

# I JORNADA SOBRE NUEVOS ESCENARIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A DEBATE  
DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMPETENCIA LA SOLIDARIDAD Y LA  
INTEGRIDAD

LA LÓGICA DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN  
PÚBLICA: PLANIFICACIÓN, INFORMACIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS

*Alfonso Peña Ochoa*



CÁTEDRA ESTRATEGIA E INNOVACIÓN EN LA COMPRA PÚBLICA EN EL SECTOR SALUD

Aula Magna. Paraninfo de la Universidad de Zaragoza. 2 de mayo de 2017



## Malos tiempos para la lírica

La transparencia y la rendición de cuentas son dos buenos instrumentos en la práctica de los países con democracias más avanzadas para cumplir con los criterios de “buen gobierno” y hacer concreto el derecho a una buena administración. Funcionan bien a temperatura y presión normal, pero no hace falta decir que bajan las aguas revueltas en nuestro país y algunas cosas de la contratación pública no son normales desde hace tiempo.

Hay ya demasiados casos que evidencian disfunciones serias en nuestro modelo de contratación. Ignacio Varela apuntaba hace unos días al formular sus cinco reflexiones sobre la corrupción, tras la última eclosión, que nueve de cada diez casos de corrupción política en España se relacionan con la adjudicación de contratos públicos lo que pone de manifiesto que *“nuestros procedimientos de contratación administrativa son un agujero negro que favorece los contubernios y las prácticas corruptas. Si ahí está el tumor, es ahí donde hay que operar. Mientras eso no se revise a fondo, el despliegue de medidas represivas será pura demagogia”*.

Estando bastante de acuerdo con su planteamiento, creo necesario advertir ya desde estas primeras reflexiones que, en mi modesta opinión, los problemas de la contratación pública relacionados con la lacra de la corrupción y la ineficiencia no se van a solucionar solo aumentando la transparencia y la rendición de cuentas. Estos son aspectos importantísimos de nuestro sistema que sin duda hay que desarrollar, pero lo urgente es revisar algunos procedimientos de contratación (especialmente los que ha permanecido hasta ahora opacos) y la dualidad de regímenes jurídicos contractuales que permite que las empresas públicas contraten de forma más “flexible”; es decir, al margen del paradigma burocrático que rige en la administración pública española: sin funcionarios independientes para tramitar los procedimientos, sin ningún tipo de control previo efectivo sobre las decisiones y con proverbial falta de transparencia. En esos modelos anidan muchas de las patologías y efectivamente es ahí donde tenemos que operar.

Tampoco creo que se vayan a resolver las cosas aumentando ilimitadamente los controles y la supervisión de la gestión contractual. Vengo sosteniendo últimamente que no son controles precisamente lo que falta, sino mejorar los que hay, cambiar su enfoque y las herramientas que debe poner el legislador a disposición de los controladores para ser más eficientes en su desempeño, repensar, por ejemplo, en palabras del profesor Gimeno *“el sistema de la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas”*.

El control de la contratación es en este sentido un caso paradigmático de ineficacia por exceso de actividad, enfermedad estudiada por Odiorne que suele afectar a las grandes organizaciones burocráticas. Ineficacia por la abundancia y superposición de

controles sobre los contratos y por sus pobres resultados. Hay demasiados controles de mero cumplimiento de los requerimientos legales, formales y redundantes. La mayoría de ellos realizados sobre los contratos individualmente considerados, basados en la revisión de actos y expedientes concretos, y muy pocos sobre la contratación como proceso y sobre sus resultados: “cómo, a quién y a qué precios compra el sector público”. Estos últimos son más adecuados para identificar las deficiencias que afectan a la concurrencia, a la eficiencia y al fraude pero para poder realizarlos hace falta disponer de una buena información sobre resultados. En definitiva, hace falta no solo transparencia (datos) sino también procesos de rendición de cuentas (explicaciones).

