



UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

***JORNADAS SOBRE LA LEY 9/2017, DE 8 DE  
NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR  
PÚBLICO***

***“EL ORIGEN DE LA NUEVA NORMATIVA. LOS  
PRINCIPIOS DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE 2014 Y  
LOS RETOS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA”***

***Lorenzo Mellado Ruiz  
Profesor Titular de Derecho Administrativo UAL***



## 1. El origen de la nueva normativa

- Estrategia Europa 2020: hacia un crecimiento inteligente, sostenible e integrador + racionalidad económica en el uso de los fondos públicos
- Nuevo paquete comunitario de Directivas (4ª generación):
  - Directiva 2014/24/UE
  - Directiva 2014/25/UE
  - Directiva 2014/23/UE
- De la “armonización de los ordenamientos” a la “uniformización” del ciclo integral de la contratación pública, aunque sin establecer reglas excesivamente “rígidas” o “invasivas”
  - ¿Existe de verdad un mercado europeo de las compras públicas?
    - Más del 95% de los contratos adjudicados lo son a licitadores nacionales (aprox. un 96% del valor total)
  - El debate entre la aproximación de sistemas y la flexibilización procedimental (globalización económica)
- Art. 1 LCSP: “regulación” de la contratación del sector público



## ■ Objetivos basilares:

- Modernización, eficiencia y flexibilización de la acción contractual pública ⇨ simplificación procedimientos (Libro Verde de 27 de enero de 2011)
  - Cargas económicas
  - Cargas burocráticas
  - Cargas temporales
- Incremento de la eficiencia del gasto público: “comprar más barato no es comprar mejor” ⇨ de la perspectiva economicista a la búsqueda de la mejor solución en términos de calidad/precio (p. e. fomento de la negociación)
- Facilitación de la participación de las Pymes
- Uso “estratégico” de la compra pública



## ■ **Consagración de la compra pública estratégica (art. 1.3 LCSP)**

- Incorporación obligatoria, en todo contrato público, de manera transversal y preceptiva, de criterios sociales y medioambientales (no expresamente innovación)
  - Protección trabajadores (resolución contrato por vulneración de obligaciones esenciales de empleo y retribución)
  - Obligatoriedad de respeto de convenios sectoriales (evitación dumping social)
  - Los denominados “servicios a las personas” (D. A. 47<sup>a</sup> a 49<sup>a</sup>)
- Tránsito de una visión formal, burocrática y economicista a enfoques estratégicos y funcionales de utilización medial de la compra pública
- Promoción políticas públicas sin incidir en la oferta, sino “estimulando” su demanda (pública) y reorientando la acción de los empresarios ⇒ ej. la internalización de los “costes ambientales indirectos”
- El contrato no como “gasto”, sino como “inversión”
  - Mejor relación calidad-precio
  - Mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos
  - Facilitación acceso Pymes y empresas de economía social
- Límite: relación (aún no directa) con el objeto del contrato (flexibilización criterios art. 145.6 LCSP, desde la prevalencia del enfoque “cualitativo”)



- **Objetivos de la nueva Directiva de “concesiones”**
  - Reducción de la inseguridad jurídica en beneficio tanto de las autoridades públicas como de los operadores económicos ⇒ atracción inversión privada
  - Conjugación reglas mínimas de aproximación de las adjudicaciones con respecto del principio de autonomía institucional de los Estados miembros
    - ¿Era necesario suprimir el contrato de gestión de servicios públicos?
    - Riesgo operacional vs. gestión a riesgo y ventura (equilibrio económico del contrato)
  - Caracterización de los nuevos tipos concesionales (obras y servicios) ⇒ interpretación funcional y uniforme



Grupo normativo comunitario	Normas sustantivas y procesales	Directiva 2014/24/UE
		Directiva 2014/23/UE
		Directiva 2014/25/UE
		Directiva 2014/55/UE, sobre facturación electrónica en la contratación pública
		Directiva 2009/81/CE, ámbitos de defensa y seguridad
	Normas de recursos (reformas Directiva 2007/66)	Directiva 89/665/CEE (obras y suministros)
		Directiva 92/13/CEE (sectores especiales)



