad con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia. Los órganos de contratación determinarán el contenido de las cláusulas incluidas en los protocolos de legalidad, respetando los principios de igualdad de trato, transparencia y proporcionalidad.
- Compromiso de sujeción a la monitorización del procedimiento de contratación en todas sus fases por la Agencia de Integridad y Ética Públicas.

3.- LA DIMENSIÓN INTERNA: LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN LAS ENTIDADES LOCALES

A título ejemplificativo e ilustrativo de las posibilidades que ofrece el diseño y aprobación de un programa de cumplimiento normativo por la respectiva entidad local, se exponen, a continuación, una serie de elementos importados de las técnicas de compliance en la contratación pública local, .

3.1.- MAPA DE RIESGOS ÁREAS SENSIBLES

Podemos decir que un mapa de riesgos se configura como una herramienta de prevención de irregularidades que permite detectar las posibles debilidades y amenazas para el correcto cumplimiento normativo en la gestión pública, sobre la base de la información disponible. Se trata de una técnica muy extendida en el sector privado pero con la que la administración pública no está todavía muy familiarizada. En materia de contratación y a efectos de elaborar el mapa de riesgos que nos permitiría utilizar la técnica de las banderas rojas (red flags) podemos identificar las siguientes fases en las que estructurar el procedimiento de contratación:

1.- PREPARACIÓN DEL CONTRATO
Opacidad en las necesidades a satisfacer
Cláusulas anti concurrencia
Falta de información
2.- LICITACIÓN
Un solo licitador
Bajas temerarias
Subcontratación reiterada con otras empresas licitadoras no adjudicatarias

Ofertas enviadas desde una misma dirección
Ofertas presentadas por el mismo sujeto
3.- EJECUCIÓN DEL CONTRATO
Modificaciones del contrato
Insuficiencia en el ejercicio de las funciones de supervisión y control
Suspensiones de ejecución

Sin perjuicio de otros indicadores de riesgo que pueden señalarse, como el excesivo recurso a la contratación menor, por la inexigibilidad legal de publicidad y concurrencia que limita la competencia y minora las eficiencias en la gestión.

3.2.- PROTOCOLOS O PROCEDIMIENTOS PARA LA ADOPCIÓN DE DECISIONES O SU EJECUCIÓN

Aunque esta materia se encuentra regulada por la LCSP, así como, en algunos casos, por la normativa autonómica, la idiosincrasia del mundo local, y su dimensionamiento aconseja adoptar protocolos de actuación que, ante esos riesgos, permitan una reacción objetiva y reglada, como sucede, por ejemplo, ante la eventual existencia de un conflicto de intereses, escenario para el que la normativa no prevé procedimiento asociado alguno. Sin duda, el ámbito de la prevención constituye una materia en la que estos protocolos pueden permitir actuar sin necesidad de que se lleguen a producir las irregularidades.

3.3.- OBLIGACIÓN DE INFORMAR DE POSIBLES RIESGOS E INCUMPLIMIENTOS

El artículo 64.2 LCSP impone a todas aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés la obligación de ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación. Esta obligación legal de denuncia se circunscribe únicamente a la posible existencia de un conflicto de interés, pudiendo, a través del programa de compliance, ampliarse su ámbito objetivo, para denunciar cualquier vulneración de la integridad en la contratación, y diseñar asimismo el respectivo canal de denuncia, con las formalidades procedimentales y el estatuto del denunciante que permitan completar el diseño de un sistema claramente incompleto, desde el punto de vista regulatorio.

3.4.- ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DISCIPLINARIO FRENTE AL INCUMPLIMIENTO

Los incumplimientos en materia de integridad pueden ser de muy distinta naturaleza y afectar a sujetos de distinta condición, electos locales, empleados públicos y licitadores, o personal a su servicio. A través del programa podrán concretarse las distintas vías a utilizar en cada caso, con la particularidad de que, en relación a los licitadores, se puede recoger un sistema de penalidades específico frente a los incumplimientos vinculados a la integridad.

3.5.- VERIFICACIÓN PERIÓDICA DEL MODELO Y SU EVENTUAL MODIFICACIÓN

Lo que no se mide no puede mejorar. Considerando la intensa actividad contractual de las entidades locales, la implantación de un modelo de control basado en las técnicas de cumplimiento normativo exige ser acompañado de la evaluación y seguimiento del mismo, a través de un sistema de indicadores previamente aprobado, para reajustar, en su caso, las eventuales desviaciones.

4.- OPORTUNIDADES DE MEJORA

Como veíamos, las oportunidades de mejora que en la contratación pública local ofrecen las técnicas de compliance contemplan múltiples dimensiones, internas y externas, con una clara proyección en la integridad institucional. La exigencia del programa de cumplimiento como una obligación legal para poder contratar con la Administración de tal manera que las empresas que no cuenten con el mismo se vean impedidas en la contratación se trata de una tendencia que se está consolidando en el ámbito internacional, como, por ejemplo, en EEUU, desde 2008 la contratación con la administración exige, en determinados casos, que la respectiva empresa cuente con un programa de cumplimiento normativo para prevenir la corrupción o Perú y Argentina.

Pero también debe valorarse la adopción interna por las propias entidades locales de programas de compliance vinculadas a la contratación pública. Esa es precisamente una de las tendencias en las que se está trabajando en el sector público y que cada vez cobra más fuerza, pues las nuevas obligaciones de los órganos de contratación de las Entidades locales, les exigen adoptar una posición activa respecto a las medidas de lucha contra el fraude y la corrupción, pero también que actúen en la línea preventiva, y para ello los planes de prevención de delitos de que dispongan los contratistas se presentan como una medida que se podría exigir como un compromiso de los licitadores. Compromiso que puede establecerse en la participación de la licitación, pero también como una obligación para el adjudicatario, imponiéndose como una condición especial de ejecución, en los términos establecidos en el artículo 202 LCSP.

De este modo puede decirse que la nueva regulación en materia de contratación pública de la LCSP abre nuevas posibilidades para que las entidades locales incorporen las técnicas de Compliance en la mejora de los estándares de integridad en la contratación pública, a modo de programas anticorrupción que sitúan en un marco elevado de gobernanza a la contratación pública, para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 64 LCSP, constituye, en definitiva, un elemento de refuerzo en el nuevo marco de gobernanza de la contratación pública local.

Capítulo III

LA FISCALIZACIÓN DEL CONTRATO: EL CONTROL INTERNO EN LA NORMATIVA LOCAL

1.- INTRODUCCIÓN

La idea de control ha estado siempre ligada a la actuación de la Administración Pública debido a su condición de gestora de los intereses y recursos que pertenecen a los ciudadanos; siendo aquél que tiene por objeto verificar el cumplimiento de la legalidad, la forma de control tradicional de los ordenamientos jurídicos basados en el principio del sometimiento de toda la actividad de la Administración al ordenamiento jurídico. Además, el control tendrá la condición de interno cuando es ejercido a través de órganos del sujeto controlado.

En este sentido, con la aprobación y posterior entrada en vigor del RCI se sistematiza de forma exhaustiva el régimen jurídico aplicable al control interno de las Entidades Locales previsto inicialmente en el TRLRHL, con el triple objetivo de asegurar la gestión regular de los fondos públicos, el empleo eficiente de los mismos y la sostenibilidad financiera de aquéllas y, todo ello, a través de las dos modalidades en que se estructura dicho control, la función interventora y el control financiero; configurándose éste último en dos regímenes de ejercicio diferenciados: el control permanente y la auditoría pública, incluyéndose en ambos, el control de eficacia.

2.- FUNCIÓN INTERVENTORA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES

2.1.- DEFINICIÓN DE LA FUNCIÓN INTERVENTORA

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 214.1 del TRLRHL, la función interventora en el ámbito de las Entidades Locales puede definirse como *"el instrumento o forma mediante el que, en cualquiera de sus modalidades y manifestaciones, se realiza por la Intervención de la Entidad Local y de forma escrita, el ejercicio del control de legalidad sobre la propuesta de un acto con contenido económico con anterioridad a su aprobación por la autoridad competente, con la finalidad de asegurar su adecuación al ordenamiento jurídico, pudiendo comportar en determinados supuestos, la suspensión en la tramitación de dicha propuesta"*.

"La función interventora tendrá por objeto fiscalizar todos los actos de las entidades locales y de sus organismos autónomos que den lugar al reconocimiento y liquidación de derechos y obligaciones o gastos de contenido económico, los ingresos y pagos que de aquéllos se deriven, y la recaudación, inversión y

aplicación, en general, de los caudales públicos administrados, con el fin de que la gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso."