En estas circunstancias, las medidas basadas solamente en un aumento del número de controles, sin cambiar su enfoque, es dudoso que vayan a ser eficaces y deberían estar muy bien justificadas, pues implican un cierto riesgo de colapso de la gestión. No podemos olvidar que el control no es un fin en sí mismo; es una función de naturaleza claramente vicarial cuya finalidad no es otra que contribuir a mejorar la actividad contractual controlada, objetivo que escasamente consiguen. Las deficiencias de la gestión contractual identificadas de forma reiterada en los últimos años por los órganos de control son conocidas y están bien documentadas y lo que tendríamos que preguntarnos hoy es por qué las conclusiones y recomendaciones de estos órganos no acaban de influir eficazmente en la mejora de los procedimientos. Como muestra de lo que decimos, resulta del todo ilustrador el **Informe especial 10/2015 del Tribunal de Cuentas Europeo, sobre la necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de la contratación pública que afectan al gasto de la UE**. En esta auditoría, el Tribunal examina de forma panorámica en toda la Unión que medidas están adoptando la Comisión y los Estados miembros para resolver el elevado número de errores relacionados con la contratación pública, por cumplimiento deficiente de la normativa aplicable, que año tras año el propio Tribunal detecta.

Transparencia, rendición de cuentas y un eficaz control (adecuado y proporcionado) son atributos necesarios e imprescindibles para que pueda funcionar un modelo de contratación basado en la buena gestión y en la integridad. Pero no son suficientes, no tienen capacidad por si solos para corregir las prácticas irregulares. Eso solo se puede conseguir “operando” como decíamos en la regulación de los procedimientos principales, que son los que hay que revisar en profundidad, y complementando la intervención con un buen despliegue de medidas accesorias relativas a la planificación, transparencia, rendición de cuentas y buen control, que son estupendos antídotos para preservar y conservar sano el sistema. Por eso convendría sentarse en serio, con premura, con prudencia y sensatez, a corregir las disfunciones constatadas (ya se perdió una gran ocasión de acometer esta tarea con motivo de la transposición de las directivas europeas de última generación). Como decía recientemente Vicente Vallés en su tribuna del Heraldo de Aragón vivimos un tiempo en el que la expresión “*organización criminal*” aparece cada día en los medios aplicada a políticos por

supuestas irregularidades penales cometidas en su desempeño como cargos públicos. La democracia española se está resintiendo extraordinariamente por el test de estrés que suponen estos casos de corrupción política por lo que empieza a necesitarse de forma urgente *“una actitud decidida, precisamente, por parte de los políticos que no se corrompen. Pero no solo hacia los corruptos del partido rival. Eso es lo fácil. Es mejor que empiecen por los que tienen al lado, dentro de su propio partido. Así, su determinación resultará más creíble”*.

### **La transparencia en la contratación pública. Encuadre legal**

La transparencia se ha convertido en un parámetro fundamental de la actuación del sector público. En el caso de la contratación, debido a la importancia económica de los contratos públicos y por ser una de las materias más proclives a la aparición de prácticas irregulares para alterar la competencia y casos de corrupción, la transparencia tiene especial relevancia y efectos.

El principio de transparencia es un principio general que debe presidir el funcionamiento de las Administraciones Públicas en sus relaciones con los ciudadanos como prevén el artículo 103.1 de la Constitución, el art. 62.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón y la normativa básica y autonómica sobre procedimiento administrativo.

La transparencia en el sector público tiene una doble configuración. Por un lado, la transparencia es un requisito esencial para que exista un tratamiento imparcial y equitativo a los ciudadanos. Y por otro lado, se usa el término transparencia con una nueva acepción, como apertura de la información pública al ciudadano, de forma que el conocimiento y gestión de los asuntos públicos deje de ser exclusividad de los poderes públicos y se permita la participación de otros agentes en la toma de decisiones.

Esta doble configuración de la transparencia tiene su reflejo en el ámbito de la contratación pública, en el que hay que distinguir entre

- las obligaciones que derivan de la normativa en materia de contratos, que incorpora la transparencia como uno de sus principios rectores;
- de las obligaciones que establecen en la normativa específica sobre transparencia, constituida por Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y las normas de transparencia aprobadas en el ámbito autonómico y local.

