

# LA COLABORACION PUBLICA-PRIVADA Y LA CONTRATACION PUBLICA ELECTRONICA EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO (2 CONGRESO OBSERVATORIO DE CONTRATACION PUBLICA.

Barcelona, 13 y 14 de noviembre de 2018)

**JOSE MARIA GIMENO FELIU**

**Universidad de Zaragoza**

*Catedrático de derecho administrativo*

*Facultad Derecho. Universidad Zaragoza.*

*Director Observatorio de Contratación pública ([www.obcp.es](http://www.obcp.es))*



Cátedra Estrategia e Innovación en  
la compra pública en el Sector Salud

Universidad Zaragoza



Observatorio  
Contratación Pública



Universidad  
Zaragoza

# IMPORTANCIA DE LA CONTRATACION PUBLICA

El sector de los contratos públicos es, hoy en día, de máxima actualidad no sólo por novedades de índole jurídica, sino también por la incidencia que el mismo tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados.

La contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar, y reflexionar, sobre cómo debe prestar su actividad las Administraciones públicas.

**Hay que Romper con la idea de “siempre se ha hecho así”. Evitar la autocomplacencia.**

**La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público DEBE SER UNA VENTANA DE OPORTUNIDAD**



# IMPORTANCIA DE LA CONTRATACION PUBLICA

No debe olvidarse la importante dimensión económica de la contratación pública y su impacto en PIB. La información más reciente se encuentra en el documento OCDE “Government at a Glance 2017” (<http://www.oecd.org/gov/govataglance.htm>), donde, para España (p. 173) se indica un porcentaje en PIB de 16,5 para contratos clásicos de 16, 9, 11 de servicios públicos (concesiones) 1,5 de defensa. En total un 29.4 PIB

Los datos de la Comisión (de 2014, sitúan la suma sobre el 20 por ciento PIB).



# IMPORTANCIA CONTRATACION PUBLICA

**EUROPA insiste en la VISION ESTRATEGICA DE LA CONTRATACION PÚBLICA:** “Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 10 de 2015, relativo a la Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión, recuerda que la política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación a la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema.

En este entorno, **el incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, para el consecuente atajo de los mismos, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la integridad lo que DEBILITA ESA FUNCION ESTRATEGICA.**



# NECESIDAD DE NUEVO MODELO JURIDICO Y PROCEDIMENTAL

Necesidad de sistema jurídico más estable y eficaz, que, desde la necesaria simplificación, evite la dispersión normativa y permita una **gestión eficiente de los recursos públicos**.

Una normativa que, como se dice en el título, permita **un cambio de “cultura”** y habilite una gestión diseñada desde la estrategia y no desde la burocracia.

**Rediseño de los procedimientos** de contratación pública pensando en la mejor solución y ejecución.



# NECESIDAD DE EVITAR LA SOBREGULACION

**EVITAR, COMO ACONSEJAN LAS INSTITUCIONES EUROPEAS, LA SOBREGULACIÓN: AVANZAR EN SIMPLIFICACIÓN EFECTIVA.**

“La Comisión debe introducir directrices detalladas sobre simplificación a fin de informar a los Estados miembros y a sus regiones acerca de su cometido de eliminar, o al menos de reducir significativamente, la carga administrativa y la sobrerregulación que se observan, a escala nacional y local, en los procesos de contratación pública, [...] intentando evitar cambios frecuentes en las normas, simplificar el lenguaje y uniformizar los procedimientos” *Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2015 [2015/2772 (RSP)]*

**El problema práctico de la “densidad” de la LCSP de 2017 y de los problemas interpretativos. HAY QUE AVANZAR HACIA UN VERDADERO CODIGO.**

**Un modelo distinto: la Ley Foral, 2/2018, de Contratos Públicos de Navarra.**



# GOBERNANZA EUROPEA Y CONTRATACION PUBLICA: EL VALOR DEL CONTRATO PUBLICO

En pleno siglo XXI, caracterizado por una globalización económica y una competencia sobre modelos diversos de productividad, la estrategia sobre como realizar las adquisiciones públicas, se presenta como la principal elemento diferenciador en la propia configuración del modelo económico y social (**el contrato público es HERRAMIENTA**: Gimeno, 2006).

