

NUEVOS PARADIGMAS DE LA CONTRATACION PUBLICA TRAS LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO

(Seminario Formigal 10 septiembre de 2018)

Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado “LA NUEVA REGULACION DE LA CONTRATACION PUBLICA: HACIA UN NUEVO SISTEMA DE GOBERNANZA PUBLICA Y DE ACTUACION DE LOS PODERES PUBLICOS DER2015-67102-C2-1-P

JOSE MARIA GIMENO FELIU

Universidad de Zaragoza

Catedrático de derecho administrativo

Facultad Derecho. Universidad Zaragoza.

Director Observatorio de Contratación pública (www.obcp.es)



Cátedra Estrategia e Innovación en
la compra pública en el Sector Salud
Universidad Zaragoza



Universidad
Zaragoza

IMPORTANCIA DE LA CONTRATACION PUBLICA

El sector de los contratos públicos es, hoy en día, de máxima actualidad no sólo por novedades de índole jurídica, sino también por la incidencia que el mismo tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados.

La contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar, y reflexionar, sobre la prevención y la lucha contra la corrupción y como proveer mejor las necesidades públicas.

Romper con la idea de “siempre se ha hecho así”. Evitar la autocomplacencia.

La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Publico DEBE SER UNA VENTANA DE OPORTUNIDAD



IMPORTANCIA DE LA CONTRATACION PUBLICA

No debe olvidarse la importante dimensión económica de la contratación pública. La información más reciente se encuentra en el documento **OCDE “Government at a Glance 2017”** (<http://www.oecd.org/gov/govataglance.htm>), donde, para España (p. 173) se indica un porcentaje de 16,5 para contratos clásicos de 16, 9, 11 de servicios públicos (concesiones) 1,5 de defensa. En total un 29.4 PIB

Los datos de la Comisión (de 2014, sitúan la suma sobre el 20 por ciento)



IMPORTANCIA CONTRATACION PUBLICA

EUROPA insiste en la VISION ESTRATEGICA DE LA CONTRATACION PÚBLICA:
“Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 10 de 2015, relativo a la Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión, recuerda que la política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación a la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema.

En este entorno, **el incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, para el consecuente atajo de los mismos, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la integridad lo que DEBILITA ESA FUNCION ESTRATEGICA.**



IMPORTANCIA CONTRATACION PUBLICA Y SU IMPACTO EN EL DEFICIT

La reciente **Recomendación de 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, advierte que en nuestro país existe una *“falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes (que) obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública”*; así como una ausencia de efectiva transparencia



EUROPA EXIGE NUEVA GOBERNANZA

El Estudio de **The Economist** (“**Procurement spending: Rigging the bids**”, *The Economist*, Nov 19th 2016), se insiste en esta idea. Se aporta como dato que en 2006 el 17% de los contratos públicos publicados en el Tenders Electronic Daily (TED) recibieron sólo una oferta. Sin embargo, lejos de mejorar esta cifra, en 2015 dicho porcentaje había llegado al 30% y la media de ofertas por contrato había bajado de 5 a 3. Siguiendo con los datos obtenidos del TED, en los países ricos de Europa concurren una media de 6 licitadores a los contratos de valor inferior a 10 millones de euros, mientras que a aquellos cuyo valor asciende a 40 o 50 millones de euros concurren solo cuatro. Son muchos los motivos que producen este tipo de resultados, pero la mayoría de ellos tiene como telón de fondo la corrupción. **En España, según datos de la Comisión europea, la mitad de los contratos públicos solo tienen un único licitador.**



EUROPA EXIGE NUEVA GOBERNANZA

El Estudio de **The Economist** (“**Procurement spending: Rigging the bids**”, *The Economist*, Nov 19th 2016), se insiste en esta idea. Se aporta como dato que en 2006 el 17% de los contratos públicos publicados en el Tenders Electronic Daily (TED) recibieron sólo una oferta. Sin embargo, lejos de mejorar esta cifra, en 2015 dicho porcentaje había llegado al 30% y la media de ofertas por contrato había bajado de 5 a 3. Siguiendo con los datos obtenidos del TED, en los países ricos de Europa concurren una media de 6 licitadores a los contratos de valor inferior a 10 millones de euros, mientras que a aquellos cuyo valor asciende a 40 o 50 millones de euros concurren solo cuatro. Son muchos los motivos que producen este tipo de resultados, pero la mayoría de ellos tiene como telón de fondo la corrupción. **En España, según datos de la Comisión europea, la mitad de los contratos públicos solo tienen un único licitador.**



NECESIDAD DE NUEVO MODELO JURIDICO Y PROCEDIMENTAL

Necesidad de sistema jurídico más estable y eficaz, que, desde la necesaria simplificación, evite la dispersión normativa y permita una **gestión eficiente de los recursos públicos**.