Las Directivas comunitarias de contratación vigentes y las anteriores han proclamado el principio de transparencia con fundamento en las libertades que forman la esencia

del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Y lógicamente estas prescripciones han tenido su trasposición en la normativa española sobre contratación pública. Así, el artículo 1 TRLCSP dispone que el objeto y finalidad de la ley es *“regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajuste 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 candidatos, además de asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos”*. Por su parte, el artículo 139 TRLCSP exige que los órganos de contratación den a los licitadores *“un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajusten su actuación al principio de transparencia”*.

De acuerdo con esta regulación, puede afirmarse que el principio de transparencia está íntimamente ligado a los principios de igualdad de trato y no discriminación a los licitadores, de forma que todos dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas y se evite el favoritismo y la arbitrariedad en las adjudicaciones. No se trata de un principio formal, pues su objetivo principal es generar competencia empresarial que redunde en una mayor eficiencia de los fondos públicos. Accesoriamente, puede contribuir a cumplir otros objetivos relevantes como son la integridad y lucha contra la corrupción.

## Obligaciones legales derivadas del principio de transparencia

### Reglas relativas a la publicidad de actos y decisiones

Con base en el principio de transparencia, son numerosos los preceptos del TRLCSP y de las normas que lo desarrollan que contienen reglas que desarrollan el principio de transparencia. Destacan sobremanera las normas que se refieren a las obligaciones de publicidad de determinadas decisiones, de todos conocidas y que recuerdo rápidamente. Así, deben publicarse por mandato legal:

- los anuncios previos
- los anuncios de licitación
- los criterios de adjudicación
- los criterios de selección, en el caso del procedimiento restringido
- los aspectos económicos y técnicos que serán objeto de negociación en los procedimientos negociados
- la admisión de variantes y mejoras
- la exigencia de condiciones especiales de ejecución
- la previsión sobre modificaciones del contrato
- las condiciones sobre subcontratación
- los anuncios de adjudicación
- la formalización del contrato y

- la composición y a los actos de las Mesas de contratación, así como de los Comités de expertos.

Además de estas obligaciones previstas en la normativa estatal, los poderes adjudicadores de la Comunidad Autónoma de Aragón deben publicar de acuerdo con lo establecido en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, las siguientes decisiones:

- los acuerdos de las mesas de contratación en el perfil de contratante
- y los acuerdos de modificación de los contratos en boletines oficiales y perfiles

Adicionalmente, esta ley prevé otras obligaciones estrechamente relacionadas con el principio de transparencia como son que todos los poderes adjudicadores del sector público autonómico faciliten el acceso a su perfil de contratante a través del perfil del Gobierno de Aragón y que se soliciten al menos tres ofertas en los contratos menores de obra de valor estimado superior a 18.000 euros y en los de servicios y suministro de valor estimado superior a 6.000 euros (IVA excluido)

De entre todas las obligaciones de publicación, destaca cualitativamente la que exige la especificación completa, clara y concreta de las condiciones de licitación, adjudicación y ejecución del contrato en los anuncios de contratación o en los pliegos.

El TRLCSP exige la publicación en el anuncio o en los pliegos de las condiciones de la licitación y adjudicación del contrato, así como del objeto y características del mismo.

El alcance de esta obligación se ha definido en la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 31 de enero de 2013 que concreta el alcance del principio de transparencia en la contratación pública del siguiente modo: *«Por lo que respecta al principio de transparencia, éste tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate».*

Esta información se debe recoger en los anuncios o en los pliegos de forma clara y completa, de forma que la eventual oscuridad de los mismos no puede en ningún caso perjudicar a los licitadores. La discrepancia entre la información contenida en los pliegos y en los anuncios, determinará por sí sola la nulidad de los pliegos por contener

incongruencias que impidan conocer con claridad cuáles son las condiciones básicas del contrato (ver en esta línea Acuerdo 10/2011 TACPA).