**REPENSAR UN MODELO DE CONTRATACION PUBLICA DISTINTO PARA EL LIDERAZGO INSTITUCIONAL: ELIMINAR LA BUROCRACIA, ACTUALIZAR LA “ORGANIZACIÓN” Y DESARROLLAR UN MODELO EFICIENTE DE COLABORACION PUBLICO-PRIVADA.**



# EL VALOR ESTRATEGICO DE LA CONTRATACION PUBLICA COMO MANDATO LEGAL

*“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.”*

**Art. 1.3 LCSP 2017** (idea ya apuntada por GIMENO, 2014)





# SIGNIFICADO DEL VALOR ESTRATEGICO DE LA CONTRATACION PUBLICA

La contratación pública debe ser visualizada como una potestad o **herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos** para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas.

Lo que **importa es la mejor solución: la relación calidad/precio.**

El valor de la innovación y promoción tejido empresarial.

La mejor calidad y atención de prestaciones en el ámbito de las personas



# LA CALIDAD COMO ESTRATEGIA INELUDIBLE

La justificación de esta nueva visión de la contratación pública obliga a repensar la política de contratación pública, que debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir vía contrato público y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un principio irrenunciable de la decisión a adoptar. Es más, conforma un elemento de lo que sería la correcta aplicación del principio de buena administración (por todas STJUE 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates*, que lo vincula a la diligencia). **Difícilmente se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y el contrato.**



# LA CALIDAD COMO ESTRATEGIA INELUDIBLE

La calidad de la prestación es, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público. Pues, **sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato.** La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta



# LA COLABORACION PUBLICO PRIVADA: FUNCION

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que **el interés público se satisface tanto por los poderes públicos como por la iniciativa privada**, lo que sugiere nuevos retos para la gestión de la contratación pública, utilizada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas, que aconseja una reflexión sobre las formas de gestión de los servicios públicos y actividades de interés general y su encuadre en la lógica del estado de Bienestar.



# LA COLABORACION PUBLICO PRIVADA: FUNCION

El debate jurídico-técnico exige alejarse de posturas apriorísticas maximalistas: ni la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con gestión directa. Pero EUROPA prefiere los sistemas de colaboración público-privada (Directiva 2014/23/UE de concesiones y *sotf law* previo).



## LA COLABORACION PUBLICO PRIVADA: CONTEXTO

El resultado final de la regulación de la actividad económica es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras –unas de supervisión de la actividad y otras de control o intervención– de carácter vertical y horizontal. Y cualquier decisión política debe coherente con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, con la lógica de la mejor satisfacción del interés público.



# LA COLABORACION PUBLICO PRIVADA: CONTEXTO

Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público (J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS, *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017).



# CONTRATOS PUBLICOS Y MEDIOS ELECTRONICOS: SITUACION

El desarrollo práctico de la contratación pública electrónica está generando problemas, quizá por la ausencia de una adecuada "política de transición" hacia este escenario y por la falta de un diseño de puesta en funcionamiento de un sistema de colaboración público-privada (y también pública-pública) para conseguir los objetivos. Continúa pesando mucho la cultura del procedimiento en papel, y existen tanto problemas técnicos, ya que no se ha consolidado la Administración electrónica, como de resistencia al cambio.





# CONTRATOS PUBLICOS Y MEDIOS ELECTRONICOS: SITUACION

Cumplida la fecha de 18 de octubre de 2018 es **obligatoria la publicidad y notificación mediante medios electrónicos, así como la obligación de presentar ofertas de forma electrónica** (hacerlo en papel sería causa de exclusión, como ha señalado, por ejemplo, la Resolución núm. 632/2018, de 6 de julio, del TACRC o la Resolución 104/2018, de 22 de octubre del TARCYL).

El procedimiento no tiene porqué ser electrónico, aunque las ventajas de subastas electrónicas o sistemas dinámicos de adquisición de compras, son herramientas muy útiles para una gestión más eficaz y sencilla de la contratación pública.



# CONTRATOS PUBLICOS Y MEDIOS ELECTRONICOS: OBLIGACIONES

Con la nueva LCSP el acceso a los pliegos y demás documentación complementaria debe ser por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados (información que debe estar disponible durante un plazo de tiempo).

