



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^a a 49^a)
- 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