

SUMARIO

II JORNADAS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LOS OCEX	2
NOTICIAS OCEX	6
INFORMES OCEX	12

La Cámara de Cuentas de Andalucía organiza las II Jornadas de los servicios jurídicos de los OCEX

El pasado 15 de octubre la Cámara de Cuentas de Andalucía organizó, en colaboración con el Parlamento de Andalucía, las II Jornadas de Estudio de los Servicios Jurídicos de los órganos de fiscalización externa. El tema que se abordó fue “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española”. En el acto de inauguración participaron el Presidente del Parlamento andaluz, Juan Pablo Durán, y el Presidente de la Cámara de Cuentas de Andalucía, Antonio López. Al acto acudieron miembros del pleno de la institución fiscalizadora andaluza, presidentes y consejeros de otros órganos de control externo y diferentes autoridades.

El Presidente del Parlamento andaluz valoró los avances legislativos previstos en la futura Ley de Contratos del Sector Público en España “destinados a mejorar la integridad y la transparencia en la contratación pública y evitar posibles casos de corrupción”.

En concreto, Durán desatacó que la futura normativa estatal se aplicará a los partidos políticos, fundaciones vinculadas a estos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales financiados mayoritariamente con dinero público que deberán someterse a lo establecido en la norma cuando cumplan los requisitos para ser considerados “poder adjudicador”.

Por su parte el Presidente de la Cámara de Cuentas señaló, respecto al papel que deben asumir los órganos de control externo que, “el informe de la Comisión Europea sobre lucha contra la corrupción en la Unión Europea de febrero de 2014, considera al analizar el sector de la contratación pública, que -en muchos Estados miembros, los Tribunales de Cuentas se han convertido en actores clave en la identificación de las lagunas y deficiencias de los procedimientos de contratación pública-, al tiempo que resalta su papel en la reforma de la lucha contra la corrupción”.

“Entendemos que se ha perdido una importante oportunidad en orden a reforzar el papel de los OCEX y Tribunal de Cuentas cuando en la Ley de Transparencia y buen gobierno, no se han añadido como conductas típicas del sistema sancionador determinadas prácticas elusivas de las obligaciones de rendir cuentas de las Administraciones Públicas, o se han dejado de incluir medidas o mecanismos eficaces en orden a garantizar el seguimiento de las recomendaciones de los Tribunales de Cuentas”, destacó el Presidente del órgano fiscalizador andaluz.

Conclusiones de las II Jornadas de los servicios jurídicos de los OCEX

A continuación se expone un resumen de las conclusiones generales de cada unas de las ponencias celebradas

PRIMERA PONENCIA: La reforma comunitaria en materia de contratos públicos: una visión desde la perspectiva de la integridad

José M^a Gimeno Feliu, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza y Presidente del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón, después de contextualizar la nueva regulación comunitaria en materia de contratación pública, reflexionó sobre los puntos críticos de nuestra legislación, confrontándolos con los principios comunitarios de transparencia, e integridad.



Llamó así la atención sobre la realidad en materia de contratación, dado que se trata de un sector al que el Parlamento Europeo ha considerado como uno de los más expuestos a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción, en forma tal que dichas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, al tiempo que siembran la desconfianza de la ciudadanía respecto de las Instituciones Comunitarias. Por ello, las nuevas Directivas de contratación pública (23, 24, y 25 de 2014) –denominadas de cuarta generación-, persiguen como objetivos complementarios, los de incrementar la eficiencia del gasto público así como de los procedimientos de contratación, lo que pasa por su racionalización y simplificación.

Inició así en el principio de transparencia, que no puede ser contemplado como un concepto formal, sino que tiene que servir para propiciar una concurrencia efectiva y la igualdad de trato entre los licitadores, todo ello en línea con la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra el Reino de España) aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de contratación pública. En este aspecto la legislación española ha mostrado una clara debilidad que ha intentado corregirse con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de unidad de mercado al introducir la obligación de publicar en la Plataforma de Contratos del Sector Público, toda licitación pública de cualquier poder adjudicador, sea estatal o no.

Durante su intervención revisó determinadas prácticas contractuales que permiten la opacidad exponiendo casos concretos en los que existe un riesgo especial de prácticas calificadas como red flags en la fase de los criterios de adjudicación. Así resaltó la opacidad que en muchas ocasiones existe en el contrato menor que debe resolverse electrónicamente favoreciendo la competencia, así como la otra gran patología de los negociados sin publicidad, que deben ser efectivamente negociados y no convertirse en una adjudicación directa. Las modificaciones contractuales fueron asimismo puestas como ejemplo de ineficiencia, dado que en muchos casos sirven para obviar los principios de concurrencia y publicidad, sin que la imprevisión o la torpeza puedan ser razones validas para la modificación de un contrato.

A modo de conclusiones finales, expuso un catálogo de decisiones comunitarias que habrán de ser tenidas en cuenta, resaltando el papel que los órganos de fiscalización externos deben jugar en la materia, dado que la auditoría de contratos contribuye a perseguir el objetivo de transparencia en las compras públicas, previene la corrupción y propicia la eficiencia y economía de las operaciones abogando el ponente por reforzar su papel, pues los órganos de control no deben ser considerados como un gasto público, sino como una inversión rentable para el interés general.