#### Reglas relativas a la motivación de las decisiones

Al servicio del principio de transparencia también están los preceptos que exigen una motivación suficiente de las decisiones que se adoptan en el procedimiento contractual, desde el inicio hasta la adjudicación del mismo.

Así, el artículo 22 TRLCSP establece que al **inicio del expediente** deberán justificarse las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato. Y también el procedimiento elegido y la adecuación del valor estimado del contrato a los precios de mercado. Esta motivación suele ser puramente formal en España como han puesto de manifiesto el tribunal de Cuentas y la Cámara de Cuentas de Aragón en varios de sus informes sobre contratación y resulta inservible para conocer de forma efectiva cuáles fueron las razones para determinar de forma exacta su cuantía, la modalidad contractual o el procedimiento de selección, por ejemplo.

**En la fase de licitación** tiene especial relevancia la motivación de los actos de exclusión de licitadores, incluyendo las razones o argumentos que fundamenten la irregularidad de la que traen causa) y de la adjudicación del contrato, motivación que deberá trasladarse a los interesados a efectos de que puedan hacer valer sus derechos. La motivación de la decisión de adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad; al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permitan, en su caso, impugnar la adjudicación. Según la doctrina, basta con que la motivación aparezca suficientemente justificada a lo largo del procedimiento.

Igualmente, para garantizar la transparencia, en los informes de valoración se debe llegar a detallar quienes han participado, el momento, el contenido y método de las pruebas realizadas. Es obligatorio que el informe esté suscrito por quienes lo han elaborado y que la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor incluya los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, aun reconociendo que es ese un ámbito en el que juega la discrecionalidad técnica de la Administración, siendo suficiente con que se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable.

#### Viejos problemas sobre la publicidad en los perfiles y una propuesta de solución

Las obligaciones del principio de transparencia se instrumentan ordinariamente a través del perfil de contratante, que es un sistema de publicidad a través de internet gratuito y de fácil acceso en el que los órganos de contratación han de difundir toda la información relativa a su actividad contractual promoviendo la concurrencia entre los

agentes económicos. Además, en algunos casos es obligatoria una publicidad adicional en boletines oficiales.

La Ley de Contratos del Sector Público obligó a que cada poder adjudicador tuviera su propio perfil, lo que produjo la fragmentación de la información y del mercado, provocando de facto una falta efectiva de transparencia por más que se publicitaran todas las decisiones. Falta de transparencia por exceso de información dispersa.

Para intentar corregir esta situación, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado, creó la «Plataforma de Contratación del Sector Público», en la que es obligatorio publicar todas las licitaciones de las entidades pertenecientes al sector público, sea estatal, autonómico o local, así como de los resultados de los procedimientos de adjudicación. Esta publicación puede hacerse, bien directamente en la Plataforma por cada órgano de contratación, o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información.

Pues bien, pese al indiscutible acierto de esta medida legislativa, que establece la obligación legal de que todos los poderes adjudicadores españoles publiquen en una misma plataforma, lo cierto es que no ha dado los resultados esperados como consecuencia del incumplimiento flagrante de esta obligación legal por parte de los poderes públicos obligados. Transparency Internacional España viene haciendo un seguimiento de la obligación legal de publicación de contratos por parte de las instituciones españolas y los resultados de su último análisis de julio de 2016 son desoladores: **solo 6 de las 17 Comunidades Autónomas cumplen esta obligación, entre las que figuran el País Vasco y Cataluña y no figura Aragón; de los 110 grandes ayuntamientos analizados, solo 29 publican; solo 5 parlamentos de los 19 existentes; 27 Diputaciones de 45 y 30 Universidades públicas de las 51 existentes.**

Incluso sobre las entidades que comunican sus contratos a la Plataforma, es necesario advertir que no existen garantías de que los datos suministrados sean completos. Los trabajos de fiscalización de los OCEX ponen de manifiesto que en el ámbito sanitario existen compras, por ejemplo en el caso de la farmacia hospitalaria, que se realizan al margen de los procedimientos legales de contratación.