## 2. Los principios de las Directivas de 2014

- Relevancia del “derecho pretoriano” sobre contratos públicos
  - “Fuente del derecho”, en una materia inestable y cambiante
  - Funcionalidad interpretativa + restricción opciones
  - Coherencia y seguridad jurídica del sistema (evitación de “visiones locales”)
  - Ej. Interpretación “funcional” de los conceptos comunitarios
    - Contratos administrativos vs. contratos privados (“causa”)
    - Organismo de Derecho público
    - Criterio funcional poder adjudicador (unificación jurisdiccional)
    - Concepto “amplio” de decisión a los efectos de acceder al recurso especial (ya no precontractual)



## UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

- Principios fundamentales del Derecho comunitario (no sólo de los contratos)
  - **Principio de igualdad de trato y no discriminación** ⇨ garantía de una competencia efectiva ⇨ igualdad de oportunidades y de condiciones de licitación
  - **Principio de transparencia** ⇨ evitación favoritismo o arbitrariedad en la adjudicación
    - Información clara, precisa e inequívoca
    - Comprensión efectiva (de cualquier licitador razonablemente informado y normalmente diligente)
    - Objetividad en la selección de la mejor oferta
  - **Principios de reconocimiento mutuo y reciprocidad**
  - **Principio de necesidad y adecuación de la prestación** (fase de ejecución)
  - **Principios de lucha contra el fraude y la corrupción** ⇨ el sometimiento a la normativa de contratos de los PANAP para contratos no armonizados
- Carácter prevalente de los principios generales
  - No sólo orientación, sino fundamentación de la normativa
  - Eficacia jurídica directa
  - Transversalidad





■ Los principios generales en el art. 1 LCSP

- La regulación de la contratación “debe” garantizar su cumplimiento
- Reproducción del art. 1 TRLCSP, con la introducción del principio de “**integridad**”
  - Introducción DCP: conflictos de intereses, conductas ilícitas, prohibiciones de contratar, ofertas anormalmente bajas, modificaciones ilegales, etc.
  - No regla ética, sino auténtico principio jurídico
  - “Precepto de optimización” proyectable a todo el ciclo de la contratación
  - ¿Inclusión ancilar vinculada a la utilización eficiente de los fondos públicos y al mismo nivel que los principios de estabilidad y control del gasto? + falta de previsiones concretas en el articulado (p. e. art. 64) ⇒ Sistema de Gobernanza
  - Conexión con responsabilidad, objetividad y profesionalidad de los órganos de contratación
  - Ausencia de mención de otros principios: deber de motivación, confidencialidad, etc.



- La “revelación” del principio de transparencia integral ⇒ **Platón y el “anillo de Giges”**
  - De las exorbitancias del poder público a la “apertura”, la “integridad” y la “competencia efectiva”
  - Dimensiones de la transparencia en el Estado social y democrático de Derecho
    - Transparencia, publicidad y acceso a la información
      - Publicidad activa y pasiva
      - Mejora de la calidad y eficacia de los servicios públicos
      - Simplificación
    - Participación
      - “Comprensión” de la acción pública y accesibilidad
    - Control
      - Responsabilidad y rendición de cuentas
      - Reutilización de la información y fiscalización difusa



- **Transparencia y gestión contractual eficiente**
  - Aseguramiento del derecho a una buena administración
  - “Transparencia como garantía del efecto útil de la igualdad, para procurar la no distorsión de las condiciones de la competencia” (STJUE de 25 de abril de 1996)
  - Evitación del riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de las entidades adjudicadoras (redes clientelares)
  - La transparencia no es mera publicidad formal (STJUE *Acoset*)
  - *Leading case*: STJUE de 16 de septiembre de 2013, Comisión c. España)



- Manifestaciones en el ciclo contractual
  - En la fase de preparación y adjudicación del contrato
    - Régimen de prohibiciones
    - Necesidad y adecuación del contrato
    - Publicidad adecuada (la falta de publicidad en la Plataforma como causa de nulidad)
    - Criterios de adjudicación, etc.
  - En la fase de ejecución y gestión
    - Restricción posibilidades de modificación sobrevenida
    - Publicidad subcontratación, cesión, etc.
  - En materia de control “sustantivo” de la transparencia
    - Fórmulas preventivas de tutela: el nuevo esquema de gobernanza de la LCSP
    - Fórmulas reactivas
      - » A través del sistema de recursos contractuales o de la tutela ordinaria
      - » A través de los instrumentos de reclamación sustitutiva especializada
    - Fórmulas represivas



