

## **IV Seminario de Contratación Pública**

*Los retos inminentes de la contratación pública*

Organizado por el Observatorio de Contratación Pública

Formigal (Huesca) 18, 19 y 20 de Septiembre 2013

# **La transparencia de la contratación pública, nuevas perspectivas.**

MARIA ASUNCION SANMARTIN MORA

Vocal de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad  
Autónoma de Aragón.

[\(masanmartin@aragon.es\)](mailto:masanmartin@aragon.es)

### **I. Introducción.**

Las iniciativas normativas en materia de transparencia de estos últimos años y fundamentalmente el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante PLT) que está tramitándose en las Cortes Generales, han puesto de actualidad la cuestión sobre la información que difunden los entes del sector público en relación con su gestión y en concreto por lo que aquí nos interesa en relación con la contratación pública.

Se analiza en distintos foros si esta información es suficiente y qué nuevos datos deberían publicarse. Desde ámbitos del propio sector público se muestra preocupación por como se van a coordinar las nuevas exigencia de publicidad

con las obligaciones que ya recoge la normativa de contratos públicos. También se analiza en que medida ampliar la información sobre la contratación pública va a redundar en una mayor apertura de la competencia y en consecuencia en mayor eficiencia.

## **II. El principio de transparencia y su implementación en la contratación pública.**

El principio de transparencia es un principio general que debe presidir el funcionamiento de las Administraciones Públicas en sus relaciones con los ciudadanos. Así se recoge en el artículo 3.1 LRJPAC, como concreción o consecuencia del artículo 103.1 CE y actualmente de forma expresa en algunos Estatutos de Autonomía, entre ellos el de Aragón en su artículo 62.3.

El PLT desarrolla la aplicación del principio de transparencia sobre la gestión pública en general en dos aspectos, por un lado impone a los sujetos afectados unas obligaciones de publicidad activa y por otro desarrolla el derecho individual de los ciudadanos al acceso a la información pública, regulando el procedimiento para el ejercicio del mismo.

El PLT incluye la exigencia de publicidad activa en una serie de materias para las que ya existen en el Ordenamiento Jurídico español normas sectoriales que contienen obligaciones concretas de publicidad, como ocurre con la contratación pública.

Para el sector público, el principio de transparencia está proclamado como principio rector de la contratación en el artículo 1 TRLCSP, junto con los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad e igualdad de trato.

Aunque la implementación del principio de transparencia en el TRLCSP no se agota en estas obligaciones de publicidad activa, sino que como principio inspirador de la contratación tiene reflejo en la propia configuración de los

procedimientos de contratación, es cierto que una de sus consecuencias más importantes es la obligación de dar publicidad a los procedimientos de adjudicación desde la apertura hasta su resultado y a las incidencias que ocurren en el mismo. Es un instrumento fundamental en la apertura de la competencia pues promueve directamente la concurrencia en los procedimientos de licitación.

La creación del Perfil de contratante en la LCSP (actualmente regulado en el artículo 53 TRLCSP) supuso un enorme avance en ese sentido, al disponer la publicidad por medios electrónicos de la información relativa a las licitaciones.

En el Perfil se da publicidad obligatoria en los procedimientos abiertos, restringidos, negociados con publicidad y dialogo competitivo a los anuncios de licitación, adjudicación y formalización y a la composición de las Mesas de Contratación. En los procedimientos negociados sin publicidad se da publicidad a la adjudicación y en algunos casos a la formalización. Además y en orden a dar una información completa de toda la actividad contractual, el Perfil del contratante puede incluir cualquier otro dato o información sobre la misma.

El PLT, por su parte, recoge dentro de las obligaciones de publicidad activa una referencia expresa al ámbito de contratos e impone la necesidad de publicar todos los contratos cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, incluidos los contratos menores, con indicación del objeto, 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. Igualmente serán objeto de publicación las modificaciones del contrato, las decisiones de desistimiento y renuncia. También es relevante señalar que el PLT incluye dentro de la información a publicar en relación con los convenios, la obligación de dar publicidad a las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios,

procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma. Toda la información se publicará en el Portal de Transparencia.