2.2.- CARACTERÍSTICAS

Se trata de una función que tiene las siguientes características:

a) Es de carácter interno, puesto que se realiza por un órgano integrado dentro del ente controlado: la Intervención de la Entidad Local;

b) Tiene por único objeto el control de la legalidad desde un punto de vista de generalidad o universalidad, correspondiendo la valoración de otros aspectos de la actividad económica (como pueden ser su eficacia, o su oportunidad) a otro tipo de controles (control financiero y de eficacia);

c) De carácter administrativo, puesto que se realiza dentro del procedimiento de ejecución de la actividad económico-financiera de la Entidad;

d) De carácter omnicomprensivo, en el sentido de que quedan sujetos a la misma todos los actos de contenido económico –tanto de ingresos como de gastos como de movimientos de fondos- de las Entidades del Sector Público Local sujetas a la misma;

e) De carácter preceptivo -y, por tanto, obligatoria en su ejercicio-, puesto que su omisión en el procedimiento de gasto comporta no tan solo la suspensión del mismo, sino la consideración de dicha actuación como falta muy grave a efectos de la LTBG;

f) De carácter previo o preventivo, puesto que debe ejercerse con anterioridad a que se dicte el acto o acuerdo sobre el que se ejerce;

g) Que puede comportar la suspensión del acto en los supuestos del artículo 216.2 del TRLRHL;

h) Que se emite por escrito;

i) De carácter gradual, puesto que se extiende todas las fases del procedimiento de gestión de los ingresos, de los gastos o de las operaciones no presupuestarias;

j) Que se ejerce con autonomía e independencia del órgano controlado;

k) De carácter directo, por cuanto se practica sobre los actos, tal como se reflejan en los expedientes originales y no a través de su reflejo en la contabilidad;

l) Que responsabiliza a su autor frente a la Hacienda Pública salvo que haya salvado su responsabilidad mediante la emisión del oportuno reparo fiscal;

m) Que no puede verificar criterios de oportunidad;

n) En la que prima el principio de legalidad sobre el de economía.

2.3.- EL ALCANCE DE LA VERIFICACIÓN A REALIZAR EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN INTERVENTORA

Una de las cuestiones tradicionalmente planteadas en relación a la función interventora, es determinar si la verificación que debe efectuarse en el ejercicio de esta modalidad de control es únicamente la adecuación del acto o acuerdo que pretende dictarse a la denominada *"legalidad presupuestaria"* (entendiendo como tal al conjunto de las normas relativas exclusivamente a la disciplina presupuestaria); o bien debe verificar su adecuación a toda la legalidad que sea aplicable a un supuesto planteado, esto es, la denominada "*legalidad administrativa*".

A tal efecto, debe señalarse que la IGAE ha reiterado en diversas ocasiones que en el ejercicio de la función interventora debe comprobarse la adecuación del acto que pretende adoptarse a la totalidad de la normativa que le resulte aplicable, en función del contenido y naturaleza del mismo, y no únicamente su adecuación a las normas presupuestarias. El motivo de tal afirmación es el hecho de que la existencia de crédito adecuado y suficiente es el amparo legal necesario para la realización de un gasto, pero no para el surgimiento de una obligación con cargo a la Hacienda Pública, que requerirá de la existencia de una ley, un negocio jurídico o actos o hechos que según derecho, generen esta obligación.

Consecuentemente, si bien el ejercicio de la función interventora se limita a la actividad financiera de la Administración Pública, sobre ésta inciden una serie de normas que se encuadran en distintos sectores del ordenamiento jurídico –por ejemplo, la normativa de contratación-, que van más allá del ámbito estrictamente financiero, de tal forma que en el ejercicio de la función interventora confluye la verificación del cumplimiento de cualquier disposición legal (*"legalidad administrativa"*) en la medida en que incida sobre la vertiente financiera (*"legalidad presupuestaria"*), de tal manera que las primeras también quedan comprendidas dentro del objeto de control.

Así pues, en todas aquellas actuaciones con contenido económico para las entidades sujetas al ejercicio de la función interventora, este control alcanzará todos los aspectos de legalidad puestos de manifiesto en el expediente de contratación, como por ejemplo, la verificación antes de la adjudicación de un contrato de obras de la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto (artículo 231 LCSP., y no sólo aquellas exigencias impuestas por las normas presupuestarias, por ejemplo, la verificación de la existencia de crédito suficiente y adecuado a la naturaleza del gasto u obligación que se pretenda contraer (artículo 219 TRLRHL).

2.4.- EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN INTERVENTORA

2.4.1.- EL ÁMBITO SUBJETIVO: EL SECTOR PÚBLICO LOCAL DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO:

Según el artículo 214.1 del TRLRHL la función interventora se ejercerá únicamente respecto de los actos de las Entidades Locales y de sus Organismos Autónomos, es decir el denominado sector público local de carácter administrativo.

A tal efecto, debe señalarse que el artículo 3 del RCI puntualiza dos aspectos:

a) El alcance de la función interventora a totalidad de los organismos autónomos dependientes de la Entidad Local, la dicción del artículo 3.2 del RCI es clara y no deja lugar a dudas: *"organismos autónomos, cualquiera que sea su calificación"*.

b) En los supuestos en que así lo determine la normativa aplicable, se realizará la función interventora en los consorcios, cuando el régimen de control de la Administración pública a la que estén adscritos lo establezca.

2.4.2.- EL ÁMBITO OBJETIVO

La función interventora tiene un carácter omnicomprensivo y universal y, por lo tanto, quedan sujetos a la misma todos los actos de contenido económico de las entidades incluidas dentro de su ámbito subjetivo; debiéndose verificar durante su ejercicio el cumplimiento todas las normas o disposiciones que son de aplicación a cada procedimiento.

No obstante, tal y como se verá más adelante, ante las dificultades que ha planteado la realización de este modelo de control por la amplitud de su alcance, el legislador ha ido adoptado de forma progresiva una serie de medidas destinadas a:

a) Establecer una serie de gastos que se encuentran exentos de sometiendo a la función interventora en su manifestación de fiscalización previa;

b) Posibilitar la sustitución de la función interventora en materia de derechos e ingresos, por su toma de razón en contabilidad y posterior control financiero;

c) Reducir el objeto del control preventivo, posibilitando el establecimiento de un régimen de fiscalización e intervención limitada previa de requisitos básicos.

2.5.- MANIFESTACIONES Y MODALIDADES EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN INTERVENTORA EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN

Dado el carácter omnicomprensivo de la función interventora, ello comporta que deba manifestarse en todas y cada una de las distintas fases de ejecución de los ingresos, gastos y movimientos de fondos y valores; debiendo adoptar un contenido y manifestación diferente en función de la fase concreta en la que el procedimiento se encuentre.

De esta manera, aparecen las dos manifestaciones de la función interventora: la fiscalización previa por un lado, y la intervención previa por otro, que tienen lugar en función de la correspondiente fase del procedimiento en las que se encuentre un expediente de contratación.

De este modo, hablaremos de *"fiscalización previa"* cuando la función interventora se materialice en relación con aquellos actos que supongan la autorización o aprobación de un gasto (por ejemplo, la aprobación del expediente de contratación), o su disposición o compromiso (por ejemplo, la adjudicación de un contrato).

Por contra, hablaremos de *"intervención previa"* en los casos en que la función interventora se materializa en relación con aquellos actos que supongan la liquidación del gasto o reconocimiento de la obligación e intervención de la comprobación material de la inversión (por ejemplo, la aprobación de una certificación de obra), la ordenación del pago y, finalmente, su pago material.

Una vez detalladas las manifestaciones de la función interventora, el artículo 7.2 del RCI señala las dos modalidades de ejercicio de la misma, a saber:

a) La formal, consistente en la verificación del cumplimiento de las requisitos legales necesarios para la adopción de un acuerdo mediante el examen de todos las documentos incorporados al expediente de contratación;

b) La material, cuyo objeto es la comprobación de la real y efectiva aplicación de las fondos públicos.

Así las cosas, la *"fiscalización previa en materia de gastos"* es una manifestación de la función interventora que tiene por objeto el examen de todo acto, documento o expediente del que se derive la autorización o compromiso de un gasto, con el objeto de determinar que su contenido y tramitación se han ajustado a las disposiciones legales que le son de aplicación (modalidad formal).

Por su parte, la intervención previa comprende dos órdenes de actuación encuadrables dentro de la intervención formal o documental (la intervención de la liquidación del gasto o intervención del reconocimiento de la obligación), y de la intervención material (intervención de la comprobación material de la inversión); situándose en el momento inmediatamente anterior al reconocimiento de la obligación, pero posterior a la fiscalización previa del gasto.

2.6.- EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN INTERVENTORA EN EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN:

2.6.1.- PROCEDIMIENTO: MOMENTO Y PLAZO

El artículo 10 del RCI contiene las normas procedimentales de aplicación a todas las modalidades de ejercicio de la función interventora, y del mismo se desprende lo siguiente:

- El ejercicio de la función interventora tendrá lugar en el plazo de 10 días, o de 5 días en los casos siguientes:
  - Cuando la tramitación del expediente haya sido declarado urgente,
  - Se trate del régimen especial de fiscalización o intervención de requisitos básicos.
- En ambos casos a contar desde el día siguiente a la recepción por la Intervención del expediente original completo.
- Las normas de desarrollo y adaptaciones normativas (ad ex bases de ejecución, reglamentos de fiscalización, guías de procedimientos, etc.) que puedan aprobar las Entidades Locales no podrán reducir dichos plazos.
- La Intervención local podrá suspender el citado plazo de ejercicio de la función interventora, dando cuenta de tal circunstancia al órgano gestor, cuando hago uso de la facultad de solicitar informes a asesoramientos jurídicos a técnicos previstos en el artículo 6.4 del RCI, hasta el momento en que se reciban las citados informes a dictámenes.

No obstante lo anterior, en el supuesto de expedientes derivados de la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras, el artículo 234.4 de la LCSP contiene una regla especial, al disponer que no procederá la fiscalización del gasto hasta que se conozca el importe y las condiciones del contrato, de acuerdo con la proposición que haya sido seleccionada.

2.6.2.- EL RESULTADO DEL CONTROL DE LEGALIDAD Y SU INCIDENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN: LA CONFORMIDAD Y EL REPARO

El examen realizado por Intervención de la Entidad Local da como un resultado la emisión de un juicio de valor mediante el cual el citado órgano manifiesta su conformidad o disconformidad sobre la observancia de la legalidad en el respectivo expediente.