### 3. Los retos pendientes en materia de compras públicas

- Valoración positiva de la nueva LCSP
  - Persisten algunas deficiencias (quizás por inercia) y se mantiene una estructura compleja
  - Reorientación “pública” ⇨ el Derecho Administrativo como el derecho del “interés general” y de la transformación social
  - Buen gobierno y administración: instituciones transparentes, objetividad y predictibilidad + eficiencia y cambio productivo
- Retos
  - **Implantación efectiva contratación electrónica**
  - **Simplificación organizativa y procedimental**
  - **Erradicación de la corrupción y el fraude**
  - **Compra colaborativa y cooperación**



- Nuevas exigencias en materia de contratación electrónica
  - Mayor ahorro económico, mejora del acceso, simplificación de los procedimientos, gestión integrada, reutilización de la información, centralización ofertas, etc.
  - Plazo máximo de adaptación: 24 meses (ampliable)
  - Obligaciones de los Estados:
    - Todas las comunicaciones e intercambios de información, por medios electrónicos
    - Presentación electrónica de ofertas y solicitudes
  - Obstáculos: falta de interoperabilidad transfronteriza y complejidad de las aplicaciones
  - Recepción obligatoria anticipada en la LCSP
    - Utilización en los procedimientos de licitación
    - Previsiones de uso y excepciones (D. A. 15ª LCSP) y condiciones (D. A. 16ª LCSP)



## ■ Simplificación organizativa y procedimental

### ■ Nuevo sistema de “gobernanza”

- JCCAE (Comité de cooperación)
- Oficina Independiente de Regulación y Supervisión
- Oficina Nacional de Evaluación
- Estrategia Nacional de Contratación Pública

### ■ La nueva D. A. 23ª LCSP

### ■ Declaraciones responsables a efectos de solvencia

### ■ Nuevos procedimientos simplificados o de negociación

### ■ Límites:

- La nueva funcionalidad de la Plataforma de Contratos como reacción a la “fragmentación” de la publicidad a través de los perfiles (art. 347 LCSP)
  - Comienzo de la eficacia
  - Causa de nulidad



- Erradicación de la corrupción, el favoritismo y el fraude
  - Ineficiencia económica y “degeneración” democrática ⇒ “efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior” (Parlamento Europeo)
  - “*Red flags*” de la corrupción: fraccionamiento fraudulento de los contratos; modificados ilegales; financiación ilegal de los partidos políticos, uso inadecuado de procedimientos, contratos innecesarios, plazos insuficientes, etc.
  - Regulación específica de los conflictos de intereses (art. 24 DCP)
    - Valoración objetiva
    - No exclusión absoluta y automática
    - No limitación de los intereses privados a los “económicos”
  - Insuficiencia de la regulación reaccional penal ⇒ estrategia útil y preventiva de evitación de los conflictos de intereses, situaciones de riesgo y de opacidad (inspección previa, agencias especializadas, generalización de un control efectivo y rápido, etc.)





## UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

- Compra colaborativa o agregada
  - Ventajas
    - Agregación de la demanda, economías de escala y reducción de precios y costes
    - Profesionalización de la gestión
  - Riesgos: prácticas colusorias o de abuso de posiciones dominantes, con cierre fáctico del mercado para las Pymes
  - Promoción DCP
    - Centrales de compra
    - Compra conjunta (incluso esporádica y transfronteriza)
  - LCSP: reconocimiento a cualquier entidad local de la capacidad de creación de “servicios especializados” (centrales) ⇔ art. 228.2 LCSP
    - Adquisición directa de suministros y servicios para otros entes del sector público
    - Adjudicando contratos (convencionales), acuerdos marcos y sistemas dinámicos para la realización de obras, suministros y servicios destinados a los mismos



## Hacia una nueva y efectiva “cultura de la contratación”

...

- ✓ El cambio en los procedimientos es insuficiente para cambiar “mentalidades” (ej. prácticas clientelares o colusorias, “motivación política” de proyectos insostenibles, etc.)

- ✓ La “integridad” como auténtico principio jurídico y “criterio de control” por los Tribunales

- ✓ Profesionalización y reforzamiento de los mecanismos de control



UNIVERSIDAD DE ALMERÍA