Una normativa que, como se dice en el título, permita **un cambio de “cultura”** y habilite una gestión diseñada desde la estrategia y no desde la burocracia.

Rediseño de los procedimientos de contratación pública pensando en la mejor solución y ejecución.



NECESIDAD DE EVITAR LA SOBREGULACION

EVITAR, COMO ACONSEJAN LAS INSTITUCIONES EUROPEAS, LA SOBREGULACIÓN: AVANZAR EN SIMPLIFICACIÓN EFECTIVA.

“La Comisión debe introducir directrices detalladas sobre simplificación a fin de informar a los Estados miembros y a sus regiones acerca de su cometido de eliminar, o al menos de reducir significativamente, la carga administrativa y la sobregulación que se observan, a escala nacional y local, en los procesos de contratación pública, [...] intentando evitar cambios frecuentes en las normas, simplificar el lenguaje y uniformizar los procedimientos” *Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2015 [2015/2772 (RSP)]*

El problema práctico de la “densidad” de la LCSP de 2017 y de los problemas interpretativos. HAY QUE AVANZAR HACIA UN VERDADERO CODIGO.

Un modelo distinto: la Ley Foral, 2/2018, de Contratos Públicos de Navarra.



REVISAR EL MODELO DE CONTRATACION PUBLICA: LA INDIFERENCIA DEL IMPORTE Y TIPO DE PODER ADJUDICADOR

Los principios comunitarios inherentes a la contratación pública **son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no “armonizado”**, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral.

Criterio de: a) **sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de abril de 2015**, en el asunto C-278/14

b) **Sentencia de 30 de abril de 2015 del Tribunal Constitucional, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013** al analizar contratos no cubiertos por la Directiva de contratación pública, afirma de forma clara que ello no elimina la sujeción a los principios de la contratación pública y utiliza en su razonamiento la citada Comunicación interpretativa de 2006.

Y a todo poder adjudicador, sea o no Administración Pública.



GOBERNANZA EUROPEA Y CONTRATACION PUBLICA: EL VALOR DEL CONTRATO PUBLICO

En pleno siglo XXI, caracterizado por una globalización económica y una competencia sobre modelos diversos de productividad, la estrategia sobre como realizar las adquisiciones públicas, se presenta como la principal elemento diferenciador en la propia configuración del modelo económico y social (**el contrato público es HERRAMIENTA**: Gimeno, 2006).

REPENSAR UN MODELO DE CONTRATACION PUBLICA DISTINTO PARA EL LIDERAZGO INSTITUCIONAL: ELIMINAR LA BUROCRACIA Y ACTUALIZAR LA “ORGANIZACIÓN”.



EL VALOR ESTRATEGICO DE LA CONTRATACION PUBLICA COMO MANDATO LEGAL

“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.”

Art. 1.3 LCSP 2017 (idea ya apuntada por GIMENO, 2014)



SIGNIFICADO DEL VALOR ESTRATEGICO DE LA CONTRATACION PUBLICA

La contratación pública debe ser visualizada como una potestad o **herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos** para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas.

Lo que **importa es la mejor solución: la relación calidad/precio.**

El **valor de la innovación y promoción tejido empresarial.**

La **mejor calidad y atención de prestaciones en el ámbito de las personas**



LA CALIDAD COMO ESTRATEGIA INELUDIBLE

La justificación de esta nueva visión de la contratación pública obliga a repensar la política de contratación pública, que debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir vía contrato público y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un principio irrenunciable de la decisión a adoptar. Es más, conforma un elemento de lo que sería la correcta aplicación del principio de buena administración (por todas STJUE 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates*, que lo vincula a la diligencia). **Difícilmente se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y el contrato.**



LA CALIDAD COMO ESTRATEGIA INELUDIBLE

La calidad de la prestación es, por tanto, un elemento irrenunciable 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



NUEVOS PARADIGMAS. COMPRA SOSTENIBLE Y EFICIENTE

EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA

En la gestión de la contratación pública no basta con realizar una tramitación que sea conforme al principio de legalidad. Además, es necesario que se respete, junto al principio de estabilidad presupuestaria, el principio de eficiencia.