**El artículo 347 obliga a publicar toda licitación en la Plataforma de Contratos del sector Público (PCSP).**

**La PCSP debe servir para la publicidad y rendición de cuentas, pero no DE MONOPOLIO DE LA CONTRATACION ELECTRONICA.**



# CONTRATOS PUBLICOS Y MEDIOS ELECTRONICOS: DISFUNCIONES

El artículo 347 LCSP permite al Estado ofrecer soluciones de contratación electrónica a otros poderes adjudicadores. PERO debe respetar los principios regulatorios y no distorsionar el mercado.

Debería favorecerse la implantación de un sistema en competencia, homologado, de servicios electrónicos que permitan cumplir exigencias legales de utilización de medios electrónicos, adaptándose a las necesidades y condiciones de cada poder adjudicador.



# CONTRATOS PUBLICOS Y MEDIOS ELECTRONICOS: DISFUNCIONES

La práctica del Estado en la “imposición” de su sistema de contratación pública electrónica puede ser contraria a Derecho por:

- a) **Falsear la competencia, creando un monopolio público no previsto ni amparado en la Ley.**
- b) **Afectar al sistema de competencias administrativas**
- c) **Impedir la adaptación del modelo a concretas especialidades organizativas públicas**
- d) **Burocratizar indebidamente los procedimientos al imponer idénticas soluciones licitatorias**



# CONTRATOS PUBLICOS Y MEDIOS ELECTRONICOS: DISFUNCIONES

**SE AFECTA A LA COMPETENCIA** porque la aplicación práctica de la previsión del artículo 347 (que lo era en clave de cooperación) está creando un monopolio público no previsto ni amparado en la Ley, excluyendo de tal actividad a la iniciativa privada. Esta práctica vulneraría el artículo 128.2 CE (los monopolios públicos son excepcionales) y la Ley de Defensa de la Competencia, al evitar que una prestación típicamente contractual pueda ser objeto de concurrencia (Vid. Resolución Autoridad Vasca Competencia en expediente 7/2013).

Las consecuencias de esta práctica son especialmente graves, al afectar al principio de seguridad jurídica y confianza legítima y poner en riesgo inversiones (y, especialmente, la innovación y avance técnico en un sector tan dinámico y estratégico).



# CONTRATOS PUBLICOS Y MEDIOS ELECTRONICOS: DISFUNCIONES

**SE AFECTA A LAS COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS PORQUE ESTA PRÁCTICA, POR SU INTENSIDAD (Y FINALIDAD) ES UN EJEMPLO DE *SPENDING POWER***, prohibido por nuestro Tribunal Constitucional: **STC 242/1999**, de **21 de diciembre** al afirmar que "no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado" o, lo que es lo mismo, "que el Estado... no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público), entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial" (FJ 6).

**La mera existencia de fondos presupuestarios y de la facultad de aplicarlos no es un título competencial habilitante para actuar sobre una determinada materia.**



# CONTRATOS PUBLICOS Y MEDIOS ELECTRONICOS: DISFUNCIONES

**SE IMPIDE LA ADAPTACIÓN DEL MODELO A CONCRETAS ESPECIALIDADES ORGANIZATIVAS PÚBLICAS.** En un Estado con multiplicidad de poderes adjudicadores y con normativa organizativa diferente el modelo estatal impone y “congela” las soluciones procedimentales, lo que es contrario al principio de flexibilidad y de simplificación administrativa.

La Disposición Adicional Segunda de la Ley 39/2015 no da cobertura normativa suficiente para esta práctica.

Los problemas son de especial intensidad en el mundo local, la Administración institucional y la compra pública en el ámbito sanitario.



# CONTRATOS PUBLICOS Y MEDIOS ELECTRONICOS: DISFUNCIONES

**SUPONE BUROCRATIZAR INDEBIDAMENTE LOS PROCEDIMIENTOS AL IMPONER IDÉNTICAS SOLUCIONES LICITATORIAS a todo poder adjudicador.**

La extensión/imposición de un modelo uniforme conlleva restricciones burocráticas innecesarias y una evidente resistencia al necesario cambio en esta materia.

Supone, además, un riesgo innecesario por “concentración excesiva” de información pública sensible, que conlleva la consideración de los sistemas estatales de contratación pública electrónica como infraestructuras críticas (Ley 8/2011, de 28 de abril).