Ante esta situación irregular, que no parece razonable ni admisible que se mantenga después del largo tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la norma, resultaría recomendable establecer de forma inmediata un sistema efectivo de sanciones a aplicar a los poderes adjudicadores que incumplan esta obligación esencial.

No obstante, aun concurriendo esta contumaz desobediencia de la Ley, ya es posible explotar la información que se contiene en la Plataforma de Contratación del Sector Público correspondiente a los contratos reportados por los organismos cumplidores. Así, por ejemplo, la plataforma informática «Contratos Públicos Transparentes», que

persigue, mediante el uso de tecnologías innovadoras, ser un instrumento para la rendición de cuentas de la actividad contractual de las administraciones públicas españolas, ha podido analizar los datos correspondientes a las licitaciones del período 2008 - 2016 de las administraciones que tienen publicado su perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público al año 2015, llegando a las siguientes conclusiones:

- Número de administraciones que han publicado: 1.951
- Número de licitaciones: 52.617
- Importe licitado: 24.203,35 millones de euros
- Ahorro medio obtenido: 21,39 %
- Contratos con ahorro inferior a 2%: 12,72 %
- Número de proveedores: 18.169
- Número de adjudicaciones: 42.174
- Importe adjudicado: 19.025,77 millones de euros
- Concurrencia media: 4,58
- Contratos adjudicados con un único licitador: 38,30 %.

Este dato alarmante se aproxima bastante al obtenido en el estudio “Rigging the bids”, basado en el análisis de los contratos publicados en el «Tender Electronic Daily» (TED), que como destaca la profesora de Derecho Administrativo Carmen de Guerrero Manso constata cómo los contratos públicos europeos se están volviendo menos competitivos y a menudo más corruptos. Advierte la citada especialista, según el citado estudio, “un dato preocupante e ilustrativo es que la competencia en los contratos públicos es baja, y además está descendiendo en toda la Unión Europea. Durante el año 2006 el 17% de las licitaciones publicadas en el TED obtuvieron sólo una oferta y esta cifra, lejos de mejorar, ha llegado casi a duplicarse, llegando hasta el 30% en 2015. A esto hay que añadir que la media de ofertas por licitación ha bajado de cinco a tres.

En esta misma línea, el informe especial 10/2015 del Tribunal de Cuentas Europeo, sobre la necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE, destaca como incidencia significativa la anormalmente baja publicidad en TED de contratos de algunos países miembros muy destacados. Señala que *“las licitaciones que inciden en el ámbito de aplicación de las Directivas de la UE deben publicarse en línea, en la base de datos del diario electrónico de licitaciones «Tender Electronic Daily» (TED). La relación entre el valor de las licitaciones publicadas en el TED y el PIB puede servir como indicador del alcance del uso de la contratación pública a escala europea. En 2012 el valor total de las licitaciones publicadas en el TED fue del 3,1 % del PIB de la UE. En algunos estados miembros, las licitaciones cuyo valor supera el umbral establecido representan un porcentaje muy inferior a esta media, como es el caso de Alemania (1,1 %), Austria (1,5*

%), Irlanda (1,5 %) y Luxemburgo (1,6 %). La Comisión se ha puesto en contacto con Alemania para dilucidar la razón de este hecho.”

### **La dinámica del principio de transparencia: de la transparencia como principio rector a la rendición de cuentas**

Ya hemos señalado que la transparencia como principio rector lo que busca es garantizar el principio de igual de trato y no discriminación y para ello se basa en la publicidad y motivación de los actos. Pero en los últimos años se ha venido desarrollando un nuevo concepto de transparencia concebido como derecho de los ciudadanos a recibir información sobre los resultados de la gestión pública. Se trata de un derecho ya reconocido en el sistema institucional, aunque existen dificultades para su efectiva implantación y no solo en España.