No es una visión economicista. **Se debe poner acento en la idea de “eficiencia social”.**

LA EFICIENCIA ES TAMBIEN CALIDAD Y EQUIDAD SOCIAL EN LA PRESTACION. EL PROBLEMA DEL INDICE DE VARIABILIDAD



NUEVOS PARADIGMAS. COMPRA SOSTENIBLE Y EFICIENTE

EL PRINCIPIO DE RENTABILIDAD

El informe de necesidad y conveniencia: su función a la hora de determinar estrategia.

Pensar en clave de “rentabilidad”: que tipo de contrato? Suministro o servicios o concesión? Que plazo? Se puede transferir riesgos? **Ventajas en al ejecución que reportan calidad o eficiencia o “cierta innovación”.**

Debo agregar la demanda? Es mejor la compra centralizada? Se pueden hacer lotes? Que procedimiento?



CONTRATOS PUBLICOS Y TRANSPARENCIA

Para asegurar un nuevo modelo de gobernanza en la contratación pública (y de eficiencia y contención déficit publico) de compra pública resulta necesario articular la obligación de **transparencia como instrumento principal que ha de 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.

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



CONTRATOS PUBLICOS Y MEDIOS ELECTRONICOS

El acceso a los pliegos y demás documentación complementaria debe ser por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados.

La PCSP debe servir para la publicidad y rendición de cuentas, pero no DE MONOPOLIO DE LA CONTRATACION ELECTRONICA.

Debe favorecerse la implantación de un sistema en competencia, homologado, de servicios electrónicos que permitan cumplir exigencias legales de utilización de medios electrónicos adaptándose a las necesidades y condiciones de cada poder adjudicador.



NUEVOS PARADIGMAS. PLANIFICAR LAS INFRAESTRUCTURAS

LA IMPORTANCIA DE EVITAR LOS “ELEFANTES BLANCOS”.

En la planificación de las infraestructuras, elemento clave de desarrollo económico y de políticas públicas tan importantes como la del combate contra la despoblación, **resulta necesario abandonar la justificación política como elemento decisonal pues el diseño de la arquitectura a largo plazo de las distintas infraestructuras de un Estado** es cuestión compleja, que presenta, junto a los elementos meramente técnicos, un componente más de naturaleza económico-técnica que estrictamente político y cuya concreción exige realizar rigurosos y completos estudios de viabilidad en los que se ponderen una pluralidad amplia de factores de muy diversa índole, de entre los que sobresalen, además de la justificación objetiva de la necesidad, los aspectos económico-financieros.



VALOR ESTRATEGICO DE LA CONTRATACION PUBLICA: CONDICIONES SOCIALES

La equidad en las condiciones sociales y laborales de sus trabajadores, lo que va intrínsecamente unido a una mejor calidad de la prestación. Para ello procede “rearmar” el contrato concesional atendiendo a estas condiciones sociales, tal y como se fomenta por la nueva LCSP y se ha reconocido, por ejemplo, en el Acuerdo 72/2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.



VALOR ESTRATEGICO DE LA CONTRATACION PUBLICA: CONDICIONES SOCIALES

Valorar como REGLA GENERAL las cláusulas que integren aspectos sociales cuando éstas comportan para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato.

La importancia del elemento “social” en las prestaciones a personas: evitar precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia.



RESERVA CONTRATOS EN SECTORES SOCIALES Y SANITARIOS

La normativa europea habilita, por tanto, que los Estados puedan diseñar un régimen legal ad hoc para la provisión de los servicios de salud a las personas mediante sistemas singulares de contratación pública, de reserva de contratos e, incluso, de acuerdos directos

La Directiva 24/2014 y la LCSP 2017 habilitan un tratamiento diferenciado de estas actividades, alejada de una perspectiva económica o de mercado. Así, el considerando 6 de la Directiva advierte que *«conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva»*.

El artículo 77 de la Directiva 24/2014 prevé incluso la posibilidad de reserva de esos contratos.

Resulta posible en contratos de prestaciones directas a ciudadanos en el ámbito sanitario o social, adoptar medidas de licitación más «específicas», que atiendan a las especialidades expuestas.

La experiencia autonómica puede ayudar a avanzar en un modelo que preserve la idea de COMPATIBILIDAD de intereses.