# CONTRATOS PUBLICOS Y MEDIOS ELECTRONICOS: DISFUNCIONES

**LA PRÁCTICA DE “UNIFORMIZACIÓN” DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA DEL ESTADO PUEDE RESULTAR, ADEMÁS, CONTRARIA AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE EFICIENCIA DE LOS FONDOS PÚBLICOS (ARTÍCULO 31 CE).**

Los costes globales del modelo estatal (diseño del software, mantenimiento, almacenamiento de datos, adaptaciones, formación a gestores, etc.) pueden resultar muy elevados por comparación a los costes de fórmulas de colaboración-público privada ya existentes (e igualmente fiables).

Los problemas de seguridad de la información y la gestión documental complican la opción estatal y laminan aun más el principio de eficiencia (y el de estabilidad presupuestaria).



# EPILOGO

El nuevo marco regulatorio de la Unión Europea en materia de contratos públicos y nuestra Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público debe ser una oportunidad para **ACOTAR LAS MALAS PRÁCTICAS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y REPENSAR TANTO CÓMO ARTICULAR UNA NUEVA GESTIÓN** que satisfaga los intereses públicos con respeto a los principios de igualdad de trato, eficacia, transparencia, eficiencia y rendición de cuentas, como cual es la “mejor” organización administrativa.

Para tal fin **ES NECESARIO UN NUEVO ESCENARIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA**, que pivote sobre la lógica de la colaboración público-privada, para **ofrecer la solución/servicio que mejor se adapte a las necesidades de los distintos poderes adjudicadores (resulta de interés analizar la experiencia al respecto en otros Estados de la Unión Europea).**

Además, hay que **avanzar hacia MÁS Y MEJOR TRANSPARENCIA**, que debe coordinarse con las necesarias medidas de regeneración democrática (y de ejemplaridad y ética pública), que permitan asentar nuestro sistema institucional público.



## EPILOGO

Para **cumplir estos objetivos es necesario, además de un cambio de “cultura”** (superar la “presión política” de hacer más por menos y a corto plazo), disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*), con la finalidad de “acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo” (W. Dening).



## EPILOGO

La arquitectura de la contratación pública electrónica debe asentarse sobre **un modelo leal de colaboración público-privada**, que fomente la calidad del servicio, su adaptabilidad y flexibilidad y la eficiencia desde una perspectiva horizontal y no vertical.

**La Administración Pública deberá vigilar, como garante final, la correcta actuación en este campo, exigiendo la previa homologación de las empresas que oferten sus servicios en este ámbito mediante el cumplimiento de estándares previos de calidad.**



## CONCLUSION

**Como CONCLUSION FINAL:** Hay que “huir” de monopolios públicos (que son ilegales e ineficientes) y trabajar más una adecuada política de homologación de servicios de contratación pública electrónica (como sucede en otros países), con una verdadera interoperabilidad, en vez de que las Administraciones públicas asuman el coste de diseñar y mantener sistemas propios, lo que puede ser ineficiente desde la perspectiva de gestión de recursos públicos e incluso generar cierta debilidad desde la perspectiva de la seguridad de las infraestructuras.



# UNA ULTIMA REFLEXION: INTELIGENCIA INSTITUCIONAL

Las **Administraciones Públicas** tienen el reto de desarrollar una **correcta inteligencia institucional** desde la perspectiva de la óptima organización y de la mejor captación de conocimiento y talento para poder abordar con posibilidades de éxito las complicadas decisiones que se derivan de una sociedad tan compleja e interrelacionada. Aprender a cooperar con otras instituciones públicas y con los entornos privados (lucrativos y no lucrativos), desde la lógica del *win/win* (todos ganan), puede permitir una más adecuada prestación de los servicios públicos y los principios de equidad que los inspiran.

La **buena administración, como derecho fundamental** de los ciudadanos, exige este nuevo modelo de inteligencia institucional, que dé respuestas ágiles, correctas y eficientes a las necesidades que vayan surgiendo en cada momento y mejorar, por ello, la cadena de valor de nuestras Administraciones públicas.

Por ello, desde esta lógica **URGE** revisar la práctica del modelo estatal de contratación pública electrónica, que puede causar importantes distorsiones no deseadas.



Muchas Gracias por su atención



Cátedra Estrategia e Innovación en  
la compra pública en el Sector Salud  
**Universidad** Zaragoza



Cátedra Estrategia e Innovación en  
la compra pública en el Sector Salud  
**Universidad** Zaragoza



**Universidad**  
Zaragoza