En los supuestos de mostrar su conformidad con la propuesta formulada, esta manifestación se materializará mediante una diligencia –del estilo *"intervenido y conforme"*- que si bien debe ser firmada no debe motivarse, continuando el expediente su tramitación ordinaria.

Por el contrario, en los supuestos de manifestar la Intervención su disconformidad, este juicio de valor se materializará a través de la formulación del llamado *"reparo u objeción fiscal", que puede definirse como "el desacuerdo manifestado formalmente por la Intervención en ejercicio de la función interventora respecto del contenido de los actos examinados o con el procedimiento seguido para su adopción"*.

En cuanto a sus características, el reparo es una actuación:

a) Que únicamente se produce en el caso de la función interventora;

b) Que se formaliza siempre por escrito;

c) En la que el Interventor debe citar expresamente los preceptos legales en los que base su criterio y debe comprender todas las objeciones observadas en el expediente;

d) En la que se pone de manifiesto una interpretación del principio de legalidad diferente de la mantenida por el órgano instructor del expediente;

e) Que exime al interventor de las responsabilidades que puedan derivarse de la realización de actos contrarios a las previsiones en materia de autorización de gastos o reconocimiento, liquidación y pago de obligaciones.

En cuanto al efecto de los reparos, a diferencia de lo que ocurre en la Administración del Estado, en el caso de las Entidades Locales –salvo en el caso de que se haya adoptado el acuerdo de fiscalización previa limitada- se continua manteniendo, en función de los efectos que produce el reparo, la tradicional diferencia entre los reparos esenciales y no esenciales:

Los reparos esenciales: Son aquellos que vienen motivados por la existencia de los defectos esenciales enumerados en las letras a) a d) del artículo 216.2 del TRLRHL, a saber:

a) Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el propuesto no sea adecuado.

b) Cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago.

c) En los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.

d) Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios.

En estos supuestos de defectos esenciales, una vez se ha formulado el correspondiente reparo por parte de la Intervención se produce la inmediata suspensión en la tramitación del expediente hasta que el mismo sea solventado.

A partir de ese momento, el curso del procedimiento dependerá de la actitud que el órgano instructor adopte ante el reparo formulado: subsanación de los vicios manifestados por el interventor o, por el contrario, mantenimiento de su postura inicial planteando la oportuna discrepancia; si bien en cualquiera de los dos casos, el expediente de gasto se mantendrá durante todo este periodo en suspenso.

Los reparos no esenciales: Son objeto de estos reparos cualquier otro defecto que no tenga la consideración de esencial según lo visto anteriormente, no produciéndose en estos casos el efecto suspensivo de los reparos esenciales.

En estos supuestos, el artículo 14.5 del RCI establece la posibilidad de que la Intervención pueda emitir informe favorable, pero quedando la eficacia del acto condicionada a la subsanación de los defectos con anterioridad a la aprobación del expediente. En este caso el órgano gestor del expediente podrá:

a) Subsanar los defectos no esenciales puestos de manifiesto por la intervención: de darse tal circunstancia, dicho órgano remitirá al Interventor la documentación justificativa de haberse subsanado los defectos.

b) No solventar los condicionamientos indicados por el Interventor para la continuidad del expediente: en este caso se considerará formulado el correspondiente reparo, sin perjuicio de que se pueda iniciar en procedimiento de discrepancias regulado en el artículo 15 del RCI.

2.6.3.- LAS DISCREPANCIAS PLANTEADAS POR EL ÓRGANO GESTOR AL REPARO DE LA INTERVENCIÓN:

Cuando el órgano gestor de un expediente de contratación no acepte el reparo formulado por la Intervención, deberá plantear contra el mismo –en base al principio de contradicción que rige

todo procedimiento de control- una discrepancia, que se resolverá en el propio ámbito de la Entidad Local, a través el procedimiento previsto en el artículo 15 del RCI, en el que se tendrá en cuenta los informes emitidos tanto por la Intervención como por el propio centro gestor.

Así pues, lo que se resuelve en este procedimiento no es el reparo formulado por la Intervención, sino la discrepancia planteada por el órgano gestor contra aquél.

En cuanto al órgano competente para la resolución de las discrepancias, como regla general corresponde al Presidente de la Entidad Local la competencia para su resolución, que es definitiva, ejecutiva y no delegable en ningún caso (artículos 15.2 y 3 del RCI).

No obstante, corresponde al Pleno de la Entidad Local la resolución de las discrepancias cuando los reparos formulados por la Intervención:

a) Se basen en insuficiencia o inadecuación de crédito.

b) Se refieran a obligaciones o gastos cuya aprobación sea de su competencia.

En cuanto al procedimiento y plazos para formular y resolver la discrepancia, debe recordarse que en el plazo de 15 días desde la recepción del reparo, el órgano gestor planteará las discrepancias se plantearán al Presidente o al Pleno de la Corporación Local, según corresponda, y, en su caso, a través de los Presidentes o máximos responsables de los organismos autónomos locales, y organismos públicos en los que se realice la función interventora, para su inclusión obligatoria, y en un punto independiente, en el orden del día de la correspondiente sesión plenaria.

La discrepancia del centro gestor deberá ser:

a) Motivada;

b) Formulada por escrito;

c) Y, además, deberá citar los preceptos legales en los que sustente su criterio.

Por su parte, en la resolución de las discrepancias, que deberá recaer en el plazo de 15 días, se tendrán en cuenta por el órgano competente los informes emitidos por el órgano gestor y por la Intervención, dejándose constancia en aquélla de la adecuación al criterio fijado o, en su caso, a la motivación para la no aplicación de los criterios establecidos por el órgano de control.

El actual redactado del TRLRHL contempla la posibilidad de elevar las discrepancias al órgano de control competente por razón de la materia de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera, caracterizándose este procedimiento por las siguientes notas:

a) Competencia: corresponde al Presidente de la Entidad Local y el Pleno, a través del citado Presidente,

b) Momento: previamente a la resolución de las discrepancias.

c) Procedimiento:

a. El Presidente remitirá propuesta motivada de resolución de la discrepancia, concretando el extremo o extremos acerca de los que solicita valoración, acompañada del expediente completo; debiéndose tramitar la correspondiente comunicación al órgano interventor y demás partes interesadas.

b. El órgano de control competente por razón de la materia de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera, deberá informar sobre las cuestiones planteadas en el plazo de un mes desde la solicitud por parte del Presidente siempre que se cuente con el expediente completo .

c. Si la resolución o acuerdo adoptado por la Entidad Local es contrario al sentido del informe emitido por dicho órgano, se dará cuenta del mismo al Pleno y al Tribunal de Cuentas.

d. Creación de una base de datos de informes: La IGAE gestionará una base de datos sobre los informes emitidos en relación con las propuestas de resolución de discrepancias sometidas a su valoración, con objeto de unificar criterios y realizar el seguimiento de su aplicación.

A la base de datos tendrán acceso los órganos de control interno de las Entidades Locales, que podrán utilizar la información facilitada como elemento de motivación en otros expedientes, así como, para el ejercicio de sus competencias, el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo e interno de las Comunidades Autónomas.

Igualmente, debe tenerse presente que la Intervención de la Entidad Local deberá formular un informe anual de todas las resoluciones y acuerdos adoptados contra los reparos efectuados, diferenciándose de forma clara y concisa el carácter suspensivo o no de los reparos efectuados.

Dichos informes se remitirán:

- Al Pleno de la Entidad Local con ocasión de la dación de cuenta de la liquidación del Presupuesto (artículo 218.1 del TRLRHL):

  El informe contendrá todas:

  a) Las resoluciones adoptadas por el Presidente de la Entidad Local contrarias a los reparos efectuados, o, en su caso, a la opinión del órgano competente de la Administración que ostente la tutela al que se haya solicitado informe;

  b) Un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos.

  Dicho informe atenderá únicamente a aspectos y cometidos propios del ejercicio de la función fiscalizadora, sin incluir cuestiones de oportunidad o conveniencia de las actuaciones que fiscalice. El Presidente de la Corporación podrá presentar en el Pleno informe justificativo de su actuación.

- Al Tribunal de Cuentas de conformidad con lo establecido en el artículo 218.3 del TRLRHL:

  Una vez informado el Pleno de la Entidad Local, con ocasión de la Cuenta General, el órgano interventor remitirá anualmente, al Tribunal de Cuentas y, en su caso, al órgano de control externo autonómico correspondiente:

  a) Todas las resoluciones y acuerdos adoptados por el Presidente de la Entidad Local y por el Pleno de la Corporación contrarios a los reparos formulados, en su caso, a la opinión del órgano competente de la Administración que ostente la tutela al que se haya solicitado informe de conformidad con el apartado 4º de este artículo;

  b) Un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos, debiendo acompañarse a la citada documentación, en su caso, los informes justificativos presentados por la Corporación Local con independencia de la participación de otros órganos de control en virtud del apartado 4 de este artículo.

2.6.4.- LA OMISIÓN DE LA FISCALIZACIÓN

Puede definirse como *"la inexistencia del informe fiscal de la Intervención en un expediente por el que se aprueba un acto con contenido económico, y que se encuentra sujeto a la función interventora"*.

La omisión se produce generalmente en la fase de ejecución del gasto (autorización y compromiso del gasto e intervención de la aprobación de la liquidación del gasto o reconocimiento de la obligación), siendo mucho más difícil que se produzca durante la fase de gestión del pago, puesto que la constancia de su ejercicio se incorpora a propia orden de pago y a los documentos que autorizan la salidas de fondos (cheques y transferencias).

