

transparencia y...



3.7. CONTRATACIÓN PÚBLICA



Juan Carlos Gómez Guzmán
Consultor
Auditoría de Contratos

3.7.1. Transparencia en las compras públicas. *Sobrecostos de los contratos.*

1. Introducción

Normalmente, tenemos asociado el concepto de «transparencia»¹ con el de «publicidad», de ahí que muchos de los indicadores que se utilizan para medir el grado de transparencia tengan que ver con la magnitud y la calidad de la información que se ofrece al público en general acerca de la actuación y rendición de cuentas de las entidades, ya sean éstas públicas o privadas; y, por otro lado, identificamos el concepto de «transparencia» como uno que es antagónico al de «corrupción». Por lo tanto, «transparencia» y «corrupción» circulan en proporción inversa, es decir a mayor transparencia menor percepción y posibilidades efectivas para la corrupción.

En las compras públicas la «transparencia» también corre de la mano de la «publicidad» en todas las fases del ciclo de adquisición de obras, bienes y servicios, es decir: antes de la licitación –incluidas la evaluación de las necesidades y las especificaciones del pliego de cláusulas del contrato–; en la adjudicación de los contratos, con los procesos de evaluación de la capacidad para contratar del licitador y de las ofertas presentadas; y, por último de la fase de ejecución del contrato. Pero una cosa es la información contractual que obligatoriamente deben proporcionar las Administraciones Públicas contratantes y que tienen derecho a conocer los ciudadanos, y otra cosa es ser realmente transparente en la gestión de las compras.

En la fase previa a la licitación, una conducta transparente procura que haya una publicidad adecuada que proporcione la apertura de la competencia al mercado, es decir una mayor competencia. Asimismo, la inexistencia de condiciones restrictivas en las cláusulas del contrato, más allá de las que sean legalmente exigibles o razonables –como por ejemplo, la clasificación del contratista o las que exijan la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado–, indica igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores. Y todo ello presupone que habrá imparcialidad en la adjudicación.

En cuanto a la fase de la adjudicación, la transparencia se constituye en el elemento de confianza del sistema de compras públicas ya que los conflictos de intereses –que pueden desembocar en cohechos– desvirtúan la competencia citada en el párrafo anterior y eliminan la igualdad de trato entre los licitadores. Son circunstancias que desvirtúan la competencia, entre otras, las deficiencias en los pliegos de condiciones y la defectuosa aplicación de los criterios de capacitación y selección de los contratistas, su objetiva e imparcial valoración y consecuente adjudicación.

La ejecución debe responder a las expectativas de calidad puestas por el poder adjudicador en el objeto del contrato que adquiere. Asimismo, el precio por el que ha sido adjudicado el contrato, debe guardar relación con el valor real aportado y el riesgo económico y operativo asumido por el contratista. Por ello, es primordial establecer un control sobre la ejecución del contrato, tanto en sus aspectos técnicos (calidad) como económicos (precio), sobre todo cuando se producen incidencias sobrevenidas de la contratación; en concreto las modificaciones de

¹ La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en materia de gasto y contratos públicos dispone que la información relativa a la contratación de obras, bienes y servicios que deben proporcionar las Administraciones Públicas, es:

“Artículo 8. Información económica, presupuestaria y estadística.

1. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

a) 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”.

juan carlos gómez guzmán

los contratos por circunstancias que no han sido previstas en la documentación que rige la licitación. Estos casos suponen unos sobrecostes en relación con el precio inicialmente adjudicado, que aparentemente no quedan debidamente justificados y, por tanto, se plantean dudas acerca de la efectiva transparencia del precio del contrato, en general, y del modificado, en particular.

2. Los sobrecostes

Podemos encontrar abundante literatura que trata sobre el pago de precios irrazonables o de los sobrecostes que se producen en los contratos públicos, especialmente, aunque no limitado a ellos, en los de obra pública, a pesar de haber sido todos los anteriores adjudicados en procedimientos abiertos donde se supone que el precio del contrato ya es cierto y determinado, y para los que se ha procurado una amplia concurrencia con base en una suficiente publicidad de la licitación.

En particular, en el caso de los sobrecostes por modificaciones del contrato, éstas se producen porque la previsión de la modificación en los pliegos de condiciones es genérica e incluye supuestos que realmente, como analiza Vázquez Matilla (2014), ni son imprevistos ni pueden ser susceptibles de modificación del contrato, conforme a la normativa vigente.