SEGUNDA PONENCIA: Incidencia en la legislación española de la reforma comunitaria

Juan José Pardo García-Valdecasas, Abogado del Estado y Presidente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, descendió desde el estudio del Derecho Comunitario al análisis de su incidencia en la legislación española.

Miembro -junto con el profesor Gimeno Feliu-, de la comisión de expertos redactora del anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por el Consejo de Ministros el día 17 de abril de 2015, expuso alguno de los puntos fundamentales de la modificación legislativa propuesta.



Resaltó la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos, así como el de colaboración público-privada, calificándolo de fenómeno más que de contrato al englobar en su denominación diferentes tipos contractuales. En cuanto al contrato de concesión de obras públicas resaltó las diferencias conceptuales entre el tradicional de riesgo y ventura del contratista, frente al «riesgo operacional» definido por el Derecho Comunitario y plasmado en el artículo 14, apartado cuatro del anteproyecto, que en este punto ha seguido fielmente la Directiva utilizando términos economicistas que deben ser definidos conforme a la Jurisprudencia comunitaria.

Expuso la preocupación por garantizar el principio de integridad, se establece un precepto dedicado a la lucha contra la corrupción y prevención de conflictos de intereses, al tiempo que se establece un nuevo modelo de prohibiciones de contratar.

Otra importante novedad del borrador, es la introducción de nuevos conceptos en los criterios de adjudicación del contrato, en forma tal que la oferta económicamente más ventajosa debe vincularse al objeto del contrato, integrando por todas las prestaciones que deben realizarse en virtud del contrato en «cualquier etapa de su ciclo de vida», en la forma definida también por el propio borrador. Asimismo, llamó la atención también sobre la utilización de otros criterios cualitativos de desempate de carácter social.

Se detuvo también el ponente en resaltar que siguiendo los postulados comunitarios, se han establecido en el borrador diversas medidas a favor de las PYMES, dando una nueva regulación a la división en lotes de los contratos. Se invierte así la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que, sólo si se no se divide, nace la obligación de justificar la decisión. Por lo tanto, se impone la división de los contratos siempre que sea posible y sin necesidad de justificación, a los efectos de que las Pymes puedan acceder de modo directo a los contratos públicos. Se regula asimismo la oferta integradora y se prevé la posibilidad de limitar el número de lotes.

TERCERA PONENCIA: Auditoría de contratación y novedades comunitarias

Enrique Muñoz Juan, Letrado de la Cámara de Cuentas de Andalucía, y Coordinador de Cuenta General, estructuró su ponencia en dos bloques, pues de un lado incidió en las conclusiones y recomendaciones que han incorporado los OCEX en sus informes de fiscalización sobre contratación pública en los últimos 5 años, y de otro, resaltó las novedades introducidas en el borrador del anteproyecto de ley.

En cuanto al procedimiento abierto, nuestros informes ponen de manifiesto deficiencias relativas al establecimiento, definición y aplicación de los criterios objetivos de adjudicación, así como una insuficiente determinación de las fórmulas y métodos de valoración y ponderación de los criterios. Asimismo, se ha constatado que los PCAP utilizan como criterios

de adjudicación factores que aluden a las características subjetivas de las empresas, dirigidas a apreciar la aptitud (solventía), circunstancias éstas que deben valorarse en la fase de selección y no en la de adjudicación del contrato. De otra parte, las Comisiones asesoras de la Mesas establecen subcriterios o normas de valoración complementarias, para graduar las puntuaciones a otorgar; reglas que, conforme a los principios de publicidad, transparencia e igualdad de trato de los operadores económicos, debieron estar incluidas en los PCAP, al objeto de que fuesen conocidas por los licitadores en el momento de elaborar sus ofertas.

En el nuevo texto comunitario y borrador de anteproyecto, una de las novedades más reseñables es la inclusión de dos nuevos criterios de adjudicación: la mejor relación coste-eficacia, y el coste del ciclo de vida. Ello obligará a que en los pliegos se incluyan los costes con una metodología para su valoración. Sobre esta materia ya hay experiencia en nuestro país, en concreto en la auditoría costes y precios que aplica el Ministerio de Defensa, en aquéllos casos en los que los precios de los bienes y servicios que se desean adquirir, no se determinan en el marco de lo que la doctrina económica considera un entorno de competencia efectiva, dados los condicionantes del mercado y razones ajenas de seguridad. Por ello, el Ministerio de Defensa ha desarrollado procedimientos de análisis alternativos, con la finalidad de determinar la razonabilidad del precio de los contratos adjudicados. Se acude así a la auditoría de costes y precios que dentro de la auditoría operativa, puede ser caracterizada como una auditoría de economía y eficiencia, en tanto que proporciona a los órganos de contratación que puedan adquirir bienes y servicios a los mejores precios o a precios asequibles y razonables.