Desde este planteamiento, la transparencia es la obligación que incumbe a quienes gestionan recursos de terceros de dar cuenta de la gestión realizada. Cuando esta rendición de cuentas se produce mediante la entrega de información CLARA COMPRESIBLE Y VERAZ significa que el ente público actúa con transparencia. Además, actualmente es necesario no solo que la Administración informe sobre sus actividades. La transparencia implica que la información sea ACCESIBLE, EDITABLE, COMPRESIBLE Y EFECTIVAMENTE UTILIZADA POR LOS CIUDADANOS. De modo que el concepto actual de transparencia nos lleva a un ciudadano que consulta la información que le proporciona la Administración.

Los estudios especializados destacan el valor de la transparencia como atributo y elemento incentivador del buen gobierno, caracterizado por los siguientes valores:

- La rendición de cuentas, que es la que ofrece información transparente sobre resultados
- La participación no manipulada, que es aquella en la que ciudadanos informados están en condiciones de entablar un dialogo deliberativo con los poderes públicos, lo cual requiere de una actuación transparente por parte de estos
- La eficacia y la eficiencia del sector público. Numerosos estudios han puesto de manifiesto el impacto positivo de la transparencia gubernamental sobre la economía en general, incluso algunos trabajos la correlacionan con los ingresos per cápita y el control de la corrupción
- La recuperación de legitimidad de los poderes públicos, al proporcionarles la transparencia una nueva legitimación

De acuerdo con estos planteamientos, un buen gobierno (poder ejecutivo) es aquel que promueve instituciones formales (normas) e informales que fomentan la

transparencia la rendición de cuentas, la eficacia, la coherencia, la participación, la integridad y la objetividad e imparcialidad.

Desde esta concepción, la transparencia en materia de contratación no solo interesa a los licitadores sino que es un precondición de confianza, de participación y de colaboración, que son factores claves para la adaptación de las decisiones a las preferencias de los ciudadanos, que quieren que las Administraciones compren respetando los criterios de buena gestión: de forma honesta, económica y eficientemente.

Así, la transparencia tiene el potencial de contribuir a la construcción de confianza y credibilidad del sector público (Alcalde). Hoy en día resulta imprescindible el buen funcionamiento del sistema de transparencia ya que no es concebible la gestión pública sin transparencia. Se afirma que la base de la credibilidad de la gestión pública se encuentra en la transparencia, hasta el punto de que Barea llega a decir que la transparencia es al sector público lo que el mercado al sector privado.

En el sector privado de la economía se considera que para que los mercados funcionen eficientemente es necesario un alto grado de transparencia, lo que requiere que se transmita toda información relevante al mercado y que esta sea correcta y cierta.

En el sector público, algunos autores afirman que la posibilidad de controlar la gestión está en función del grado de transparencia. Como expresa Davey, la ausencia de transparencia se utiliza por los políticos como medio de encubrir ante los contribuyentes los costes y beneficios de las decisiones que toman sobre los impuestos y los gastos que con ellos se financian (lo que se conoce como “no rendición de cuentas”), lo que reduce la calidad del proceso democrático y limita el desarrollo institucional del país.

Sin embargo, es muy complejo montar un sistema de transparencia orientado a la rendición de cuentas. Sin salir de nuestro entorno, en el ámbito de la OCDE el uso de la información sobre resultados no es todavía significativo. Existen grandes dificultades para diseñar sistemas de información apropiados, dificultades que van más allá de los meros planteamientos técnicos y que tienen que ver con la pluralidad de intereses diversos y conflictivos en juego y la propia demanda de transparencia. En concreto, la contratación es un caso paradigmático de intereses antagónicos: gobierno/oposición, las partes de un contrato, los competidores del servicio, prestador del servicio/usuario final, etc. No es fácil estructurar la información para cubrir todas esas necesidades, partiendo de la base de que, además, existen obstáculos de base a la transparencia en materia de contratación, que podríamos resumir en en los siguientes extremos: la inabarcable extensión de la información y documentación, la falta de independencia de los organismos que elaboran la información agregada, los problemas derivados de

la aplicación de distintos regímenes jurídicos y el ingente número de poderes adjudicadores que aplican distintas políticas de compra pública.