En la actualidad, existe el caso de un proyecto en el mundo que se ha convertido en paradigmático y se lleva la palma. Me refiero al megaproyecto de la obra del nuevo Canal de Panamá, en el que las causas técnicas imprevistas o nuevas necesidades sobrepasan con mucho el precio inicial presupuestado y que no siempre puede que estén bien justificadas. En general, si no se explican y justifican convenientemente dichas causas sobrevenidas y no se acreditan exhaustivamente los costes incurridos en los modificados, se navegaría en el proceloso océano de la opacidad, en el que se pueden intuir, o sospechar, prácticas abusivas o, incluso, podrían ser reputadas de corruptas o fraudulentas.

Hay una corriente de personas que piensan que las desviaciones por exceso del precio en los contratos públicos son a menudo premeditadas. Dicho de otro modo, el coste real de un proyecto no es asumible para el contratista al precio por el que se le adjudicó, como tampoco, por otra parte, asumirían la ejecución de dicho proyecto los ciudadanos si supieran desde el principio cuál será su precio real. Y para esto solo están en condiciones de conocerlo el poder adjudicador y el contratista. Por ello, en estos casos, para ir adelante con el proyecto de lo que se trata es de iniciar la obra y crear un “agujero” tan grande que la única manera de cubrirlo sea “tapándolo” con más y más dinero, sin ofrecer, por supuesto, la más mínima explicación.

También, hay quién piensa que las adjudicaciones, por ejemplo de la obra pública, se hacen solo teniendo en cuenta el factor precio, en lugar de considerar los aspectos técnicos y de calidad. Por esta razón, los contratistas en su puja ofrecen bajas muy significativas para obtener la adjudicación, sabiendo que luego el poder adjudicador les permitirá los modificados del contrato, bajo la presunción que en éste, en ningún caso, se desbordará el presupuesto de licitación. Pero aunque el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RDL 3/2013, artículo 107) ha impuesto un límite máximo al importe de los modificados y, en consecuencia, esté forzando a los contratistas a no poder ofrecer bajas tan sustanciosas, todavía ese 10% máximo permitido, tomado sobre una base de referencia tan importante como pueda ser el del precio de adju-

3.7.1. Transparencia en las compras públicas.

Sobrecostes de los contratos.

dicación de una infraestructura, tiene como resultado en euros una cantidad lo suficientemente elevada como para hacer meditar a la Administración Pública contratante sobre la necesidad de investigar los costes reales incurridos por el contratista en el modificado.

Y no olvidemos las obras complementarias que no figuran en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, que también elevan su precio, y los que –¡¡oh, qué casualidad!!– se adjudican directamente al mismo contratista que está ejecutando el contrato principal. Así ha pasado que, en ciertas obras (véase Juan José Ganuza, pág.1), la suma de modificados y complementarios ha llegado a incrementar el precio del contrato inicial por encima del 21% del precio de adjudicación –y digo yo: bastante más podemos recordar en ciertas obras de tranvías, pabellones deportivos, y un largo etcétera que vemos casi a diario en los medios de comunicación– donde se desbordó el importe máximo del presupuesto de la licitación, “comiéndose” la baja de la oferta económica hecha por el adjudicatario en su puja.

Algunas de las causas principales –podrían calificarse, con ciertas reservas, como “naturales” al no ser sospechosas de albergar intencionalidad de fraude– que provocan que se rebase el precio de adjudicación son, sin ser una lista exhaustiva: la complejidad del proyecto, la necesidad de utilizar técnicas nuevas, mejoras y correcciones del proyecto inicial, la amplia duración de determinados contratos de obras, etc. Razonablemente, todas ellas impiden determinar a priori el precio cierto del contrato. Y, entonces, es cuando el contratista adjudicatario en un procedimiento abierto suele argumentar con vehemencia que se rompe su equilibrio financiero y que se pondrá en riesgo la obtención de la lícita rentabilidad que espera, y reclamará, más adelante, un «sobreprecio» sobre el de adjudicación por la vía del modificado o del complementario.

Sin embargo, la limitación establecida en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre la cuantía máxima de los modificados, que ya fue introducida previamente por la Ley de Economía Sostenible, de 4 de marzo (disposición final decimosexta de la Ley 2/2011), a instancia de recomendaciones de la Unión Europea, no soluciona el problema de la transparencia y el riesgo de fraude en los contratos públicos: solo pone un tope a los posibles desmanes.