VALOR ESTRATEGICO DE LA CONTRATACION PUBLICA: COMPRA DE INNOVACION

La **investigación y la innovación desempeñan un papel central** para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

Europa 2020 tiene como lema “De la idea al mercado”, poniendo el acento en la necesidad de una mayor cercanía al mercado en el apoyo a los proyectos, para evitar que cientos de millones de euros de fondos europeos nunca lleguen al mercado, como venía siendo hasta ahora.

Es una de las **estrategia para hacer políticas públicas. La UNION EUROPEA recomienda que en 2010 el 3 por ciento sea compra pública de innovación.**

Los compradores públicos deben poder adquirir productos y servicios innovadores que promuevan el crecimiento futuro y mejoren la eficiencia y la calidad de los servicios públicos.

Es una oportunidad **para cambiar el modelo económico y la “visión de negocio”**. La Administración acepta ofertas de nuevos productos o, ante la inexistencia de soluciones, solicita colaboración al mercado.

Exige **un elevado nivel de especialización** para poder poner en valor en los poderes públicos la innovación.



VALOR ESTRATEGICO DE LA CONTRATACION PUBLICA: COMPRA DE INNOVACION

Mejoras en la prestación de servicios públicos: se trabaja sobre pliego de prescripciones “funcionales”. Norma **AENOR sobre elaboración de especificaciones funcionales UNE-EN 16271:2013** (20-11-2013)

Apalancamiento de fondos hacia actividades de I+D+i empresarial

Apoyo a la comercialización de la I+D+i empresarial (el primer cliente es cliente de referencia)



VALOR ESTRATEGICO DE LA CONTRATACION PUBLICA: COMPRA DE INNOVACION

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2041/24, relativa a la contratación pública. Un paso más en la contratación pública de innovación, contribuyendo a que los Estados miembros flexibilicen los procedimientos de adjudicación y en beneficio de otras políticas públicas, mediante:

- a) Investigación e innovación, que son imprescindibles para alcanzar un crecimiento futuro inteligente, sostenible e integrador.*
- b) Fomento de asociaciones europeas de innovación, a través de la intervención de agentes de los sectores públicos y privados, con el objeto de acelerar la asimilación de la innovación y generando un atractivo comercial.*
- c) Mayor facilidad de acceso a las PYMEs al mercado de contratación, por su potencial de adaptación al entorno.*
- d) Redacción de especificaciones técnicas que permitan la diversidad de soluciones técnicas.*



DISEÑO DE LA LICITACIÓN QUE INCENTIVE LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS QUE INCORPOREN SOLUCIONES INNOVADORAS

Mejorar la preparación de los técnicos de las unidades de contratación para que puedan demandar al mercado soluciones tecnológicas adecuadas a sus necesidades (**DEMANDA TEMPRANA**).

Mejorar los pliegos de prescripciones técnicas (necesidades funcionales) de las licitaciones con el fin de facilitar la participación de las empresas innovadoras en los procedimientos de adjudicación de compra pública de innovación.

Explorar **posibilidades de compra conjunta/agregada**: se limitan los riesgos del sector privado
Impulsar y analizar la difusión de buenas prácticas de compra de innovación en el sector público.



NUEVOS PARADIGMAS. COMPRA SOSTENIBLE Y EFICIENTE

COMO “INNOVAR” EN EL DISEÑO DE LA LICITACIÓN:

- Preparación en “equipo” de la licitación: importancia de la capacitación y del nivel de profesionalización.
- Analizar los criterios de solvencia y su valoración.
- Los criterios de adjudicación debe contribuir a **determinar o valorar las características** del producto, **aunque no sean “visible”**.
- **No siempre es necesario que genere una ventaja económica directa** para el poder adjudicador.
- Las condiciones de licitación: Suficientemente **precisas** y **medibles**: Problemas de verificación: determinar los métodos de prueba y los procedimientos de evaluación



NUEVOS PARADIGMAS. COMPRA SOSTENIBLE Y EFICIENTE

EL PLIEGO COMO ELEMENTO ESENCIAL NO FORMAL

El pliego, como *lex contractus*, es la pieza esencial de la arquitectura de una concesión contractual. Pliego que regulará obligaciones y derechos de las partes, fórmulas de reequilibrio de lo pactado, herramientas de calidad de la prestación, mecanismos de penalización contractual, posibilidad de arbitraje, etc.