### ¿Contribuye la nueva normativa de transparencia a la rendición de cuentas en la contratación pública?

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, obliga a que el **portal de transparencia** contenga información de todos los contratos públicos y patrimoniales celebrados, independientemente de su importe y tipo y de que la legislación de contratos permita su adjudicación por procedimientos sin publicidad.

En concreto, el art. 8 de la ley establece literalmente que se publicarán *“todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente. Asimismo, se publicarán 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”*.

En relación con la regulación del TRLCSP, la normativa sobre transparencia contiene nuevas obligaciones en las siguientes materias:

- Es muy importante destacar que deben ser objeto de publicación en el portal de transparencia las modificaciones del contrato y, aunque sea trimestralmente, los contratos menores.

La publicidad en estos casos ayudará a limitar los abusos cometidos en el pasado valiéndose de contratos menores, y adjudicaciones directas de modificados al contratista principal, figuras que hasta la Ley 19/2013 estaban protegidas por la opacidad. En cuanto a los contratos adjudicados por procedimiento negociado sin publicidad, que normalmente no se publican en España, se debe recordar que la publicación del anuncio de adjudicación y de la formalización del contrato siempre ha resultado obligatoria en el marco del TRLCSP aunque de ellos también se ha de informar lógicamente en el portal de transparencia.

- También deberán publicarse en el portal de transparencia las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos como venía recomendando la mejor doctrina. Resulta interesante, por todas, la muy buena técnicamente

Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública, que ya aconsejaba *“publicar en el perfil de contratante, por su relevancia e interés de cara a los potenciales licitadores, o a cualquier interesado en la gestión, los actos de desistimiento y renuncia, que dan por finalizado el procedimiento sin llegar a la adjudicación, de forma que se conozca la suerte que han corrido esas licitaciones, que de otra forma quedan en indefinición”*.

- Y por último la ley exige la publicación de 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
- Las obligaciones de información que exigen las leyes de transparencia en materia de contratos públicos se realizan a través del portal de transparencia, no en el portal de contratación. Sirven al concepto amplio de rendición de cuentas, no en el sentido contable con que siempre se ha usado este concepto en España sino en su aceptación anglosajona de accountability, y tienen por objeto dar a conocer al público en general cómo se están gestionando los contratos públicos. Hay que tener claro que perfil de contratante y portal de transparencia son herramientas distintas, con distintos objetivos y distinta configuración jurídica, destacando que la publicidad en el perfil tiene en muchas ocasiones efectos jurídicos, mientras que esto no ocurre en ningún caso con la publicidad en el portal de transparencia.
- El artículo 11 de la ley establece que *“el portal de la transparencia contendrá información publicada de acuerdo con las prescripciones técnicas que se establezcan reglamentariamente que deberán adecuarse a los siguientes principios:*
  - a) *Accesibilidad: se proporcionará información estructurada sobre los documentos y recursos de información con vistas a facilitar la identificación y búsqueda de la información.*
  - b) *Interoperabilidad: la información publicada será conforme al Esquema Nacional de Interoperabilidad, aprobado por el Real Decreto 4/2010, de 8 enero, así como a las normas técnicas de interoperabilidad.*
  - c) *Reutilización: se fomentará que la información sea publicada en formatos que permita su reutilización, de acuerdo con lo previsto en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público y en su normativa de desarrollo”*.

Hasta aquí las novedades en cuanto a transparencia que se recogen en la nueva normativa, que no suponen un gran avance en términos de nuevos datos. No solo esto es criticable, también es un problema que esta información se publique en el portal de transparencia y no en el de contratación, volviendo una vez más al viejo problema de

la fragmentación de fuentes. Así por ejemplo, en los trabajos de control que realiza la Cámara de Cuentas sobre los contratos del Gobierno de Aragón se han identificado discrepancias significativas entre los datos que figuran en el Registro Público de Contratos y el portal de transparencia, presentando omisiones importantes este último.