En cuanto a las medidas que se proponen para combatir el problema, incluidas las recomendaciones que se hacen desde la Unión Europea, están: las que abogan por el fomento de la publicidad; la implantación de procedimientos ágiles para recurrir los modificados de los contratos y anularlos; el aumento de la capacidad del Tribunal de Cuentas y de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas para llevar a cabo controles sistemáticos y oportunos de los contratos públicos; la evaluación independiente con el fin de erradicar los factores de riesgo de corrupción; etc. Pero, en mi opinión, aunque todo eso está muy bien y sin duda sea necesario, solo será la combinación de esas propuestas junto con la difusión de las mejores prácticas en materia de contratación pública, durante sus tres fases (previa a la licitación, adjudicación y ejecución), la manera más eficaz de atajar el problema de raíz.

Para contribuir al aseguramiento de las mejores prácticas en la contratación pública, proporcionando a ésta transparencia, eficiencia y prevención del riesgo de fraude y de corrupción, existe una herramienta eficazísima: la «auditoría de costes y precios de contratos públicos» o «auditoría de contratos».

3. La auditoría de contratos

Una auditoría, de manera general, tiene por objeto incrementar la confianza de una persona o Entidad sobre la información suministrada para ella por otra persona o Entidad, en la que tal confianza puede establecerse en términos de congruencia entre el mensaje transmitido y la realidad que se describe.

La auditoría de contratos surge, básicamente, debido a dos causas que impiden a los responsables de las compras públicas tener una mínima certeza acerca de la razonabilidad del precio de los contratos, y que son:

- (1) la asimetría de información económica que poseen los contratistas y los agentes gubernamentales contratantes, y
- (2) la dificultad de promover concurrencia en algunas adquisiciones.

Desde luego, es evidente que en el caso de los modificados de contratos y los complementarios, ambas circunstancias parecen producirse en su grado máximo, pues el órgano adjudicador no tiene ninguna información económica de los costes de ejecución y no puede promover ninguna concurrencia para el modificado o el complementario, pues éstos van a ser ejecutados por el contratista adjudicatario del principal, sin excepción.

El usuario² de la auditoría de contratos es una autoridad de una administración pública investida de competencia para contratar y que recibe un mensaje que le informa sobre los resultados del coste y del precio (éste incluye el beneficio del contratista) de las obras, bienes o servicios que adquiere. Ese mensaje se basa en una evaluación hecha por una persona independiente de quien preparó los datos (el contratista), por lo que aumenta la seguridad que dichos datos reflejarán con exactitud lo que tiene el propósito de dar a conocer, es decir el resultado sobre el precio final auditado que se ha de pagar por los bienes o servicios contratados.

Para que el usuario pueda recibir la máxima utilidad, en todas las materias relacionadas con el trabajo de la auditoría, la Organización o personas encargadas de desarrollar las auditorías de contrato deben estar al margen de cualquier sospecha o apariencia de los impedimentos personales, externos y orgánicos que afecten a su independencia, ya sea con respecto del contratista auditado como del propio poder adjudicador que solicita la auditoría. La independencia permite al auditor de contratos actuar con absoluta libertad en la emisión de su juicio profesional, por lo que debe estar completamente libre de cualquier condicionante interno o externo que pueda violentar su percepción y su dictamen. Por ello, para que la auditoría de contratos pueda alcanzar plenamente su objetivo, los auditores deberían formar parte –o estar al servicio– de nuevas Agencias o Entidades (públicas o privadas sin ánimo de lucro) creadas ad hoc al amparo de las respectivas leyes de Transparencia (nacional y autonómicas), que no estén subordinadas a los gobiernos Nacional o Autonómicos y únicamente sometidas al control del respectivo Parlamento; o bien, pertenecer a Instituciones de control externo ya existentes, es decir el Tribunal de Cuentas o las Cámaras de Cuentas de las Comunidades Autónomas.³

² También nos referiremos al usuario como «órgano de contratación», «poder adjudicador» u «órgano gestor».

³ La Comisión Europea, en el Anexo 9 referido a España (véase 3ª recomendación en página 15), de su informe Anti-Corrupción de 2014, sugiere aumentar la capacidad del Tribunal de Cuentas y de organismos similares a nivel regional (como las Cámaras de Cuentas autonómicas) para llevar a cabo controles sistemáticos y oportunos sobre los contratos públicos mediante la evaluación independiente de los grandes de obra pública así como las decisiones de tomadas para su planificación, todo ello con el fin de identificar los factores de riesgo de corrupción. Asimismo, pide la difusión de las mejores prácticas en materia de contratación pública y, desde luego, la auditoría de contratos contribuye a proporcionarlas, siendo además consistente con los principios de transparencia y buen gobierno

3.7.1. Transparencia en las compras públicas.

Sobrecostes de los contratos.

A este respecto, el objetivo de la auditoría de contratos es aumentar la confianza que puede tenerse en la información presentada por el contratista en relación con el coste admisible de producción, y también su beneficio, de los bienes y servicios objeto del contrato, y de la certeza de pagar por ellos un precio razonable. Esto le permitirá al órgano gestor actuar conforme a los criterios de economía y eficiencia, consagrados en el artículo 31.2 de la Constitución Española, y al principio de transparencia.

La auditoría de contratos es un proceso de acumular y evaluar evidencia mediante un examen sistemático realizado por un profesional independiente, respecto del sujeto auditado (el contratista), y cuyo alcance son los estados de costes por él presentados y los registros y transacciones que los soportan, todos los cuáles están relacionados con los costes de las ofertas económicas de las licitaciones y los incurridos de la ejecución de los contratos, incluidos los modificados y complementarios, y que son sometidos por el contratista a su examen para determinar su grado de adherencia a principios de general aceptación en materia de cálculo, clasificación, asignación y afectación de costes de los contratos y a los requerimientos establecidos en cláusulas contractuales o en disposiciones legales; también, el alcance de la auditoría de contratos abarca a las políticas de gestión establecidas por la dirección de la empresa contratista y a sus sistemas de control interno, para determinar el riesgo de auditoría y, consecuentemente, la extensión y profundidad de los trabajos que el auditor de contratos deba desarrollar. Por último, el auditor de contratos comunica los resultados al órgano gestor contratante para que éste apruebe los costes admisibles y el beneficio, determine el precio final y, consecuentemente, efectúe el pago del contrato.

La utilidad principal de la auditoría de contratos es que es una herramienta de buen gobierno en la gestión eficiente y transparente que favorece conseguir compras prudentes, proporcionando a los responsables de las adquisiciones públicas una información financiera apropiada relacionada con las materias objeto de los contratos y eliminando, de paso, aquella asimetría –referida al principio de este artículo– de información económica que hay entre los contratistas y los órganos de contratación. A éstos, también les facilita una información precisa y continua sobre la eficiencia y economía de las operaciones de las empresas adjudicatarias en la ejecución de los contratos y les avisa de circunstancias de debilidad financiera del contratista que puedan poner en peligro la ejecución del contrato que les haya sido adjudicado.

La consecuencia de tal efecto es inmediata, porque con la auditoría de contratos se consigue que la determinación del precio de los contratos públicos responda a una realidad y racionalidad de su coste admisible (ya sean obras, suministros, servicios u otros negocios jurídicos que impliquen compromiso y obligación de gasto) y que el beneficio del contratista sea adecuado al valor y esfuerzo aportados y al riesgo asumido por él. En definitiva, la auditoría de contratos proporciona la utilidad saber que no se pagan sobrecostes injustificados o precios irrazonables de los contratos.

4. Breve reseña histórica de la «auditoría de contratos»¹

La auditoría de contratos surge en Estados Unidos en los años 40, en plena Guerra Mundial, alrededor de las adquisiciones de material bélico.

¹ Para obtener mayor información sobre el desarrollo de auditoría de contratos, véase Auditoría Pública nº 38, abril 2004, págs 35-49.

juan carlos gómez guzmán

En 1952, los tres servicios militares (el Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea) norteamericanos emiten, conjuntamente, un Manual de Auditoría de Contratos, en el que se prescribieron políticas detalladas y procedimientos de auditoría de contratos de adquisiciones de material de guerra.

En el año 1962 se constituye, en el Department of Defense (DoD) –el equivalente a nuestro Ministerio de Defensa–, el denominado “Proyecto 60” para examinar la viabilidad de centralizar las actividades concernientes con la administración y auditoría de contratos. Sus resultados cristalizan en enero de 1965, creándose la Agencia de Defensa de la Auditoría de Contratos –Defense Contract Audit Agency (DCAA).

Más adelante, debido a la creciente complejidad organizativa y tecnológica de las empresas y el abanico de prácticas contables permitidas, se produjo una situación que propició la creación, en 1970, de la Cost Accounting Standards Board (CASB), como agencia del Congreso norteamericano encargada de emitir normas sobre el cálculo de costes (Cost Accounting Standards – CAS) que ofrecieran la suficiente uniformidad y consistencia para ser tomadas como referencia en los contratos celebrados con el DoD. Normas que posteriormente, en 1972, se hicieron extensivas y se generalizaron a los contratos de la Administración Pública norteamericana.

En la actualidad la Federal Acquisition Regulation (FAR) norteamericana, el equivalente a nuestra Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), establece, como uno de sus principios generales, que dicho sistema debe satisfacer al cliente (el órgano administrativo que adquiere bienes y servicios) por lo que se refiere al coste, calidad y oportunidad del producto o servicio adquirido.

En España se vienen realizando formalmente auditorías de contrato desde el año 1992 –aunque tuvieron su inicio en 1988– sobre adquisiciones de bienes y servicios en los que el Ministerio de Defensa tuvo la necesidad de conocer los costes de producción ante las incertidumbres y los riesgos de poder fijar adecuadamente, a priori, los precios de determinados contratos. Son lo que hoy se pueden denominar como compra pública innovadora.

En el año 1998, en el BOE núm. 258, de 28 de octubre, se publica la ORDEN 283/1998, de 15 de octubre, sobre presentación y auditoría de ofertas y normas sobre los criterios a emplear en el cálculo de costes en determinados contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de los servicios del Ministerio de Defensa que se adjudiquen por el procedimiento negociado.

Más recientemente, el Real Decreto 1551/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, encarga a la Dirección General de Asuntos Económicos del Departamento efectuar el análisis de costes y precios de las empresas suministradoras o que participen en programas de defensa. Dentro de dicho centro directivo, en la Subdirección General de Contratación, radica el Grupo de Evaluación de Costes que es la oficina encargada, desde el año 1992, de realizar los análisis de precios, revisiones de ofertas y auditoría de costes incurridos de los contratistas del Ministerio Defensa.

A este respecto, la Instrucción 128/2007, de 16 de octubre, del Secretario de Estado de Defensa, aprueba el procedimiento para la prestación de los servicios de análisis de costes y precios en el ámbito del Ministerio de Defensa por parte del Grupo de Evaluación de Costes. Y la novísima

3.7.1. Transparencia en las compras públicas. *Sobrecostes de los contratos.*

novísima Instrucción 72/2012, de 2 de octubre, también del Secretario de Estado de Defensa, por la que se regula el proceso de obtención del armamento y material y la gestión de sus programas, especifica, a los efectos de la elaboración de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, la pertinencia o no de incluir cláusulas de auditoría de costes del contrato.

5. El precio de los contratos

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), en su artículo 26.1 f), establece la obligación de que todos los contratos que se celebren al amparo de su ámbito de aplicación incluyan necesariamente mención del precio cierto, o el modo de determinarlo.

De la regulación contenida en la citada Norma y, también, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), se puede llegar a la conclusión de que el concepto de precio «cierto» no se identifica en la contratación administrativa con el concepto de precio «fijo», pues aquél se encuentra sujeto a determinadas circunstancias que son elementos básicos en la contratación de las Administraciones Públicas.

Para una mejor comprensión de la diferencia entre precio cierto y precio fijo, en el ámbito de los contratos públicos, resulta de interés lo expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 52/09 (pág. 3), de 26 de febrero de 2010, que después de citar un fragmento del Dictamen del Consejo de Estado⁴ de 4 de marzo de 1993, concluye que el precio cierto admite un precio sujeto a variaciones, aunque determinable en todo caso.

Asimismo, el vigente texto refundido de la LCSP (Art. 87) establece que en los contratos de su ámbito, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto (del que ya hemos admitido que puede estar sujeto a variaciones determinables) y que los órganos de contratación cuidarán de que el mismo sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe atendiendo, sin embargo, al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación.

También prevé el vigente texto refundido de la LCSP que el precio del contrato pueda formularse en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, es decir precios unitarios de los costes directos de la mano de obra y de los materiales que se apliquen en la ejecución del contrato, con el correspondiente recargo de costes indirectos, y que multiplicados por el volumen de las unidades afectadas determinará el precio del contrato, al que se le añadirá el beneficio calculado conforme la regla o metodología establecida.

Además, parece evidente que si el precio cierto de un contrato se determina con base en los costes completos realmente incurridos (costes directos e indirectos imputables), dejarán de tener sentido las complejas fórmulas del procedimiento de la revisión de precios, porque el presupuesto habrá sido estimado después de un apropiado análisis de los costes y de los pre-

4 " ... antes de que el legislador introdujera el actual artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público..." - hay que tener en cuenta que se está refiriendo a la derogada LEY 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, donde los preceptos de ese artículo han sido sustituidos por los del artículo 87 del vigente texto refundido de la LCSP, aprobado por RDL 3/2011, de 14 de noviembre - "... si bien los contratos administrativos han de tener un precio cierto, como por otra parte exige el actual artículo 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público y exigía antes el ya derogado artículo 14 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, precio cierto no es precio fijo, pues con referencia a aquel lo que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias (dictamen del Consejo de Estado de 4 de marzo de 1993) ..."

juan carlos gómez guzmán

cios propuestos por los licitadores durante la fase de negociación del contrato⁵ y el precio final vendrá determinado por el coste admisible resultante de la auditoría de costes incurridos, que es uno de los tipos específicos de la auditoría de contratos. Esto que se acaba de señalar es coherente con la recomendación hecha por la Comisión Europea en su informe Anti-Corrupción, la cual ya se ha mencionado anteriormente, en cuanto que sugiere la necesidad de evaluar con qué base se toman las decisiones de planificación de los contratos.

Por otra parte, si el precio es determinable en función del coste incurrido, también podrían establecerse incentivos en el ahorro de costes de producción de la obra, bien o servicio (variación de precios en función de la eficiencia del contratista), de tal manera que este ahorro sirva para retribuir el esfuerzo del adjudicatario en el cumplimiento de un objetivo de reducción de costes y sin merma de la calidad.

Pero cuando excepcionalmente se celebren contratos con precios provisionales⁶ tras la tramitación de un procedimiento negociado o de un diálogo competitivo (artículo 87.5 del texto refundido de la LCSP) y en donde se pone de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de la determinación final del precio, ya sea por la complejidad de las prestaciones o por la necesidad de utilizar una técnica nueva, o en los casos en que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas anteriores y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto en el momento de fijar el presupuesto de la licitación, son bajo estas circunstancias, precisamente, cuando tiene todo su sentido, justificación y crea valor al buen gobierno y la transparencia: la auditoría de contratos.

En los contratos celebrados con precios provisionales⁷ también cabe la posibilidad de realizar revisiones de los costes y el análisis de los precios propuestos por el contratista en sus respectivas ofertas, en los del modificado del contrato y en los contratos complementarios, con el fin de establecer el precio máximo del presupuesto del contrato principal y complementario— o del modificado hasta el límite del 10% del precio de adjudicación, que es el máximo que en la actualidad permite el texto refundido de la LCSP. Luego, el precio final se determinará dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes admisibles que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado o la regla de cálculo para determinarlo. Para ello, hay que comprobar que los estados de costes que presenta el contratista, tanto los de las ofertas como los de la ejecución del contrato, representan la imagen fiel del coste de la oferta y el incurrido asignado al contrato y que dichos costes son admisibles, es decir: afectables (o imputables) y razonables desde los puntos de vista económico y técnico.

6. Utilidades proporcionadas por la auditoría de contratos

Implícitamente, el texto refundido de la LCSP está previendo la aplicación de la auditoría de contratos y someter a ella los estados de costes presentados por los contratistas cuando, en el artículo 87.5 referido a los precios provisionales, dice que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos:

5 En procedimientos de adjudicación abiertos esto no es posible porque ya se piensa que será la suficiente concurrencia de contratistas la que depurará el mejor precio. Aunque luego surjan los modificados del contrato desvirtuando el precio fijo que se determinó en la adjudicación.

6 En la práctica no son tan excepcionales, pues el informe de la Unión Europea (página 12), sobre la corrupción, estima que las adjudicaciones en procedimientos negociados en España han alcanzado el 72% en el año 2013. Sin olvidar que los modificados de los contratos convierten su precio inicial en provisional.

7 Que se podrían extender a los modificados de los contratos que fueron adjudicados en procedimientos abiertos, si así lo recogiera los pliegos del contrato

3.7.1. Transparencia en las compras públicas.

Sobrecostes de los contratos.

- El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio.
- Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.
- Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción.

Dicho esto, para obtener definitivamente todo el potencial provecho que aporta la auditoría de contratos al buen gobierno y la transparencia en la determinación del precio razonable de los contratos y la prevención de la corrupción, sólo faltaría que en los pliegos de cláusulas administrativas del contrato (PCAP) se especificara: (1) la norma de costes aplicable, (2) los costes prohibidos o no permitidos del contrato, (3) los techos máximos o límites de imputación de ciertos costes, y (4) la cláusula de sometimiento a la auditoría de contratos del coste incurrido, con el carácter de obligación contractual esencial.

La lista de utilidades, no siendo exhaustiva, que proporciona la auditoría de contratos a la transparencia y las mejores prácticas de buen gobierno en las compras públicas es amplia, porque:

- (1) Es eficaz para ejecutar el gasto público con los criterios de economía y eficiencia que establece el artículo 31.2 de Constitución Española.
- (2) Elimina los sobrecostes irrazonables de los modificados de contratos y los complementarios.
- (3) Elimina la necesidad de recurrir a procedimientos de revisión de precios que disparan éste en relación con el presupuesto inicial.
- (4) Acaba con la problemática del método de elección de la oferta más ventajosa económicamente, como único criterio de adjudicación, con base en el precio ofertado, sin penalizar a las ofertas que ofrezcan mejores calidades técnicas o se alejen del promedio ofertado por los contratistas aspirantes.
- (5) Favorece la igualdad de trato a las ofertas presentadas, porque impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus proposiciones económicas conforme a las disposiciones sobre su presentación –con descomposición de los costes de su propuesta–, el conocimiento de los costes admisibles y la norma contable sobre el cálculo y asignación de costes del contrato –todas ellas contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de la licitación–, e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores, dejando a un lado, definitivamente, las complejas y alambicadas justificaciones para determinar hasta qué punto una baja es razonable o cuándo debe reputarse como «temeraria».
- (6) Como facilita al órgano contratante una información apropiada sobre los precios de mercado de los bienes y servicios susceptibles de adquisición, igualando a la información que posee el contratista, de esta manera se evita tener que recurrir, como actualmente sucede en algunas contrataciones, a la estimación de un precio base tras un estudio de mercado realizado por un «gabinete de ingeniería» independiente, con el consiguiente ahorro de tiempo y dinero.
- (7) Aunque el descubrimiento de engaño, o de actividad ilegal, no es la función primaria de la auditoría de contratos, el auditor tiene la responsabilidad de planificar y realizar la auditoría con la finalidad de obtener la convicción razonable sobre si los estados de costes presentados

juan carlos gómez guzmán

por el contratista, y los datos de apoyo en que se soportan, tanto en las ofertas presentadas como en las declaraciones de costes incurridos, están libres de afirmaciones materiales falsas, ya sean causadas por error involuntario o con intención de fraude.

(8) La auditoría de contratos es susceptible de ser aplicada incluso a aquellos contratos y negocios jurídicos excluidos del ámbito de aplicación del texto refundido de la LCSP y que se relacionan en el artículo 4.1, en particular los de las letras b), c), d), g), k), m), n), q) y r).

(9) A pesar de que su aplicación parece ser más apropiada en los procedimientos de adjudicación negociados y diálogo competitivo, cuando éstos se celebran contratos con precios provisionales, tampoco se debe descartar su aplicación en los procedimientos abiertos y en los restringidos, ya sea porque en ellos concurren circunstancias en las que se prevea una alta variabilidad en los precios de los factores que intervienen en la prestación; por la complejidad del objeto del contrato; por la extensión del periodo de tiempo de su ejecución; por el elevado valor del presupuesto de la licitación; o, porque se produzcan circunstancias imprevistas que permitan la modificación del contrato.

(10) Por último, como el auditor de contratos es absolutamente independiente del sujeto auditado – el contratista –, su «cliente», es decir el poder adjudicador, puede depositar su plena confianza en la veracidad de los resultados de la auditoría; en consecuencia, se puede afirmar que la auditoría de contratos es un paradigma de auténtica auditoría externa. Pero es que, también, los ciudadanos en general pueden estar completamente confiados, porque el auditor de contratos actúa con independencia respecto del solicitante de la auditoría, es decir el órgano gestor, y su juicio profesional está libre de injerencias o presiones orgánicas.

7. Las mejores prácticas y el buen gobierno

No se pueden demonizar los procedimientos de adjudicación negociados, ni siquiera las modificaciones y complementarios de los contratos, por la simple apariencia de ser potencialmente generadores de precios irrazonables, sobrecostes o de fraude en los contratos públicos. En muchos casos, los procedimientos de adjudicación negociados están justificados, baste pensar en los contratos de investigación y desarrollo, como los actualmente denominados de compra pública innovadora, o de obras en grandes infraestructuras, en los que su duración y complejidad hacen difícil el conocimiento a priori de los costes y, en consecuencia, la fijación del precio. En otros casos, surgen circunstancias que realmente justifican el modificación del contrato, como la aparición de circunstancias inesperadas y de difícil previsión.

De lo que se trata es de promover un afán en el gestor de las compras públicas por la utilización de las mejores prácticas en la contratación. Si las mejores prácticas presiden su actuación, entonces podrá ser considerado eficiente y transparente.

Estos órganos gestores de compras públicas, cuando se enfrentan ante adquisiciones en las que no pueden promover concurrencia y tampoco desarrollar un procedimiento abierto de adjudicación, o porque tienen que recurrir a un contrato complementario o un modificado, su grado en transparencia y buen gobierno les debería ser medido por tres aspectos:

- Por la inclusión en los pliegos del contrato, es decir en la fase de preparación de la licitación, las correspondientes cláusulas de auditoría de contrato.

3.7.1. Transparencia en las compras públicas.

Sobrecostes de los contratos.

- Por la evaluación que hagan de las ofertas – fase de licitación – presentadas por los contratistas; y el establecimiento con ellos de un proceso de negociación, debidamente documentado, que le permita establecer su posición con base en el informe de la revisión de la propuesta económica hecha por el auditor de contratos; y
- En la fase de ejecución del contrato, por determinar y fijar el precio mediante la aprobación de los costes incurridos que sean admisibles y la comprobación del beneficio calculado conforme a la metodología previamente establecida, tomando como referencia para la motivación de la resolución de aprobación de costes reclamados por el contratista, y del beneficio, el informe de la auditoría de contrato.

8. Las leyes de Transparencia y la «auditoría de contratos»

Ninguna de las recientes normas promulgadas –tanto a nivel nacional como autonómico– reguladoras de la transparencia, información pública y buen gobierno, han considerado a la «auditoría de contratos», quizá por su desconocimiento, como la pieza clave de un sistema que permitiría conocer a los ciudadanos cómo la toma de decisiones y la gestión de los fondos públicos, en materia de contratación administrativa, se ha hecho procurando criterios objetivos, no discriminatorios y que propician la igualdad de trato a los licitadores; y cómo se ha fijado el precio de los contratos de manera eficiente y transparente, con base en el coste incurrido admisible reclamado por el contratista.

El hecho de que no se haya recogido a la «auditoría de contratos» en dichas Normas, no significa, a mi modo de ver, la inexistencia de una necesidad por hacer una evaluación independiente de los costes de determinados contratos, máxime cuando hay tantos casos de corrupción y un clamor creciente de los ciudadanos hartos de esta situación.

Asimismo, la denuncia de anomalías, como las que han venido saliendo en los medios de comunicación desde hace varios años, debería haber tenido ya un correlato de actuación decidida por parte de los órganos administrativos responsables de la contratación en las Administraciones Públicas y del propio Gobierno, por ejemplo a través del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 6 de junio de 2014, por el que se aprueba el PLAN DE MEDIDAS PARA EL CRECIMIENTO, LA COMPETITIVIDAD Y LA EFICIENCIA, en el que se podía haber espoleado –pero no se ha hecho– a los órganos de contratación para que sometieran sus adjudicaciones a la correspondiente «auditoría de contratos», ya previstas, aunque de manera implícita, en el vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Sea como fuere, los ciudadanos tienen el derecho a conocer cómo se toman las decisiones en materia de gestión de fondos públicos y bajo qué criterios se realizan las adjudicaciones y cómo se determina el precio de los contratos.

Por todo ello, con independencia de que la «auditoría de contratos» deba regularse explícitamente⁸ en la próxima Norma administrativa reguladora de las compras del Sector Público, y

8 De forma implícita, el vigente Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RDL 3/2011) establece, en su artículo 87.5, que en los casos previstos en el mismo el poder adjudicador debe detallar en los pliegos su derecho a realizar los controles documentales que sean precisos sobre los elementos contables del coste, y también sobre el proceso de producción, en cuanto a los aspectos técnicos. En consecuencia, el contrato debe establecer que el precio definitivo se calcule con base en los costes efectivamente incurridos en la ejecución de la prestación, de acuerdo con las reglas contables de coste que el adjudicatario queda obligado a aplicar en cuanto a la localización, agrupación y afectación de costes al contrato, y conforme a la fórmula determinada para el cálculo de su beneficio.

juan carlos gómez guzmán

que vendrá dada como consecuencia de la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/24/UE,⁹ lo cierto es que ya es posible someter a la «auditoría de contratos» los que sean adjudicados por los órganos encargados de las adquisiciones públicas. Por ello, al cobijo de las respectivas leyes de la Transparencia, los poderes adjudicadores deberían difundir, como una parte de la información económica de los contratos, los resultados de los informes de «auditoría de contrato» que hayan solicitado, para dar cuenta de hasta qué punto han actuado conforme a los principios de buen gobierno y con el objetivo de satisfacer el interés general.

9. Conclusión

Al menos, en el ámbito del tema tratado por este artículo, considero que no puede decirse absolutamente que una Entidad pública sea transparente porque haya publicado la información relativa a los actos de gestión administrativa de contratos que, como mínimo, le exijan las respectivas leyes de transparencia. