

PROPUESTAS PARA LA MEJORA DEL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

formuladas por

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA

a través de su

COMISIÓN DE TRANSPARENCIA Y PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LICITACIONES Y CONTRATOS PÚBLICOS

INTRODUCCIÓN

Dentro del actual contexto social, donde la percepción ciudadana de corrupción es muy elevada, la opción del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Consejo de Ministros el 25 de noviembre de 2016, supone un claro paso atrás desde la lógica de prevención de la corrupción.

Desde *Transparencia Internacional España* se proponen las siguientes medidas para mejorar el citado texto legal desde la perspectiva de una mayor transparencia, integridad en las actuaciones, y prevención de la corrupción, así como para combatir la posible evasión fiscal relacionada con las contrataciones públicas.

1.- Extensión del recurso especial en contratación pública al margen del importe: La no extensión del recurso especial a cualquier contrato con indiferencia de su importe y su limitación a los contratos de importe armonizado con carácter exclusivo, impide corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública. Preservar la transparencia en la contratación pública es una necesidad, que debe “protegerse” con una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración. Principio exigible en cualquier tipo de contrato público al margen de su importe sin que resulte admisible una interpretación “relajada” por tal circunstancia. Habilitar un escenario de no control eficaz en vía administrativa para los contratos no armonizados es un error desde la perspectiva del derecho a una buena administración. Y justificar la no extensión desde motivos presupuestarios es un error pues un buen y efectivo control es una inversión (y no un gasto). En cualquier caso, y para evitar una disfunción inicial del sistema, la extensión del recurso especial a todos los contratos se podría llevar a cabo de una forma gradual por importes de los contratos.

2.- Ampliación de la legitimación para impugnar. La legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos. En el recurso especial puede ser oportuna la acción pública pues la contratación pública guarda directa relación con el derecho a una buena administración.

3.- Estructura independiente y planta cerrada de los órganos administrativos de recursos contractuales. Debe diseñarse una planta de órganos de recursos contractuales cerrada, para evitar las actuales asimetrías (poco compatibles con el principio de seguridad jurídica). Y relativa al ámbito local debe ser eliminada ya que genera una indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo. En todo caso, debe recogerse la obligación de colegialidad, como elemento esencial de independencia. Es necesario determinar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, y las especialidades organizativas. Y si se integran en otros órganos –como Consejo Consultivos - deberá preverse o dotarse de una sección propia, a fin de evitar la “confusión” de funciones entre lo consultivo y lo resolutivo.

4.- Impulso de los medios electrónicos como herramienta de transparencia. La regla de la transparencia no es una formalidad y exige una implementación compatible con su finalidad. Son necesarios sistemas de información *on line* ágiles, accesibles, gratuitos y de alcance universal, que hagan

posible que cualquier licitador pueda obtener información sobre una licitación que corrijan la actual situación que desincentiva la presentación de ofertas por entender que el procedimiento puede estar ya orientado hacia determinados licitadores. Los medios electrónicos y la transición hacia la compra pública electrónica, se manifiestan, en este contexto, como un eje de reforma imprescindible. Debe preverse un plazo donde sea obligatoria la utilización de medios electrónicos.

5.- Nulidad por incumplimiento de publicidad. La obligación de publicar en la Plataforma de Contratos de Sector Público debe ir acompañada de la consecuencia de nulidad por su no cumplimiento. Solo así se puede corregir una situación como la actual donde, pese al carácter obligatorio, no se cumple esta obligación legal. Esta solución ya se aplica en el ámbito de las subvenciones públicas y de los convenios de colaboración, donde recientemente los artículos 20.8 a) de la LGS y 48.8 de la Ley 40/2015, respectivamente, condicionan la validez o eficacia de la subvención o convenio a su previa publicación, sin que exista justificación para que ello no resulte de aplicación al ámbito de los contratos públicos

6.- Introducción de transparencia en el contrato menor. Es un acierto la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía. Sin embargo, se mantiene en el Proyecto la figura del contrato menor y sus cuantías, cuando su práctica y abusiva utilización (en muchas ocasiones como contratación directa) aconseja, cuando menos, cierta exigencia de publicidad para que exista competencia así como la fijación de un importe global máximo a favor de un mismo licitador.

7. Uniformidad de reglas jurídicas para todos los poderes adjudicadores. El actual sistema dual normativo español en función de que se trate de contratos armonizados o no armonizados (en función de superar o no el importe fijado como “armonización” en la Unión Europea), junto con la distinción entre entes que son Administración pública, frente a quienes adoptan formas privadas aunque se financien con fondos públicos o estén sometidos a control público (fundaciones, empresas públicas, etc.), a los que se dota de un régimen de contratación “flexible” para estas últimas, siempre que no sea contratos con sujeción europea –lo que ha llevado a la proliferación de entes público con forma privada para poder contratar con “comodidad”–, ha derivado en la práctica en la inaplicación de las previsiones y principios de la contratación pública. La publicidad, en un contexto de «dispersión de normas jurídicas», no puede cumplir su función. Urge, por tanto, una reforma que unifique el régimen normativo de todas las entidades contratantes en lo relativo a los procedimientos de adjudicación y de control, con indiferencia de su naturaleza o no de Administración pública y del importe del contrato.

8. Regulación y límite de los modificados contractuales. La posibilidad de libre modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública -frente a la actual situación que obliga con indiferencia del importe- aventura una nueva etapa de descontrol en los sobrecostes y, también, un incentivo a crear entes instrumentales para alejarse del control y reglas públicas. La decisión del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de “facilitar” la modificación contractual en contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública -aun con los límites de control cuando se supera el veinte por ciento en los supuestos no previstos- supone un claro “retroceso” en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción. Por ello, debería ser objeto de replanteamiento, optando por las mismas reglas y régimen de control para cualquier tipo de modificación contractual, pues lo que está en juego es la eficiencia y el derecho a una buena administración.

9.- Creación de un organismo independiente de control y supervisión de la contratación pública y de prevención de la corrupción. El proyecto prevé un nuevo sistema de gobernanza, del que deriva un nuevo rol de la Junta Consultiva de Contratación Pública. Sin embargo, parece más oportuno una estructura más ambiciosa y con más competencias ejecutivas para poder corregir las disfunciones en la contratación pública. El modelo italiano de Agencia Nacional para prevención de la corrupción puede ser de interés. Obviamente la agencia de integridad en la contratación pública debería tener carácter independiente. En todo caso, a efectos de evitar que una multiplicidad de órganos y entidades con competencias de control y supervisión de la contratación pública, y la fragmentación y dispersión que ello generaría en dicho ámbito, podría valorarse la posibilidad de proponer como alternativa la reforma del

estatuto jurídico y de las facultades de los órganos y entidades con competencias de control de la contratación pública que ya existen en la actualidad (Tribunal de Cuentas, , etc.), atribuyéndoles incluso competencias ejecutivas

10.- Impulso a la profesionalización. Debe quedar claro que la composición de la mesa de contratación, como órgano de asesoramiento técnico, impide que participen cargos políticos. Y en todo expediente de licitación, en especial los de concesión o de importe elevado, debe existir con carácter habilitante un informe detallado de conveniencia financiera suscrito por funcionarios.

11.- Equidad y transparencia fiscal en la ejecución de los contratos. En el artículo 200, que regula las *Condiciones especiales de ejecución del contrato*, se propone adicionar un nuevo párrafo tercero (de manera que el actual párrafo tercero pase al cuarto) con el siguiente texto: “*Los órganos de contratación establecerán condiciones especiales de ejecución que obliguen a la empresa adjudicataria a ejecutar el contrato con criterios de equidad y transparencia fiscal, sin incurrir en blanqueo de capitales, fraude fiscal, delito contra la Hacienda Pública o utilización de paraísos fiscales. Igualmente se exigirá a la empresa adjudicataria que los ingresos o beneficios procedentes del contrato público no podrán en ningún caso destinarse a realizar operaciones en ningún país considerado paraíso fiscal ya sea de forma directa o a través de empresas filiales. Las empresas licitadoras realizarán una declaración responsable asumiendo el compromiso de cumplimiento de la citada condición especial de ejecución. Dichas declaraciones responsables serán públicas, y tendrán carácter de obligación contractual esencial, lo que facultará al órgano de contratación a la imposición de sanciones o a la rescisión del contrato*”. El concepto de "paraíso fiscal" vendrá determinado por los territorios incluidos en las listas de la OCDE, la Unión Europea y por la legislación española.

CONCLUSIÓN

Transparencia Internacional España entiende que las anteriores medidas son ineludibles si se pretende una nueva arquitectura jurídica de la contratación pública cimentada sobre los principios de *integridad*, de *transparencia* y de *prevención de la corrupción y la evasión fiscal*. Una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos de acuerdo con su *derecho a saber*, y bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada de la contratación pública.