El carácter complejo de las fórmulas de colaboración público-privada y su larga duración (en la lógica de un adecuado reparto de riesgos), aconsejan también que los pliegos **y el contrato contemplen códigos éticos de actuación en el cumplimiento de la relación contractual** pues aquí es donde la ciudadanía, en muchas ocasiones como destinataria de la prestación, puede percibir una nueva cultura de gestión pública basada en la ejemplaridad



NUEVOS PARADIGMAS. COMPRA SOSTENIBLE Y EFICIENTE

COMO “INNOVAR” EN EL DISEÑO DE LA LICITACIÓN:

- **Decisiones de adjudicación**, en la oferta económicamente más ventajosa: sobre la base del *precio o coste*, *utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales* vinculados al objeto del contrato público de que se trate.
- Evitar una visión economicista basada en el precio, sino lo que prima es la calidad de la prestación.



NUEVOS PARADIGMAS. COMPRA SOSTENIBLE Y EFICIENTE

COMO “INNOVAR” EN EL DISEÑO DE LA LICITACIÓN:

- Condiciones de ejecución como herramienta de protección del contrato.
- El sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario al criterio de *Value-Based Health Care*.
- Análisis del resultado final de la licitación como método de aprendizaje o mejora.
- Aprender de experiencias de otras administraciones: el valor añadido del sistema de formación permanente.



LA IMPORTANCIA DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO

La **ejecución de los contratos público es la fase más importante**, pues de ahí depende el correcto cumplimiento de la necesidad pública a satisfacer con el contrato.

Regular las condiciones de ejecución, prever los modificados y conocer las “variables” en contratos complejos como las concesiones son la clave del éxito de una correcta prestación del objeto del contrato.

El artículo 197 LCSP dispone que “la ejecución del contrato se realizará a **riesgo y ventura del contratista**, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el art. 239 ”.

EL ÉXITO DE LA NUEVA GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA RADICA EN EL CORRECTO CUMPLIMIENTO DE LAS PREVISIONES DEL CONTRATO.

LA NECESARIA PROFESIONALIZACION EN LA CONTRATACION PUBLICA

Resulta necesario –de forma conjunta- abordar el reto de **la profesionalización en aras a promover una nueva “cultura” de la contratación pública**, que haga de la misma un instrumento de políticas públicas activas alejado de prácticas clientelares o de validación de proyectos claramente insostenibles ya desde una perspectiva financiera ya desde la propia lógica de la conveniencia y su sostenibilidad.

La complejidad de una política **en desarrollo sostenible exige la mejor formación y capacitación.**



LA NECESARIA PROFESIONALIZACION EN LA CONTRATACION PUBLICA

La Profesionalización de la contratación pública permite garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada.

Objetivo que se recoge en la Declaración de Cracovia, que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad los días 3 y 4 de octubre de 2011, y que entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, **propone profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación**

Se convierte en un elemento básico de integridad.



LA NECESARIA PROFESIONALIZACION EN LA CONTRATACION PUBLICA

La actividad de los gestores públicos se debe atener a un **código ético estricto** que evite el conflicto de intereses y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan y prevenir conflictos intereses..

Los Códigos éticos son un instrumento útil para concretar estándares éticos y de conducta de los cargos y empleados públicos: ayudan a persuadir e incentivar a sus destinatarios respecto a una actitud ética y sirven para incrementar o reforzar la confianza de los ciudadanos en los empleados públicos



CONCLUSIONES: UN NUEVO MARCO NORMATIVO

El contenido de la nueva normativa europea, y la experiencia práctica de nuestra legislación nacional, aconsejaban **una nueva normativa en España**, completamente distinta del TRLCSP.

Es necesario una **normativa codificadora** que dote de seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social.

La normativa de contratos públicos tiene que ser **ESTABLE, DE POCA DENSIDAD (evitar el fenómeno** de “estar en continuo movimiento”).

Se **debe “apostar” por la simplificación y los medios electrónicos**. Las experiencias europeas han demostrado los beneficios de las mismas: mayor rapidez de tramitación y adjudicación, reducción de costes y mayor eficiencia y mejor valoración social desde la perspectiva de integridad.



CONCLUSIONES: UN SISTEMA PROFESIONALIZADO

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. (BOE de 7 de octubre).

Es necesario **la mejor formación y capacitación de los gestores públicos**, con modelos que incentiven y pongan en valor el trabajo en contratación pública.

Evitar la “politización” de la gestión del procedimiento.

Solo así se puede fomentar una **nueva actitud de los gestores** que permita abandonar una posición «pasiva» y lanzarse a actuar en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e **incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos** (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación).