En cuanto al procedimiento negociado sin publicidad, su utilización no siempre está justificada, o lo está de forma insuficiente. Por lo demás, son pocos los contratos analizados, en los que se acredita que se haya producido una negociación de los términos económicos o técnicos del contrato con los licitadores invitados. Además, aunque se fijan varios aspectos (económicos o técnicos) a negociar, la negociación se basa principalmente en el precio ofertado. En la nueva normativa que se anuncia, desaparece el supuesto de negociado sin publicidad por razón de la cuantía, y se añade a los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación, la determinación del procedimiento que se seguirá para negociar y los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas.

Por último se resaltaron otras ineficiencias el sistema, tales como que los contratos menores suelen tramitarse como varios expedientes pese a tratarse de prestaciones que pudieran englobarse en un único expediente, lo que puede constituir un supuesto de fraccionamiento del objeto del contrato, y en cuanto a la tramitación por urgencia, su justificación suele ser insuficiente o incluso inexistente, lo que supone una limitación de los principios de publicidad y concurrencia.

CUARTA PONENCIA: Los Tribunales de Contratación tras la entrada en vigor de la normativa comunitaria: ampliación del ámbito objetivo del recurso especial. Encomiendas de gestión

M^a José Santiago Fernández, Letrada de la Junta de Andalucía y Presidenta del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, abordó el estudio de la regulación comunitaria y de las novedades introducidas en el anteproyecto, en lo referido al nuevo papel otorgado a los Tribunales contractuales, y en particular en relación a los encargos de ejecución.

Así llamó la atención en primer lugar sobre la reciente STJUE de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, en la que el Tribunal comunitario al analizar la cuestión prejudicial planteada por el órgano de recursos contractuales de Cataluña, declara que los órganos de recursos contractuales de España son órgano jurisdiccional, pues les reconoce las notas exigidas para tal consideración: carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción.

Precisamente, una de las novedades del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, está en que el recurso especial en materia de contratación, -que hasta ahora se configuraba como potestativo-, se convierte en un recurso obligatorio previo al contencioso administrativo. Ello se valora muy positivamente por la ponente, habida cuenta de que la misión fundamental de estos órganos es evitar la conflictividad judicial, cuestión ésta que efectivamente se está consiguiendo por estos órganos independientes. Como ejemplo reseña en el caso del Tribunal andaluz (TARCA), de las 900 resoluciones dictadas hasta la fecha, sólo se han recurrido en el orden contencioso-administrativo 48, lo que pone de manifiesto que en el 95% de los casos, sus resoluciones han sido la única solución vinculante para el conflicto, poniendo fin al litigio entre las partes.

Además añadió, existen otras modificaciones en el borrador, tanto de orden formal como material. Materialmente, se amplía la jurisdicción de los Tribunales contractuales, desde el momento en que se incluyen como nuevo objeto del recurso tanto las modificaciones como los encargos de ejecución. Precisamente, sobre esta última cuestión, llama la atención sobre el cambio de terminología operado, en el sentido de que ya no hablamos de encomiendas, sino de encargos, lo que permite diferenciar esta figura de la propia de la LRJPAC.

El nuevo texto, utiliza además las categorías comunitarias de cooperación vertical y horizontal, distinguiendo a su vez, entre el control vertical individual y el control vertical conjunto. Y una de sus novedades más reseñables es el de la necesidad de que los medios propios cuenten con medios suficientes en orden a cumplir el encargo que les sea realizado. En este sentido, el importe de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros no puede exceder del 60% de la cuantía del encargo, salvo que se establezca expresamente otro límite en el propio documento de encargo. Asimismo se exige que la empresa haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad.

QUINTA PONENCIA: El papel de los Consejo Consultivos en relación con las nuevas competencias asignadas a los Tribunales Administrativos de Contratación. Modificaciones Contractuales

Francisco López Menudo, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla y Presidente del Tribunal Administrativo del Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía, desarrolló su ponencia sobre las modificaciones contractuales y el papel que en la materia han de jugar tanto los Tribunales administrativos especializados como los órganos consultivos.

El ponente puso de manifiesto que existe un cierto solapamiento entre ambos órganos, y estudiando la conveniencia de su coexistencia, analizó casos singulares como el de Castilla-León y Extremadura, en que se ha renunciado a los tribunales administrativos y remitido el conocimiento de los recursos contractuales a los órganos consultivos, cuestionándose así su independencia.

Asimismo, se extendió en el análisis de las exigencias de cualificación e independencia que deben adornar a este tipo de órganos a los efectos de que cumplan las exigencias constitucionales.

Finalmente concluyó señalando que cualquier consejo consultivo de España cumple con creces con las garantías exigidas por la normativa comunitaria para ser órganos jurisdiccionales, pero que sin embargo, un órgano que cumple dicha doble función plantea muchas dudas desde el punto de vista de los principios comunitarios, sobre todo teniendo en cuenta la necesidad de neutralidad, que se rompe cuando los consejos consultivos ya han emitido dictamen.

Por lo tanto y como conclusión final, defendió el ponente la compatibilidad de ambos medios de control.