No obstante, la ley aporta una mejora sustancial en términos de rendición de cuentas que se debe destacar y que consiste en que la información contractual que se publica en los portales de transparencia puede ser objeto de tratamiento, ordenación y sistematización. Está publicada de forma abierta y editable y el usuario que accede a ella puede procesar libremente los datos y analizar de forma global los procesos de contratación y la política de compras que usa una determinada entidad pública. En este sentido, los portales de transparencia son instrumentos de rendición de cuentas que permiten al menos saber en qué contratos se invierten los recursos públicos, por qué importe y a través de qué procedimientos. No son un simple repositorio de información sin sistematizar y listas con millones de datos, sino que ofrecen una información accesible que permite valorar la gestión contractual.

### **Algunos aspectos a mejorar**

La transparencia es algo más que publicar información sobre los contratos sensible para los empresarios interesados en las decisiones de adjudicación. También debe facilitar a los ciudadanos información de lo que los responsables públicos hacen (accountability o rendición de cuentas): dónde gastan el dinero, qué resultados genera en la sociedad, cómo evolucionan los planes y proyectos, etc.

En esa línea, es importante aumentar la información de calidad disponible sobre la gestión de la contratación pública pues en algunas áreas sensibles los supervisores han detectado debilidades que afectan a la eficiencia. Solo apunto dos.

- La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia publicó el 5 de febrero de 2015 un documento de análisis de la contratación pública en España (PRO/CNMC/001/15). En él reconoce una serie de fortalezas así como de oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia. Entre ellas, reclama que se incorpore la necesidad de la evaluación de la eficiencia económica por los propios órganos de contratación que no la realizan sino “muy marginalmente”. Señala el organismo de supervisión que la estimación de costes de los presupuestos de licitación es muy deficiente y guarda escasa relación con los precios efectivos del mercado y que los órganos de contratación no utilizan ninguno de los números medios disponibles para fijar

el precio final (estudios de mercado, auditoría de costes/matriz de costes eficiente, comparativa de costes en el sector público, etc.).

Está claro que esta fase esencial del contrato debe profesionalizarse al máximo y que tiene que motivarse en el expediente la forma y procedimiento con el que el órgano de contratación ha construido el precio, para poder luego analizar si las bajas suponen una ganancia efectiva de eficiencia o no y las causas reales de las desviaciones de precios.

- El Tribunal de Cuentas Europeo, en su informe especial 10/2015, sobre la necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE, reconoce que muchos de los errores de la contratación pública puede deberse a la complejidad del marco legal y administrativo dado el gran volumen de legislación y directrices y la dificultad de aplicarlas en la práctica y a la **“falta de capacidad administrativa tanto en lo que respecta al desconocimiento de las normas como a la falta de conocimientos técnicos sobre las obras o servicios licitados. La **planificación insuficiente** de los proyectos y procedimientos de licitación constituye otra fuente de error, sobre todo en lo que respecta a la modificación o ampliación de los contratos en fase de gestión”**.

Esta debilidad, como se expresa en el informe, es claramente constatable en el caso español. Para corregirla, es nuevamente necesario apelar a la profesionalización total de la fase de planificación del contrato y a la transparencia, para su posible control, de las decisiones tomadas en esta fase del procedimiento, pues afectan a toda la vida del contrato y, además, en algunos casos como las concesiones o los contratos de colaboración al propio poder adjudicador durante muchos años. El modelo óptimo de referencia de evaluación previa de proyectos y análisis de las alternativas contractuales más viables para su desarrollo es sin duda el anglosajón (EE UU y UK), en el que existen organismos especializados de evaluación independientes del proponente y técnicas específicas de evaluación según el tipo de proyectos (por ejemplo, las infraestructuras de transportes están sometidas a análisis coste-beneficio ACB desde los años 70, algo que no es necesario decir que no se hace en España). Este modelo deberá completarse con la previsión del art. 83 de la Directiva 2014/24/UE de crear una autoridad independiente que vele sobre la aplicación de las normas de contratación pública.