CONCLUSIONES: HACIA LA EFECTIVA TRANSPARENCIA

Un antídoto de la corrupción es la transparencia. La transparencia en la contratación pública, además de fomentar la concurrencia y la eficiencia de forma efectiva mediante medios electrónicos y corrigiendo la “dispersión” de la publicidad y la “oscuridad” en el diseño de criterios o exigencias en los pliegos de las licitaciones, debe servir como instrumento de rendición de cuentas (no en vano este principio guarda íntima relación con la cultura de nueva gobernanza).

PLATON. Mito del Pastor Giges (segundo Libro La Republica).
!!El anillo de la invisibilidad y sus efectos perversos!!! (Tolkien en El señor de los anillos)



CONCLUSIONES: REPENSAR ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

La nueva regulación y filosofía de la contratación pública obliga repensar la organización administrativa y, también, parte de los propios fundamentos del derecho público.

Se diluyen las prerrogativas públicas (como paradigma la regulación de los modificados contractuales).



RENDICION DE CUENTAS Y DE MEJORA

La rendición de cuentas implica aportar datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público, lo que nos permitirá detectar la corrección o no de la utilización de las formas de provisión.

Importe y número de contratos que recaen en los licitadores, desagregando el dato, por tipo de administración, con el fin de detectar prácticas restrictivas o «posiciones privilegiadas» en un concreto mercado público. **ES UNA INFORMACION NECESARIA PARA MEJORAR.**

El ejemplo del proyecto de Transparencia Internacional España y el obcp.es: www.contratospublicostransparentes.es

RENDICION DE CUENTAS Y DE MEJORA

La cultura de la rendición de cuentas de la contratación pública se vincula a la idea de una “ contratación abierta” que se define como una contratación transparente en todo tipo de contrato y en todas sus fases, con especial interés en los rendimientos del contrato y que tiene por destinatario a todos los ciudadanos.

La Guía sobre Gobierno Abierto, elaborada en 2013 por el Instituto del Banco Mundial para la asociación internacional *Open Contracting Partnership*, contiene pautas para lograr un sistema de Contratación Abierta, que ha de garantizar procesos de contratación transparentes y justos y crear mecanismo activos de participación ciudadana y «reparación» de la contratación pública



PROPUESTAS DE NUEVA GOBERNANZA EN CONTRATOS PUBLICOS

REFORZAR LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN

Cualquier ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de **mecanismos procedimentales y procesales que permitan “prevenir”** de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto.

LA PREVENCIÓN ES UNA INVERSIÓN Y NO UN GASTO.

El **Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE (Directivas de recursos en adelante), en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública de 24 de enero de 2017 : ahorro del 5 por ciento de la contratación**



MECANISMOS DE CONTROL EN LOS CONTRATOS PUBLICOS

Refuerzo de los principios de integridad en la contratación pública. CONTROL PREVIO

Es necesaria una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil (mediante planes preventivos de la corrupción). El control NO ES BUROCRACIA.

La **experiencia del RECURSO ESPECIAL: el autocontrol efectivo**. Los datos acreditan las importantes ventajas económicas de un modelo de control eficaz, en tanto favorece la transparencia y la concurrencia y permite corregir las patologías e “inercias” administrativas. IMPORTANTE “TASA DE ÉXITO” de los recursos

Este recurso **se justifica desde la óptica de la buena administración**: Directiva 2007/66. (Cassese habla del “siglo de la buena administración”). El fundamento del control como **Derecho a una buena administración ha sido utilizado en el** Acuerdo 44/2012, del TACPA



GOBERNANZA Y MECANISMOS DE CONTROL: MEDIDAS

Extender LA ACCIÓN PÚBLICA en el recurso especial –o al menos amplia, más allá de los potenciales licitadores- en defensa del derecho a una buena administración puede ser una solución muy efectiva. Esa es la Propuesta de Transparencia Internacional España.

El principio de eficiencia y de integridad son un refuerzo a esta propuesta. No es indiferente en gasto no adecuado en un contrato público en tanto afecta indirectamente a otras políticas públicas así como a la estabilidad presupuestaria (déficit). Poner en valor la idea **JUSTICIA MATERIAL**.