Como ocurre con otras materias en las que el PLT marca obligaciones de publicidad activa que a su vez ya tienen actualmente su propia regulación sectorial, la doble regulación de las obligaciones de publicidad activa en el TRLCSP y el PLT, lleva a preguntarse cómo se van a compaginar las mismas.

Hay que señalar que el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, manifestó su preocupación sobre esta cuestión.

El dictamen del Consejo de Estado advierte con carácter general que el anteproyecto no precisa su relación con otras normas vigentes y como consecuencia del juego conjunto de las remisiones que contiene y las cláusulas que salvaguardan la vigencia de algunos regímenes especiales, junto a la ausencia de disposiciones derogatorias, no resulta sencillo determinar cual es la norma de aplicación preferente. Esta colisión puede surgir de manera particularmente intensa en materia de subvenciones y contratos del sector público. En concreto respecto de los contratos, el Consejo de Estado aprecia un solapamiento entre el contenido del anteproyecto y las normas de TRLCSP y en la medida de que las normas de contratación pública que son transposición del Derecho de la Unión Europea, tienen carácter prevalente, la aplicabilidad del anteproyecto queda a su juicio en la indefinición.

Entiende el Consejo de Estado que cabría pensar que las previsiones del anteproyecto no han de afectar al régimen que establece el TRLCSP, pero de ser esta la conclusión acertada, considera obligado revisar algunos de los preceptos. En concreto, la disparidad entre el artículo 6 a) del anteproyecto (actual artículo 8 a) del PLT) y el artículo 154 TRLCSP relativo a la publicidad de la formalización de los contratos, en cuanto a en que sede se ha de realizar la publicidad y en cuanto a la amplitud de la misma, implica que haya que

realizar actividades de publicidad duplicadas y no enteramente coincidentes que en su opinión, exceden de lo razonable.

La solución a este problema, a mi entender, hay que buscarla analizando el objetivo o fin último que persiguen cada una de estas regulaciones.

Las obligaciones de publicidad activa del TRLCSP se refieren al procedimiento de adjudicación de los contratos y la configuración del Perfil del contratante es la de un instrumento de publicidad dirigido fundamentalmente a los operadores económicos interesados en la licitación y adjudicación del contrato, de hecho en ningún momento el TRLCSP hace alusión a publicar información sobre la fase de ejecución del contrato.

Por otra parte, la publicidad en el Perfil tiene en muchas ocasiones efectos jurídicos (anuncios de licitación que abren el plazo de presentación de proposiciones, anuncios de adjudicación que abren el plazo para interponer la cuestión de nulidad, etc.).

Frente a esto la finalidad de las obligaciones de publicidad activa del PLT es la de difundir de forma periódica y actualizada la información que permita garantizar el control de la actuación pública.

Se trata de dar información al ciudadano como sujeto político, como titular del derecho a participar en los asuntos públicos que le reconoce el artículo 23 CE, del resultado de la gestión pública. La publicidad activa que propugnan las normas sobre transparencia está ligada al principio de participación y ambos son la base del Gobierno Abierto, concepto aún en construcción pero que hace referencia a una nueva forma de gobernar que conecte de forma más fluida con la sociedad, con ello se conseguirá fortalecer la democracia representativa que está sufriendo una crisis por la desconfianza de la ciudadanía hacia las instituciones.

Algunas normas autonómicas sobre transparencia recogen definiciones de publicidad activa que van en esa línea. La Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y Gobierno Abierto de Navarra en su artículo 3 c) define la publicidad activa como la “obligación de difundir de forma permanente aquella información pública mas relevante para garantizar la transparencia de la Administración Pública” y el Anteproyecto de Ley de Transparencia de Andalucía lo hace como “la obligación de hacer pública por propia iniciativa la información pública cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de su actuación pública”.

Para cumplir con ese objetivo de servir al ciudadano para formarse una opinión sobre como se están administrando los asuntos públicos - recordemos que el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza de forma explícita a todas las personas “el derecho a una buena administración” - la información que se ponga a disposición del ciudadano tiene que ser relevante en el sentido de que sea importante o significativa - no vale abrumar al ciudadano con un aluvión de datos – y tiene que ser crítica, es decir precisa y veraz.

Además tiene que darse en un formato accesible al ciudadano, el PLT indica que la información deberá ser publicada de manera “clara, estructurada y entendible”.

Por supuesto esta publicidad no tendrá en ningún caso efectos jurídicos, en el sentido de abrir plazos para reclamaciones o recursos.

Por lo tanto las obligaciones de publicidad activa del PLT y del TRLCSP son cosas distintas. Las del PLT permiten al ciudadano controlar la buena administración de los asuntos públicos y la publicidad activa del TRLCSP va dirigida fundamentalmente a los operadores económicos, de ahí que se ofrezcan en distintos soportes (Portal de transparencia / Perfil del contratante) y con distintos contenidos, sin que tengan porque existir solapamientos.

### **III. Como configurar la publicidad sobre contratación pública en un Portal de Transparencia.**

Vamos a profundizar en estas diferencias , analizando como debería configurarse la información sobre contratación pública en el Portal de Transparencia y sus diferencias con la del Perfil de Contratante.

La información sobre contratación pública en cumplimiento del PLT debería publicarse en un Portal abierto al ciudadano en general, distinto del Perfil del contratante que debe de mantener su vocación de instrumento de publicidad sobre las licitaciones dirigido a los operadores económicos, con funcionalidades adaptadas a ellos (sistema de alarmas de anuncios de licitación que puedan ser de su interés, sistema de alarmas de anuncios relativos a un procedimiento en el que están participando...) sin perjuicio de que en cumplimiento del principio de transparencia en la licitación deba incluirse como de publicación obligatoria la de algunos actos relevantes que ahora no lo son: renunciaciones, desistimientos, modificados....

Además la información en el Portal de Transparencia tiene que cumplir los requisitos ya enunciados de relevancia y precisión en cuanto a su contenido y en cuanto a la forma debe ser clara, estructurada y entendible, y esto conlleva una serie de consecuencias que la van a distinguir respecto de la publicidad en el Perfil del contratante.

- En primer lugar será distinto el momento en que se inicie la publicidad de un contrato. En el Perfil del contratante comenzará con el anuncio de licitación, mientras en el Portal de Transparencia se daría publicidad a partir del momento de la formalización. Ello sin perjuicio de la información sobre planificación que deba recoger el Portal de Transparencia que también es importante.
- También será radicalmente distinto el formato, que en los perfiles de contratante se basa en anuncios independientes de cada acto

administrativo (aunque no se puede dejar de señalar que los perfiles deberían de permitir visualizar todos los anuncios relativos a una licitación) y en el Portal de Transparencia debería adoptar la forma de una base de datos que contuviera en una sola visualización toda la vida del contrato. Ello permitiría analizar si la gestión del mismo se ha ajustado a los parámetros de una buena administración.

- Es necesariamente distinto el contenido de la información. En el Perfil del contratante la información llega hasta el acto de la formalización, en el Portal de Transparencia es necesario incluir, si de verdad se quiere que sea un instrumento de control de la gestión, la información de la fase de ejecución: modificados, contratos complementarios, subcontratación, información sobre la fecha de inicio, plazo de ejecución y fecha de recepción (para controlar el cumplimiento de plazos), importe de la liquidación (para conocer la desviación en el precio), cesiones de contrato, resoluciones, etc.
- También es distinto el plazo para publicar, casi inmediato en el Perfil y sometido a actualizaciones periódicas en el Portal.
- Además, como instrumento para conocer la gestión de los asuntos que es, el Portal de Transparencia, no se puede limitar a poner a disposición del ciudadano toda la información relevante sobre los contratos formalizados sino que tiene que dar una visión general de cómo se está gestionando la contratación pública mediante la elaboración y difusión de datos estadísticos. Así lo recoge el PLT cuando exige que se publiquen datos estadísticos sobre el porcentaje del volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los tipos de procedimientos de adjudicación. Pero caben también otras muchas posibilidades, dependiendo del grado de transparencia que se quiera conseguir: grado de desviación en los importes o plazos de ejecución de los contratos, grado de subcontratación, etc.



Dicho todo lo anterior, hay que señalar que aún siendo aspectos diferentes de la obligación de transparencia, es necesario que exista una relación o interacción entre el Portal de Transparencia y el Perfil del contratante. Partiendo de la idea de que a mi entender hay que mantener el Perfil del contratante como instrumento para la licitación de los contratos y el Portal como página de información al ciudadano, es necesario crear remisiones entre ellos, así el Portal de Transparencia debería permitir acceder a los anuncios publicados en el Perfil correspondientes a los hitos reseñados sobre un contrato. De esta forma, la información del Portal de Transparencia, mas concisa, se puede completar con el reenvío al anuncio correspondiente si lo hay, publicado en el Perfil del contratante. Asimismo el Perfil debería tener un acceso directo a la información general sobre contratación del Portal de Transparencia.

#### **IV. Otras observaciones**

Puestas de manifiesto las diferencias entre las obligaciones de publicidad activa del PLT y el TRLCSP, cabe hacer una serie de observaciones que deberían ser tenidas en cuenta por los sujetos públicos implicados en el proceso:

La primera sería que ciertamente el PLT no establece esta diferenciación y puede llevar a una cierta confusión a los entes del sector público que van a estar en su ámbito de aplicación. Ello no es óbice para que las Administraciones Autonómicas en las normas que dicten en su ámbito o la Administración General del Estado a través del desarrollo reglamentario de la futura Ley, marquen estas diferencias en la configuración de una y otra.

Asimismo, hay que poner de manifiesto que el PLT, como ya se ha comentado, impone algunas obligaciones de publicidad que deberían trasladarse también al TRLCSP, como necesidad de dar información a los licitadores a través del perfil y con efectos jurídicos para posibles reclamaciones, así por ejemplo ocurre con

los modificados de los contratos o con el desistimiento y renuncia, actos que afectan a intereses individuales de los operadores económicos que participan en el mercado. También cabe plantearse si a la información sobre los encargos de ejecución no debería dársele una publicidad inmediata en el perfil (La Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos exige que la orden de realización de los encargos de valor estimado superior al umbral comunitario se publicará en el Portal de Contratación de Navarra en el plazo máximo de 7 días desde su emisión, con expresión sucinta de las circunstancias de hecho y fundamentos de derecho que la justifican, de acuerdo con los formatos que determine la Junta de Contratación Pública, y no podrá comenzar su ejecución hasta que transcurran 10 días naturales desde la publicación del anuncio y los somete a la reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra).

Por último no puede dejar de hacerse una consideración sobre las cargas de trabajo que van a suponer las nuevas obligaciones de transparencia. Qué duda cabe que el uso de las tecnologías de la información y la comunicación permiten acometer las nuevas tareas relacionadas con la publicidad activa, con mayor facilidad, pero aún así es necesario un esfuerzo importante en la organización del funcionamiento de los servicios o unidades gestoras de la contratación y de las herramientas de que disponen para evitar cargas de trabajo desproporcionadas, duplicidades e incoherencias. Los gestores de expedientes, perfiles de contratante, registros de contratos (y también de licitadores) deben de permitir cumplir con las obligaciones de publicidad activa en materia de transparencia de la forma más automática posible.