El RCI, al igual que la LGP ni sus disposiciones de desarrollo, no se pronuncia sobre la medida en que la irregularidad que supone la omisión de la fiscalización afecta a la validez del acto adoptado.

Así pues, ante el silencio de la normativa financiera al respecto, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia considera que los efectos de la omisión de la fiscalización tan solo acarreará una mera anulabilidad del acto administrativo, si bien con unas diferencias significativas a consecuencia de los efectos que le atribuye dicha normativa para el caso de su verificación.

La omisión de la función interventora, cuando fuera preceptiva, tiene como efecto más importante la paralización del expediente desde el momento en que tal circunstancia se ponga de manifiesto por la Intervención y hasta que se subsane dicha omisión, suspendiéndose de forma automática la eficacia del acto aprobado en sus aspectos económico-financieros.

Juntamente con dicha suspensión se produce una reserva, de conformidad con el artículo 28.2 del RCI, únicamente a favor del Presidente de la Entidad Local –o del Pleno siempre y cuando la omisión de la fiscalización previa se refiera a las obligaciones o gastos cuya competencia sea de este órgano- para decidir *"si continua el procedimiento o no y demás actuaciones que en su caso, procedan"*.

Además de la elusión del preceptivo control por parte de la Intervención, la omisión de la función interventora puede acarrear otro tipo de consecuencias en relación con el procedimiento en el que se ha elaborado el acto administrativo; de tal manera que, en estos casos, dicho acto suele llevar aparejada la comisión de otro tipo de irregularidades tanto en la vertiente administrativa – por ejemplo, incumplir alguno de los requisitos fijados en la norma de contratación- como financiera –por ejemplo, la falta de crédito adecuado y suficiente para atender el gasto- y que dará lugar, en su caso, a la exigencia de las oportunas responsabilidades a funcionarios y autoridades; y, todo ello, sin perjuicio del retraso en el pago de los gastos con los efectos en el incumplimiento del Periodo Medio de Pago (PMP) y la exigencia de interés de demora que ello puede acarrear.

Pese a gran la importancia que la vigente normativa atribuye a la función interventora, la omisión de la misma no evita ni la posible generación de efectos económicos para con la Hacienda Pública del acto realizado; ni tampoco puede suponer que éste quede permanentemente suspendido y, consecuentemente, es lógico que la normativa establezca el procedimiento que deba seguirse ante tal vicio coral.

Así pues, una vez detectada la omisión por la Intervención debe emitirse por parte de ésta un informe que puede calificarse como *"especial"* puesto que *"no tendrá naturaleza de fiscalización", toda vez que como apostilla el propio RCI se prohíbe "intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca y resuelva dicha omisión en los términos previstos en el presente artículo"*.

Además, el hecho de que no tenga la naturaleza de fiscalización comporta según la IGAE que el mismo no pueda ser objeto de planteamiento de discrepancias por parte del propio órgano gestor, puesto que al no ser un procedimiento contradictorio –circunstancia que si se hubiese producido si el acto se hubiese sujeto en su momento a la función interventora- no se prevé ni en el Reglamento Local ni en el estatal tal posibilidad .

Así pues, el procedimiento de subsanación del vicio procedimental que supone la omisión de la fiscalización se inicia con un informe obligatorio a emitir por parte de la Intervención dirigido a la autoridad que hubiera iniciado el expediente. En este informe, el interventor deberá manifestar su opinión respecto de la propuesta que pueda elevarse al Presidente de la Corporación, con el objeto de que uniendo este informe a las actuaciones, pueda éste decidir si continua el procedimiento o no y demás actuaciones que en su caso, procedan; y, todo ello, sin perjuicio de la exigencia de las responsabilidades a que, en su caso, hubiera lugar (artículo 28.4 RCI). En concreto, el informe del Interventor debe tener un contenido mínimo fijado en el artículo 28.2 del RCI.

En cuanto a la determinación o no de la procedencia acerca de la revisión del acto –situación que únicamente podrá ser apreciada por la Intervención - resultará, en cada caso y a tenor de la dicción literal del citado artículo, de efectuar una comparación entre la cuantía de la indemnización a que

habría de hacer frente la Administración si anulase el acto, y el importe que debería satisfacer la misma en el caso de convalidar el mismo y darle cumplimiento; puesto que si se anulase el acto, en base al principio del enriquecimiento injusto, ampliamente reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Administración sería condenada en los Tribunales a indemnizar, en todo caso, las prestaciones efectivamente realizadas por el tercero.

Por tanto, únicamente procedería oponerse por parte de la Intervención a la convalidación, por razones de economía procesal, en aquellos supuestos en los que la indemnización que previsiblemente habría que satisfacer al tercero por enriquecimiento injusto de la Administración, resultase inferior a la cantidad a pagar al citado tercero en caso de dar cumplimiento al acto objeto de convalidación, conforme se dispone en el inciso final de la letra e) del artículo 28.2 del RCI.

No obstante lo anterior, no puede soslayarse que el Consejo de Estado ha manifestado en diversas ocasiones que cuando concurre una causa de nulidad plena de las previstas en el artículo 39 de la LCSP procede iniciar, obligatoriamente, el procedimiento de revisión de oficio.

Así pues, en el caso de la omisión de la fiscalización pueden darse tres situaciones:

a) En el procedimiento únicamente se omitió la función interventora, con lo que la decisión adoptada pondrá fin al procedimiento.

b) En el procedimiento se cometieron otras irregularidades o infracciones, determinantes igualmente de su anulabilidad: es este caso la decisión de la autoridad competente alcanzaría a la totalidad de las infracciones de que adoleciera el expediente.

c) Las irregularidades cometidas en el procedimiento son determinantes de un vicio de nulidad absoluta: en este caso deberán seguirse el cauce procedimental que corresponda según la normativa de procedimiento administrativo, puesto que en estos casos –supuestos de nulidad de pleno derecho– no puede acudirse a la convalidación de los defectos de que adolezca el expediente por ningún órgano administrativo.

Finalmente, y en relación con las responsabilidades que puede comportar la omisión de la función interventora, aparecen en el ordenamiento jurídico un conjunto de medidas destinadas a exigir de los funcionarios y autoridades las responsabilidades a que, en su caso, hubiera lugar; ya que éstas no quedan eximidas por la adopción del acuerdo de subsanación de la omisión.

A tal efecto, dichas medidas se clasificarían en los siguientes grupos:

- Reparatorias, que tienen por objeto resarcir a la Administración de los daños y perjuicios que le causaron sus funcionarios o sus gestores. Dentro de éstas podrían diferenciarse los siguientes tipos de responsabilidades:

  a) Responsabilidad administrativa patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios ocasionados, de conformidad con apartado primero de la DA 28.a de la LCSP.

  b) Responsabilidad contable, regulada tanto en los artículos 176 a 179 de la LGP y 188 del TRLRHL, como en los artículos 38 a 41 de la LOTCU y en el artículo 49 LFTCU.

- Sancionadoras, dirigidas a castigar determinadas actuaciones y conductas previamente tipificadas. Dentro de éstas podrían diferenciarse los siguientes tipos de responsabilidades:

  a) Responsabilidad penal, derivada de las diversas conductas punibles recogidas en el Código Penal en relación con la actuación de los funcionarios y autoridades.

  b) Responsabilidad disciplinaria, recogida en el Título VII del TRLEBEP, por remisión de los dispuesto en el apartado segundo de la DA 28.a de la LCSP.

Igualmente, debe señalarse que la LTBG en su artículo 28 ha tipificado como infracción en materia de gestión económico-presupuestaria:

- Los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable.
- La omisión del trámite de intervención previa de los gastos, obligaciones o pagos, cuando ésta resulte preceptiva o del procedimiento de resolución de discrepancias frente a los reparos suspensivos de la intervención, regulado en la normativa presupuestaria.

Estas conductas punibles son sancionadas, de conformidad con el artículo 30 de la LTBG, con la declaración del incumplimiento y su publicación en el Boletín Oficial del Estado o diario oficial que corresponda, y con la no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo; y finalmente, se dispone que los sancionados por la comisión de estas infracciones –al ser consideradas como muy graves- serán destituidos del cargo que ocupen salvo que ya hubiesen cesado y no podrán ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años.

3.- SUPUESTOS DE EXENCIÓN DE LA FUNCIÓN INTERVENTORA Y EL RÉGIMEN ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN E INTERVENCIÓN LIMITADA EN LA CONTRATACIÓN

3.1.- LOS SUPUESTOS DE EXENCIÓN DE LA FUNCIÓN INTERVENTORA

El TRLRHL, en su artículo 219.1 –y, en términos similares el artículo 17 del RCI-, establece, por excepción a la regla general del artículo 214, los supuestos exentos de fiscalización previa:

- Gastos de material no inventariable;
- Contratos menores;
- Los gastos de carácter periódico y demás de tracto sucesivo una vez intervenido el gasto correspondiente al período inicial del acto o contrato del que deriven o sus modificaciones(son aquéllos que siendo repetitivos son conocidos por su regularidad, como por ejemplo los arrendamientos);
- Otros gastos menores de 3.005,06 euros que, de acuerdo con la normativa vigente, se hagan efectivos a través del sistema de anticipos de caja fija

A estos supuestos deben añadirse los contratos de acceso a bases de datos y de suscripción a publicaciones que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada; puesto que su no sujeción a fiscalización previa es consecuencia de la establecido en la Disposición Adicional novena de la LCSP, que permite realizar las citados contratos de acuerdo con las normas establecidas en la citada Ley para las contratos menores.