EXTENDER EL RECURSO ESPECIAL al margen del importe del contrato. El importe es un dato indiferente en la efectividad del control. Esto significa que en contratos de importe no armonizado deberán tener un régimen equivalente en el nivel de eficacia, tal y como ha dictaminado la STJUE de 6 de octubre de 2015 (Orizzonte Salute, C- 61/14). Lo que es evidente que no se cumple con los principios europeos de la contratación pública con los recursos administrativos ordinarios, que funcionan en la práctica, de forma indebida, como una consecuencia más del principio de autotutela de la administración. Y **también a fase de ejecución:** modificación, subcontratación y resolución (el ámbito aplicación directiva recursos tiene ya efecto directo (como acaba de reconocer la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía)

EVITAR PLAZOS CON FINALIDAD LIMITATIVA AL ACCESO: la Sentencia eVigilo de 12 de marzo de 2015 ha dado un paso firme en la defensa del efecto útil de las Directivas de recursos y de contratos.

El sistema debe **SER GRATUITO**. Debe dejar de ser un recurso precontractual, para incluir en su objeto cuestiones relativas a la ejecución, como modificación, subcontratación o resolución.

PRESERVAR LA INDEPENDENCIA EFECTIVA: estabilidad/profesionalización de los Tribunales administrativos. Dotación suficiente y adecuada



LOS PACTOS DE INTEGRIDAD COMO REFUERZO SOCIAL

Los controles internos administrativos son pieza clave en la prevención de la corrupción y, por ello, debe insistirse en el rol de la Intervención y de los Servicios jurídicos. Sin embargo, la gestión de la Administración debe ser “validada” por la percepción ciudadana, y de la necesidad de avanzar en un nuevo modelo de gobernanza público más participativo, transparente y con vocación de rendición de cuentas. Por ello es importante avanzar en esta nueva **cultura del control y de la regeneración democrática junto o en colaboración a la sociedad civil.**

Estos **pactos de integridad no son una duplicidad** con la organización administrativa ni pretenden suplantarla o controlarla. Su función y finalidad es “validar socialmente” la correcta actuación pública y la ausencia de indicios de falta de objetividad o de contaminación clientelar.

Esteban ARRIBAS:<http://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2016/09/ESTEBAN-ARRIBAS.pdf>.



CONCLUSIONES: NUEVA FUNCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Se “escora” la regulación hacia el paradigma del derecho a una buena administración como elemento del control (y de un nuevo sistema de justicia administrativa) y de rendición de cuentas. El interés público como justificación a los privilegios del contrato administrativo, se subordina al principio de transparencia, libre competencia y eficiencia de los fondos públicos. La ecuación caracterizadora del Derecho Administrativo como “privilegios en más, privilegios en menos” se inclina hacia este último aspecto.



EPILOGO

El nuevo marco regulatorio de la Unión Europea en materia de contratos públicos debe ser una oportunidad para **acotar las malas prácticas y la corrupción en los contratos públicos y repensar tanto cómo articular una nueva normativa de contratos** que satisfaga los intereses públicos con respeto a los principios de igualdad de trato, eficacia, transparencia, eficiencia y rendición de cuentas, como cual es la “mejor” organización administrativa.

Debe ser reforma estructural que permita “ajustar” deficit y hacer posible objetivo estabilidad.

MÁS Y MEJOR TRANSPARENCIA, que debe coordinarse con las necesarias medidas de regeneración democrática (y de ejemplaridad y ética pública), que permitan asentar nuestro sistema institucional público.

EL LIDERAZGO PUBLICO SE DEBE FUNDAMENTAR EN EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD.



EPILOGO

Nueva gobernanza de la contratación pública y de relaciones con las empresas que ponga el valor en la calidad en el ámbito de la prestaciones del contratos público (sirva de ejemplo el modelo Value-Based Health Care, que supone abandonar el pago por Volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles), que debe coordinarse con las necesarias medidas de regeneración democrática (y de ejemplaridad pública) que permitan asentar nuestro modelo institucional público.

VALORAR COSTES TOTALES de toda la vida de contrato y otros aspectos importantes, como **la calidad y méritos técnicos de la oferta**. POCO VALOR AL FACTOR PRECIO

EN DEFINITIVA: Hacia una CONTRATACION ABIERTA, PROFESIONALIZADA, RESPONSABLE, SOSTENIBLE E INNOVADORA.



EPILOGO

Para cumplir este objetivo es necesario, además de un cambio de “cultura” (superar la “presión política” de hacer más por menos y a corto plazo), disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, 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).



EPILOGO

LA CONTRATACION PUBLICA ES UN INSTRUMENTO DE JUSTICIA SOCIAL:

Es necesario, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente “numérica e insensible” sobre los resultados. Como bien advirtió el Abogado General J. KOKOTT en un procedimiento judicial en la Unión Europea, *“Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social”*. Educar el paladar de instituciones públicas y privadas y de los ciudadanos, para que pongan en valor la sostenibilidad social, es el gran reto para poder consolidar un Estado de Derecho que puede enarbolar como principal bandera la de la justicia social, que, como recuerda Naciones Unidas, es *el núcleo de nuestra misión global para promover el desarrollo y la dignidad humana*. (Agenda 2030 para el desarrollo sostenible aprobada por Naciones Unidas en 2015-en vigor desde el 1 de enero de 2016-, que contempla 17 Objetivos con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental (son un estrategia de futuro sumamente ambiciosa y transformativa)



EPILOGO. LA LCSP COMO VENTANA DE OPORTUNIDAD

El nuevo marco regulatorio y de exigencias de la Unión Europea en materia de contratos públicos debe ser una oportunidad para **acotar las malas prácticas y la corrupción en los contratos públicos y repensar tanto cómo articular una nueva normativa de contratos** que satisfaga los intereses públicos con respeto a los principios de igualdad de trato, eficacia, transparencia, eficiencia y rendición de cuentas, como cual es la “mejor” organización administrativa.

Debe ser reforma estructural que permita “ajustar” deficit y hacer posible objetivo estabilidad. Una nueva GOBERNANZA PUBLICA CON:

- **MÁS Y MEJOR TRANSPARENCIA**, que debe coordinarse con las necesarias medidas de regeneración democrática (y de ejemplaridad y ética pública), que permitan asentar nuestro sistema institucional público.
- **UN LIDERAZGO PUBLICO FUNDAMENTADO EN EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD Y EN LA PREVENCION DE INEFICIENCIA Y CORRUPCION.**
- **UNA NUEVA GOBERNANZA ASENTADA EN EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACION**



EPILOGO

La aplicación de la Ley 9/2017 permite revisar en profundidad nuestro modelo (es una oportunidad) pues, como ya advirtiera Albert Einstein, “*no podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo*”.

Hay que pasar de la NEGACION A UNA NUEVA ACTITUD EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION PUBLICA



Muchas Gracias por su atención



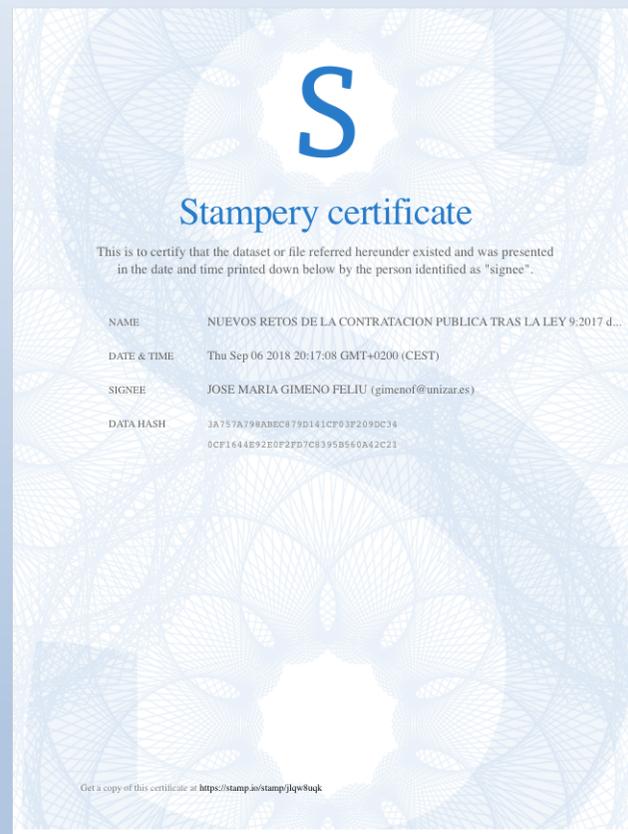
Cátedra Estrategia e Innovación en
la compra pública en el Sector Salud
Universidad Zaragoza



**Universidad
Zaragoza**

Registrado tecnología blockchain

Stamp.io - NUEVOS RETOS DE LA CONTRATACION PUBLICA TRAS LA LEY 9/2017 de CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO.pptx 6/9/18 20:19



<https://stamp.io/stamp/jqw8uqk>

Página 1 de 2



Universidad
Zaragoza

1542