En cuanto al alcance de la exención de la función interventora, el TRLRHL exime a los citados gastos de la fiscalización previa correspondiente en las fases de aprobación y compromiso del gasto, pero no del resto de las modalidades de ejercicio de la función interventora, por la que estos gastos estarán en todo caso, sometidos a la intervención del reconocimiento de las obligaciones y, tratándose de inversiones comprobables, de la comprobación de la inversión; y, también en todo caso, a la intervención formal de la ordenación del pago y a la intervención material del mismo.

3.2.- EL RÉGIMEN ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN E INTERVENCIÓN LIMITADA PREVIA DE REQUISITOS BÁSICOS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN

Frente al citado carácter omnicomprensivo y de generalidad inherente al ejercicio de la función interventora, el legislador ha optado por la existencia de un régimen que somete a control previo sólo ciertos aspectos de la legalidad concernidos en cada actuación administrativa, reduciéndose consecuentemente el objeto del control preventivo, y que pasa a denominarse *"régimen especial de fiscalización e intervención limitada previa de requisitos básicos"*, cuya adopción requiere de su aprobación por parte del Pleno de la Corporación, a propuesta del Presidente y previo informe de la Intervención municipal; si bien se continuará aplicando el régimen general de fiscalización e intervención previa respecto de aquellos tipos de gasto y obligaciones para los que no se haya acordado expresamente el régimen especial de requisitos básicos a efectos de fiscalización e intervención limitada previa, así como para los gastos de cuantía indeterminada.

Dicho régimen se encuentra regulado en los artículos 219.2 del TRLRHL y en el artículo 13 y siguientes del RCI, siendo además de aplicación lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros, vigente en cada momento, con respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos; y, todo ello, sin perjuicio de aquellos otros extremos que, por su trascendencia en el proceso de gestión, se determinen por el Pleno a propuesta del Presidente previo informe del órgano interventor.

Con todo debe recordarse que en los supuestos de fiscalización e intervención limitada previa de requisitos básicos, los reparos que puedan formularse por la Intervención siempre tendrán efectos suspensivos, sin perjuicio de que el órgano interventor pueda formular las observaciones complementarias que considere convenientes, sin que las mismas tengan, en ningún caso, efectos suspensivos en la tramitación de los expedientes, ni proceda contra las mismas el planteamiento de discrepancias por parte del centro gestor.

4.- CONCLUSIONES:

Pese a las críticas tradicionalmente recibidas por haberse construido sobre la desconfianza hacia el gestor, no puede obviarse que el carácter garantista de la función interventora puede y debe aportar indudablemente un valor añadido a las Entidades Locales, que se caracterizan en muchas ocasiones –debido a su tamaño y disponibilidades económicas-, por la falta de medios personales debidamente especializados.

De esta manera, al permitir corregir –antes de que se adopten los actos administrativos- las deficiencias en éstos detectadas, gracias a la función interventora se genera una garantía adicional a la autoridad administrativa que posteriormente debe dictar el acto previamente intervenido, salvaguardándole de realizar un acto del que puedan derivarse futuras responsabilidades.

En este sentido, lo verdaderamente importante debe ser el establecimiento, dentro de cada Entidad Local, de un verdadero modelo de control interno que sea "eficaz", utilizando a tal fin los distintos instrumentos de los que se dispone: función interventora, control financiero y auditoria pública.

Capítulo IV

LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO: ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS

1.- INTRODUCCIÓN

La actividad de control de la administración pública ha adquirido en los últimos años una destacada relevancia pública, pero, sin embargo, existen numerosos y tempranos precedentes históricos que sitúan en las Partidas de Castilla (6, 4.º, III) la introducción de algunos mecanismos de control sobre los administradores en el recién descubierto "Nuevo Mundo", e incluso la aparición de unas primeras organizaciones a las que se atribuye esta misma finalidad en el s. XIV; de hecho, puede situarse la creación oficial de la Cámara de Comptos el Reino de Navarra en 1365, a través de una Ordenanza dictada por el rey Carlos II.

De otra parte, la exigencia de la rendición de cuentas por los poderes públicos tiene también claros precedentes en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo XV señala que *"La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración"*, así como en la previa Declaración de Derechos de Virginia de 1776, donde el concepto de responsabilidad se utiliza en relación a la propia de los gobernantes ante el pueblo al que representan, responsabilidad que exige la dación de cuentas.

Lógicamente, las estructuras y funciones de tales iniciales organizaciones, vinculadas a estas exigencias de rendición de cuentas, no son identificables con las que desarrollan los actuales órganos de control, que encuentran su razón de ser en el marco constitucional de 1978, al que nos referiremos seguidamente.

2.- EL MARCO NORMATIVO DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO

La Constitución Española prevé en su art. 136 que *"El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público. Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado"*. En su articulado no se recoge mención alguna a la creación de órganos de control similares por los distintos niveles territoriales en que se estructura política y jurídicamente el Estado.

En efecto, al mismo tiempo, el texto constitucional establece la estructura territorial del Estado en Comunidades Autónomas, dotándolas de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus

propias competencias. Y al amparo de dicha autonomía financiera reconocida constitucionalmente, ha sido posible que los diferentes Estatutos de Autonomía contemplaran la existencia de órganos propios de fiscalización externa (en adelante, OCEX). Entre los Estatutos de Autonomía de primera generación sólo preveían la existencia de órganos de control externo de ámbito autonómico los de Cataluña (LO 4/79 art. 42), Galicia (LO 1/1981 art.53.2), Navarra (LO 13/1982 art.18 bis), Valencia (LO 5/1982 art. 59) y Madrid (LO 3/1983 art. 44).

De acuerdo con estas previsiones estatutarias se constituyeron los primeros órganos de control externo con diferente organización y estructura: la Cámara de Comptos de Navarra con la Norma sobre el restablecimiento de la Cámara Comptos de 28 de enero de 1980, como órgano unipersonal; y, después, la Sindicatura de Cuentas de Cataluña con su Ley 6/1984, de 5 de marzo; la Sindicatura de Cuentas de Valencia mediante su Ley 6/1985, de 11 de mayo y el Consello de Contas de Galicia a través de su Ley 6/1985, de 24 de junio, todos ellos como órganos colegiados, modelo que luego va a ser el que adopten los restantes OCEX .

En una segunda etapa, y aunque sus Estatutos de Autonomía nada preveían al respecto, se crearon el Tribunal de Cuentas del País Vasco a través de su Ley 1/1988, de 5 de febrero; la Cámara de Cuentas de Andalucía mediante la Ley 1/1988, de 17 de marzo y la Audiencia de Cuentas de Canarias con la Ley 4/1989, de 2 de mayo. Estos OCEX se crearon con fundamento en la competencia exclusiva que los respectivos Estatutos de Autonomía otorgaban a la Comunidad Autónoma para la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno y con la cobertura de lo establecido en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, cuyo artículo 22 disponía que, con independencia del Tribunal de Cuentas, los sistemas e Instituciones de control pueden crearse en función de las previsiones estatutarias o a través de una Ley que los autorice en el territorio comunitario. En la misma línea, la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas también prevé la existencia de órganos de control externo de las Comunidades Autónomas, lo que hacía innecesaria la creación de Secciones Territoriales del Tribunal de Cuentas.

Una tercera etapa se enmarca en las reformas estatutarias de 1999, momento en que se crean la Cámara de Cuentas de Madrid, mediante la Ley 11/1999, de 29 de abril; el Consejo de Cuentas de Castilla León con la Ley 2/2002, de 9 de abril y la Sindicatura de Cuentas de Asturias con la Ley 3/2003, de 24 de marzo.

Cabe reseñar el caso de la Sindicatura de Cuentas de Baleares y de la Cámara de Cuentas de Aragón, dado que, en ambos casos, a pesar de contar con regulación de su marco normativo no se produjo de forma inmediata su puesta en funcionamiento. Así, en el caso de Baleares, se había aprobado la ley de creación de la Sindicatura de Cuentas en 1987 y la reforma de su Estatuto de Autonomía operada por la LO 3/1999 le confiere estatus de órgano estatuario, pero su efectivo funcionamiento no tuvo lugar hasta el año 2003. Lo mismo sucedió con la Cámara de Cuentas de Aragón, que fue creada por la Ley 10/2001, de 18 de junio, como órgano unipersonal y posteriormente dotada de relevancia estatutaria con la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007, sin que echase a andar hasta la promulgación de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, que ya la configura como órgano colegiado.

Hoy, tras la desaparición de la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha mediante la Ley 1/2014, de 24 de abril, cuentan con OCEX las Comunidades Autónomas de Navarra, Cataluña, Valencia, Galicia, País Vasco, Andalucía, Canarias, Madrid, Baleares, Castilla León, Asturias y Aragón. Es de destacar, asimismo, que tras sus sucesivas reformas, todos los Estatutos de Autonomía de estas Comunidades Autónomas que cuentan con OCEX les otorgan relevancia estatutaria, con la única excepción del Estatuto de Autonomía del País Vasco. Asimismo, todos estos OCEX dependen directamente del Parlamento de su respectiva comunidad autónoma.

3.- ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN DE LOS RGANOS DE CONTROL EXTERNOS

A continuación, se realizará un examen comparativo de la estructura y organización de los OCEX. Puede adelantarse que ni los diferentes nombres que han sido elegidos para los OCEX (Tribunal, Cámara, Sindicatura, Audiencia o Consello de Contas) o la forma de organización que les ha sido diseñada guardan relación con una estructura o funciones determinadas.

3.1. LA ORGANIZACIÓN DE LOS OCEX

Cabe comenzar señalando que no pueden señalarse unas características homogéneas en lo que se refiere a la estructura de la que han sido dotados los OCEX autonómicos a través de sus normas reguladoras, lo que necesariamente tiene consecuencias en la dispar forma en que se organizan.

En este sentido, la primera decisión de calado es la relativa a la opción entre órgano unipersonal o colegiado, alternativa que, como hemos señalado, en la práctica no tiene consecuencias en las funciones que le han sido encomendadas a los OCEX. En España, frente al modelo anglosajón (Gran Bretaña, EEUU, Canadá) se ha optado, en la línea continental (Francia, Bélgica, Portugal, entre otros), de forma casi unánime por la creación de órganos colegiados, siendo el caso de Cámara de Comptos de Navarra un supuesto claramente excepcional, al ser configurado como un órgano unipersonal, contando únicamente, pues, con un Presidente.

Así pues, todos los OCEX, excepto el de Navarra, se organizan como órganos colegiados, que actúan a través de un órgano plenario que cuenta con un Presidente y un número variable de consejeros de cuentas, con otras tantas distintas denominaciones –consejeros, síndicos o auditores-. La composición del Pleno oscila entre los tres miembros Valencia, Baleares, Castilla y León, Asturias y Aragón, hasta los siete miembros de Cataluña, País Vasco, Andalucía, Madrid si bien en dos casos el número se sitúa en cinco consejeros en Galicia y Canarias, en este último caso, bajo la denominación de auditores.

Como es lógico, en los casos de composición colegiadas, es necesario crear estructuras organizativas dotadas de funciones específicas a los distintos órganos en que se organicen, así como garantizar competencias de carácter global para aquellos que se sitúen como cúspide de la organización. Nos referiremos seguidamente a los miembros de los órganos plenarios y a su forma de elección y duración en el cargo.

a) Presidentes y vicepresidentes

Todos los OCEX cuentan con un Presidente –también denominado Síndico Mayor o Conselleiro Maior-; además, en varios casos, se prevé la figura del vicepresidente: Andalucía, País Vasco, Madrid y Aragón.

La elección del Presidente recae mayoritariamente en los plenos de los OCEX, siendo seguidamente nombrados por el Presidente de la correspondiente CCAA. Sus funciones aparecen temporalmente limitadas, en períodos que oscilan de un máximo de seis años (Madrid y Aragón), cinco (Canarias), cuatro (Castilla y León) hasta un mínimo de tres (Cataluña, Galicia, País Vasco, Andalucía y Baleares), previéndose la posibilidad de reelección todos los supuestos. En los casos de Navarra, Asturias y Valencia es directamente el Parlamento quien designa al Presidente de sus órganos de control, por un período de tiempo de seis años, excluyendo Valencia la posibilidad de reelección y limitándola Asturias a una sola vez.

b) Consejeros

Los consejeros, al igual que quienes ocupen el cargo de presidente, son elegidos por mayorías cualificadas de los respectivos parlamentos autonómicos, aunque es suficiente la mayoría absoluta en

Navarra, Valencia (en primera vuelta) y País Vasco; la elección se realiza para períodos de seis años, con la excepción de Canarias, cuya normativa señala un plazo de cinco años, y de Castilla y León, que lo limita a cuatro-, contemplando la reelección en la mayoría de los casos, si bien Asturias permite una única vez más.

c) Secretarios Generales.

Las distintas normas reguladoras de los OCEX dotan de la condición de órgano al Secretario General, que, con atribución de distintas funciones, participará en todo caso en las reuniones plenarias. Aragón y Castilla y León en sus últimas modificaciones normativas, han optado por la supresión de la figura del Secretario General, por lo que no cuentan con este órgano dentro de su estructura.

d) Órganos plenarios y otros órganos.

Todos los OCEX de composición colegiada prevén la existencia de un órgano plenario, bajo la denominación de Pleno o Consejo, del que forman parte todos los consejeros, -también llamados síndicos o auditores-, y quien actúe como Secretario general, con la excepción ya señalada de Castilla y León y Aragón, que no cuentan con dicho órgano. Sin duda el Pleno es el órgano central de cualquier OCEX, al corresponderle la toma de decisiones que afectan a las principales funciones de un órgano de control externo, tales como la aprobación de los programas anuales de trabajo y de los trabajos de fiscalización resultantes de dicho plan, el presupuesto o la política de personal de la organización.

Finalmente, debe hacerse mención de que algunos OCEX se han dotado de otras estructuras orgánicas que desarrollan funciones específicas respecto de las generales. Es el caso de la Comisión de Gobierno, prevista en las instituciones catalana, gallega y andaluza, que tiene reservada ciertas funciones que hacen referencia, grosso modo, a cuestiones presupuestarias y de personal, limitadas por su cuantía. Y, dada su naturaleza unipersonal, en la Cámara de Comptos de Navarra cuatro auditores tienen también carácter orgánico, siendo competentes para la "verificación, investigación e inspección de la gestión económica de los fondos públicos de la Comunidad Foral, así como la dirección de los equipos de fiscalización y auditoría que, a tales fines, se constituyan" (art. 3 Reglamento de Organización de la Cámara de Comptos). Es de destacar que el art. 17 de la Ley de la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana también considera órganos a sus auditores.

El Reglamento de Régimen interior del Consello de Contas de Galicia, por su parte, señala como órganos de este OCEX a tres secciones en las que se organiza: Sección de Fiscalización, de Enjuiciamiento y de Prevención de la Corrupción (art. 4.4), conteniendo la descripción de sus funciones los art. 13 y siguientes de su texto reglamentario.

3.2. FUNCIONAMIENTO DE LOS OCEX

En cuanto a la organización de los OCEX, también cabe identificar una pluralidad de alternativas para diseñar su funcionamiento; en aquellos casos en que se han definido soluciones más acabadas, suele atenderse a la distribución material de funciones fiscalizadoras entre los distintos consejeros, al entenderse ésta como la primordial función de cualquier órgano de control externo. Será somera referencia a algunos de los aspectos que consideramos más destacados, sin que sea posible un examen exhaustivo de la forma de organización de cada uno de estas instituciones de control externo.

Llama la atención el hecho de que no todos los OCEX den publicidad a la atribución competencial material en sus departamentos, en el caso de que la misma exista en la práctica; téngase en cuenta que los acuerdos de los órganos plenarios o de los presidentes de estos OCEX no son publicados en ningún boletín oficial, por lo que su conocimiento no siempre es sencillo. Por ello, vamos a tratar de forma separada aquellos en los que se exterioriza de alguna manera esta distribución material de funciones de aquellos otros donde no sucede lo mismo, o incluso no existe tal organización por materias.

En este sentido, en los OCEX de Cataluña, Galicia, País Vasco, Canarias y Baleares se han dictado acuerdos en los que se regula la organización de sus órganos de control; si bien presentan distinto grado de detalle,

en todos los casos tienen proyección externa, al exteriorizar las competencias de cada Departamento o Área en sus respectivos portales web.

El Pleno de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña es el órgano competente para tomar los acuerdos relativos a la organización de la Sindicatura. Tradicionalmente se ha optado por un reparto de funciones en torno a siete departamentos, a los que se adscriben cada uno de los siete consejeros por períodos de tres años. Los departamentos responden al siguiente esquema: Departamentos A a D, Generalitat; Departamentos E y F, sector local 1 y 2, y Departamento sectorial G, Síndico Mayor. La concreta materia que se atribuye a cado uno de estos departamentos se puede encontrar en http://www.sindicatura.cat/es/la_sindicatura/organitzacio.

Por su parte, también el Pleno del Consello de Contas de Galicia es el competente para tomar las decisiones relativas a su organización interna. En este caso, se organiza en torno a cinco áreas: Coordinación General, Cuenta General, Corporaciones Locales, Institucional y Sergas, también de forma coincidente con el número de consejeros que forman el órgano plenario.

En el caso del País Vasco, no existe previsión normativa específica en su ley reguladora relativa a la competencia de organización del Tribunal de Cuentas Públicas. Sin embargo, sí se da difusión al reparto de funciones entre siete departamentos sectoriales, identificados subjetivamente con cada uno de los consejeros. El departamento del Presidente se ocupa de EiTB, Entes Públicos CAE, Elecciones e Informes Especiales; el Vicepresidente de Administración Foral de Álava y de Bizkaia; los cinco consejeros restantes tienen atribuidas las áreas siguientes: Universidad del País Vasco, Osakidetza, Consorcio Transportes de Bizkaia; los Ayuntamientos mayores de 40,000 habitantes y las Sociedades Participadas; la Administración Foral de Gipuzkoa y los Consorcios; los Ayuntamientos menores de 40.000 habitantes. Mancomunidades, Cuadrillas, Diagnóstico, y finalmente, la Administración General de la CAE.

También la Audiencia de Canarias distribuye sus funciones en 4 áreas, bajo las denominaciones de Comunidad Autónoma, Ayuntamientos, Cabildos insulares y otros entes públicos. Ni la Ley ni el Reglamento de Régimen Interno recogen expresamente las denominaciones de las áreas ni el órgano competente para atribuir funciones a cada uno de los auditores miembros del Pleno, aunque se refiere en varias ocasiones a la distribución competencial por materias. Ante la ausencia de mención al efecto, debe ser el Presidente quien deba tomar el acuerdo, atendiendo a la competencia residual prevista en la letra h) del art. 44 de su Ley reguladora: *"Decidir sobre cualquier otro asunto no atribuido expresamente a otros órganos de la Audiencia de Cuentas"*.

Como consecuencia del oportuno acuerdo del Consejo (art. 43 de su Ley reguladora), órgano plenario de la Sindicatura de Cuentas de Baleares, sus funciones se organizan en tres grandes áreas, cuya dirección corresponde a cada uno de los síndicos: auditoría de la Comunidad Autónoma; Consejos insulares y Universidad y, finalmente, Ayuntamientos y entidades locales. Mismo esquema seguido por Castilla y León, que también prevé tres departamentos funcionales con un ámbito similar al balear: Comunidad autónoma; sector público local y Universidades, entidades públicas y fundaciones, reservando al Pleno el art. 42 de su reglamento interno de organización y funcionamiento la competencia para establecer el número y denominación de tales departamentos funcionales.

De otra parte, la Cámara de Cuentas de Andalucía no da publicidad a la distribución material de funciones que haya acordado el órgano competente, de manera que sólo se conoce el número de departamentos o áreas en que se organizan, sin que trascienda su denominación o su vinculación a alguno de los consejeros o síndicos. Su Reglamento de Régimen interno prevé que sea el Pleno quien establezca el número y ámbito de actuaciones de los distintos departamentos en que puede organizarse la propia Cámara. Así, en la actualidad, cuenta con cuatro departamentos: coordinación, Junta de Andalucía, corporaciones locales y organismos y empresas públicas. Recuérdese que cuenta con siete consejeros, de manera que no hay correlación entre número de departamentos y consejeros a los que se adscriben, incluso sin tomar en consideración a Presidente y Vicepresidente.

Todos los OCEX restantes no hacen referencia a áreas o departamentos sectoriales, sino a equipos de auditoría, sin que podamos olvidar la peculiaridad de la Cámara de Comptos de Navarra.

Tanto en Asturias y Aragón, como en la Comunidad Valenciana y Madrid se apunta normativamente a una organización basada en unidades de fiscalización, que no están especializada por materias.

En lo que respecta a la Sindicatura de Cuentas del Principiado de Asturias, de acuerdo con su Estatuto de organización y funcionamiento, una vez aprobado el programa anual de fiscalización, es el Síndico Mayor quien toma la decisión de asignar a cada síndico las tareas a desarrollar, junto con los medios personales y materiales necesarios.

El reglamento de organización y funcionamiento interno de la Cámara de Cuentas de Aragón, señala que *"El contenido de cada área se determinará atendiendo a criterios técnicos y de organización, mediante acuerdo del Consejo de la Cámara de Cuentas"* (art. 72), sin otra precisión al respecto. La Sindicatura de Asturias y la Cámara de Cuentas de Aragón señalan el número de equipos de auditoría en tres, cifra que sí guarda relación con la de sus consejeros.

Tanto la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana como la Cámara de Cuentas de Madrid se organizan en torno a siete unidades de fiscalización, número que no guarda necesaria relación con su número de consejeros, que son tres y siete, respectivamente. En particular, la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana cuenta con siete equipos de auditoría, sin que normativamente se haya establecido delimitación alguna de sus funciones. Y, de otra parte, en la Cámara de Cuentas de Madrid sólo se ha atribuido una materia determinada a una unidad, la encargada de la contratación, que cuenta con auditores específicos. Las seis unidades restantes dependen de cada uno de los consejeros de la Cámara, a excepción del Presidente.

Finalmente, cabe hacer referencia a la de Cámara de Comptos de Navarra que, dada su propia peculiaridad, al tratarse de un órgano unipersonal, reserva a la Presidencia la decisión de organización de los recursos y funciones de este OCEX, si bien debe recordarse que cuenta con 4 auditores que tienen la consideración de órgano de la Cámara de Comptos, lo que permitiría, en su caso, una distribución material de funciones, de acuerdo con el juicio del presidente de la Cámara.

Atendiendo siempre a las funciones fiscalizadoras, y establecido así el organigrama funcional de estas instituciones de control externo desde la perspectiva de su dirección, el siguiente nivel organizativo puede estar previsto en sus normas reguladoras o quedar a las decisiones organizativas de los respectivos plenos o presidentes. En todo caso, ninguno de ellos tendrá la condición de órgano, con la excepción de los auditores de la Cámara de Comptos de Navarra y la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana.

Navarra desarrolla las funciones de sus auditores, y señala en particular la posibilidad de que uno de ellos tenga la condición de auditor-asesor técnico, atribuyéndole específicas funciones. También en el caso de Valencia, se contiene una referencia en el art. 17 y 29 de su Ley a los auditores, completándose la previsión legal con el art. 33 de su reglamento de régimen interior en el que se crea la jefatura del equipo de auditoría.

Detallada es la regulación de la Sindicatura de Cataluña, que en el art 14. 2 de su Reglamento de régimen interno señala que *"Los departamentos disponen, como mínimo, de supervisor o supervisora, auditores, ayudantes de auditoría y secretario o secretaria"*, aclarando en el párrafo 3 que en cada departamento, como máximo responsable técnico, hay un supervisor o supervisora.

La Sindicatura de Cuentas de Baleares prevé la jefatura de área de auditoría, una por cada área funcional que se establezca en su pleno; al igual que en el Consejo de Cuentas de Castilla-León que establece el puesto de Director de fiscalización, así como subdirectores de fiscalización por cada equipo auditor.

El reglamento interno de la Cámara de Cuentas de Aragón señala expresamente en su art. 79 que el número máximo de auditores será de cinco, correspondiendo su designación al Consejo.

Ninguna previsión normativa en el caso de País Vasco, Galicia, Canarias, Madrid, Andalucía y Asturias; de este modo, será el Pleno o Consejo el que adopte las medidas organizativas concretas, sin otras limitaciones que el marco legal que regule los diversos aspectos del ejercicio de las funciones públicas con carácter general.

4.- COMPETENCIAS DE LOS ORGANOS DE CONTROL EXTERNO

A la pregunta sobre qué hacen los OCEX, seguramente la respuesta más inmediata es que se encarga del control de las cuentas públicas, a través de una función fiscalizadora de naturaleza "administrativa", aunque ni los OCEX son Administración pública ni los procedimientos fiscalizadores son procedimientos administrativos.

Un examen en detalle de las distintas competencias de cada uno de ellos requiere de una amplitud que resulta imposible en unas pocas líneas. La fórmula que más se repite en los textos reguladores de estos órganos estatutarios es que a ellos les corresponde el control o fiscalización de la gestión económica y financiera del sector público de la respectiva Comunidad Autónoma. A esta mención suele acompañar una referencia al control contable o de las cuentas (con la excepción de Navarra, Madrid y Asturias), o, más excepcionalmente, al control presupuestario (Valencia y Madrid).

Otras dos competencias se señalan de manera reiterada en todos los OCEX:

a. La relativa al asesoramiento al parlamento autonómico en las materias de su competencia.
b. La instrucción de procedimientos jurisdiccionales y el enjuiciamiento de las responsabilidades contables por delegación del Tribunal de Cuentas.

Conviene aclarar que la fiscalización de la gestión económico-financiera del sector público va más allá de la mera rendición de cuentas, en un sentido estricto del término. Esto es, el control de los OCEX se extiende a toda la actividad contractual, así como a la concesión de cualquier tipo de ayudas y subvenciones públicas, alcanzando en este caso a los beneficiarios de las mismas, así como las variaciones patrimoniales de los entes del sector público. Asimismo, el examen que se lleva a cabo no se limita a una auditoría de cumplimiento o legalidad, por cuanto también debe realizarse una valoración del grado de satisfacción de los principios de eficacia y eficiencia. No se trata sólo de conocer si se han destinado efectivamente los recursos públicos a la satisfacción de necesidades públicas, mediante los cauces oportunamente diseñados para esta finalidad, de acuerdo con los programas diseñados al efecto, sino también si para atender a dichas finalidades se ha elegido la mejor opción y con los menores costes posibles.

A modo de ejemplo, puede verse el art. 4 de la Ley 6/1985, del Consello de Contas de Galicia, que desglosa sus competencias en materia de fiscalización en las siguientes funciones:

a) *Fiscalizar la actividad económico-financiera del sector público de Galicia, velando para que se ajuste al ordenamiento jurídico y al principio de racionalidad, determinada por criterios de eficiencia y economía.*

b) *Fiscalizar las subvenciones, créditos y ayudas con cargo a los presupuestos de las entidades previstas en el apartado 1 del artículo 2, así como los avales y exenciones fiscales directas y personales concedidas por aquellos entes, ya fueran percibidas por personas físicas o jurídicas.*

c) *Fiscalizar los contratos celebrados por la Administración autonómica y de las entidades previstas en el apartado 1 del artículo 2 en los casos en que se haya establecido así o en los que el Consejo de Cuentas lo considerase conveniente.*

d) *Fiscalizar la situación y las variaciones del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia y demás entidades previstas en el apartado 1 del artículo 2.*

e) *Fiscalizar los créditos extraordinarios y suplementos de créditos, así como las incorporaciones, ampliaciones, transferencias y demás modificaciones de los créditos presupuestarios iniciales.*

f) *Emitir dictámenes y consultas que en materia de contabilidad pública y de gestión económico-financiera le soliciten las instituciones y entidades previstas en el apartado 1 del artículo 2, así como atender a las consultas del Parlamento sobre los presupuestos de la Comunidad Autónoma y su ejecución y liquidación, y emitir opinión, a solicitud del Parlamento o de la Xunta, sobre proyectos normativos que afecten a los ingresos o gastos públicos.*

g) *Analizar la utilización de los recursos disponibles atendiendo al menor coste en la realización del gasto y formular las propuestas tendentes a mejorar los servicios prestados por el sector público de Galicia.*

h) *Fiscalizar el grado de cumplimiento de los objetivos propuestos en los diversos programas presupuestarios y en las memorias de las subvenciones, créditos, ayudas y de los avales, e indicar, en su caso, las causas de incumplimiento.*

i) *Emitir informes facultativos, a petición de la consejería competente en materia de hacienda, a instancia del órgano de control competente en razón a la materia de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera de las entidades locales de Galicia, para resolver las discrepancias que le sean elevadas a este órgano por las personas que ocupen la presidencia de las entidades locales a través del procedimiento regulado en la normativa del Estado.*

j) Fiscalizar la evolución de los bienes patrimoniales de las personas que ocupan altos cargos en el sector público autonómico".

Hemos elegido la ley gallega no sólo por la cercanía a la misma, sino por ser una de las más prolijas a la hora de explicar sus funciones en materia fiscalizadora, además de contar con varias previsiones específicas.

La primera que queremos destacar es la que se refiere al control de la evolución de los bienes patrimoniales de las personas que ocupan altos cargos en el sector público gallego; dicha función guarda estrecha relación con la nueva competencia en materia de prevención de la corrupción que se ha atribuido a este OCEX y a la que nos referiremos inmediatamente.

La segunda, también presente en otros órganos, como la Cámara de Cuentas de Aragón, es la relativa a la amplitud dada a la función de asesoramiento. En efecto, no se trata de una competencia limitada a las solicitudes que pueda realizar el respectivo parlamento autonómico, sino que abarca la emisión de dictámenes y consultas en las materias de su ámbito, a petición de las entidades que conforman el sector público autonómico. También permite emitir otros informes facultativos como aquellos que se realicen a petición de la Consejería competente en materia de Hacienda, para la resolución de discrepancias en el ámbito de las entidades locales.

Cabe reseñar que en la Ley de la Cámara de Cuentas de Aragón se ha introducido una competencia que podríamos denominar peculiar, por cuanto se señala de modo expreso que le compete a este órgano *"b) La fiscalización de los procesos de privatización de las empresas y servicios públicos, si los hubiere, comprobando además el cumplimiento de la legalidad y la transparencia de los mismos"*.

Debe destacarse que primero el Consello de Contas de Galicia y después la Audiencia de Cuentas de Canarias han asumido competencias en materia de prevención de la corrupción tras las últimas reformas de sus leyes reguladoras.

En efecto, la Ley gallega 8/2015, de 7 de agosto, modifica la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consello de Contas, atribuyendo a este órgano lo que se denomina por la misma ley "función de prevención de la corrupción". Esto es, no se pretende que el órgano de control externo gallego investigue la corrupción en el sector público gallego sino que desarrolle las siguientes competencias dirigidas a una actividad de prevención, tal y como se recogen en el art. 5 bis de la Ley:

a. Colaborar con las administraciones sujetas a su ámbito de actuación, y hacer propuestas en la elaboración de códigos de conducta y manuales internos de gestión de riesgos que permitan garantizar el comportamiento ético de los gestores públicos.

b. Solicitar información a las administraciones relativas a sus sistemas de prevención de la corrupción, comprobando el adecuado diseño e implantación de políticas de integridad y proponiendo mejoras que garanticen la transparencia y reduzcan las oportunidades de fraude. Para ello, evaluará de modo sistemático los planes de riesgo de prevención de la corrupción que realicen las instituciones y entes del sector público de la comunidad autónoma, en los cuales debe analizar las actividades en las que se constante una mayor incidencia de riesgo.

c. Asesorar al Parlamento, a la Administración autonómica y a las administraciones sujetas al ámbito de actuación del Consello de Contas sobre los instrumentos normativos o internos de prevención y represión de la corrupción.

d. Fomentar la conciencia y participación ciudadana a favor de la transparencia y el comportamiento ético en el sector público e impulsar dentro del sector privado el establecimiento de mecanismos de autorregulación con el fin de evitar prácticas irregulares, en particular en las empresas licitadoras y adjudicatarias de contratos, concesionarias de servicios públicos y beneficiarias de subvenciones y ayudas públicas.

Pues bien, el Reglamento de régimen interno del Consello de Contas de Galicia ha regulado con mayor detalle cómo se llevarán a cabo tales funciones, que se identifican de forma global en la implantación de sistemas de prevención y elaboración de manuales de gestión de riesgos de corrupción; evaluación de sistemas de prevención que se adopten; asesoramiento en relación con los instrumentos normativos que se consideren más adecuados para prevenir la corrupción así como en el fomento en la sociedad civil –y en particular en el ámbito empresarial- de la transparencia y el comportamiento ético en sus relaciones con el sector público, todo ello en un marco de colaboración con las administraciones implicadas (art. 52).

De una forma genérica, la Ley de la Audiencia de Cuentas Canaria se refiere entre las funciones de la misma a la de “Informar y recomendar buenas prácticas administrativas, contables y financieras como medio de prevención de la corrupción en el ámbito del sector público de la comunidad autónoma” (art. 5.1.j).

Estas serían, a muy grandes rasgos, las funciones que tienen atribuidas los OCEX en sus respectivas normas reguladoras. Su examen completo exigiría un análisis de aspectos como el ámbito subjetivo, objetivo y temporal al que pueden alcanzar tales funciones, así como los procedimientos que ordenan el desarrollo de dichas funciones.

Relación Autores

- Marta Alba Pacheco, Experta en Contratación Pública. Funcionaria pública en excedencia
- Pilar Batet Jiménez, Jefa del Servicio de Contratación de la Diputación Provincial de Castellón.
- Concepción Campos Acuña, Secretaria del Gobierno local del Ayuntamiento de Vigo
- Rosario Delgado Fernández, Técnico de Gestión, Universidad de Alcalá
- Sofía Fernández Gosalvez, Técnica de Contratación del Ayuntamiento de Alcobendas
- Begoña Fernández Ruiz, Directora General de Contratación del Ayuntamiento de Madrid
- José María Gimeno Feliu, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.
- Bruno González Valdelièvre, Jefe de Área, Dirección de Análisis de la Oficina Antifraude de Cataluña
- Elena Hernáez Salguero, Técnico de la Comunidad de Madrid, Expresidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid
- Montserrat Jorba Muñoz, Viceinterventora del Ayuntamiento de Sabadell
- Roberto Magro Pedroviejo, Jefe Servicios Interactivos del Ayuntamiento de Alcobendas
- Jorge Manau Terres, Tesorero del Ayuntamiento de Sabadell
- Asunción Mora Sanmartín, Vocal de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón
- Bernabé Palacín Sáenz, Director General de Contratación, Responsabilidad Social y Servicios Comunitarios del Ayuntamiento de Logroño.
- Jaime Pintos Santiago, experto en Contratación Pública, funcionario público en excedencia.
- Rafael Reñones Navarro, Técnico de Contratación del Ayuntamiento de Alcobendas
- Beatriz Rodríguez Fraga, Consejera del Consello de Contas de Galicia
- Francisco Javier Vázquez Matilla, Abogado experto en contratación pública Miembro del Grupo de Expertos en Contratación Pública de la Comisión Europea
- Begoña Villaverde Gómez, Consejera del Consello de Contas de Galicia
- Guillermo Yáñez Sánchez, Jefe Sección Contratación de la Diputación Provincial de Soria.

Coordinación Femp

- Judit Flórez Paredes, Directora General de Servicios Jurídicos y Coordinación Territorial de la FEMP.
- José Nuño Riesgo, Secretario Técnico de la RED de Entidades locales por la Transparencia y Participación Ciudadana de la FEMP.

Coordinación

- Concepción Campos Acuña, Secretaria del Gobierno local del Ayuntamiento de Vigo

Coordinadores Adjuntos

- Pilar Batet Jiménez, Jefa del Servicio de Contratación de la Diputación Provincial de Castellón.
- Bernabé Palacín Sáenz, Director General de Contratación, Responsabilidad Social y Servicios Comunitarios del Ayuntamiento de Logroño.

Esta guía ha sido elaborada en el seno del Grupo de Trabajo de ***"Integridad en la Contratación Pública Local"*** de la Red de Entidades Locales por la Transparencia y la Participación ciudadana de la FEMP.

GUIA
DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL

La contratación pública enmarcada en la Estrategia Europa 2020 se convierte en una herramienta estratégica para alcanzar los objetivos de una Europa en la que se pone de relieve la importancia de la contratación pública para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos y de la que se deriva la necesidad de contar con un nuevo modelo de contratación pública. Este nuevo modelo se materializa en las conocidas como "Directivas de cuarta generación".En ejercicio de la labor de transposición, se produce la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en vigor desde el 8 de marzo de 2018 cuyos objetivos principales son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio, destacando la incorporación, por primera vez, al ordenamiento jurídico contractual de un modo expreso, del **principio de integridad**, principio transversal que marcará la orientación de la gestión en este ámbito.Estamos ante una materia de indudable importancia en España en donde representa, según las estimaciones, entre el 10% y el 20% del PIB español.Desde la RED de Entidades locales por la Transparencia y Participación Ciudadana de la FEMP, queremos con esta publicación facilitar a los políticos y técnicos de las entidades locales herramientas para la aplicación de la integridad en la contratación pública.

Impreso íntegramente en papel reciclado libre de cloro

©Federación Española de Municipios y Provincias

Se permite compartir, copiar y redistribuir la obra en cualquier formato.

Depósito Legal: M-12611-2019

FEDERACION ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS

RED DE ENTIDADES LOCALES POR LA TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA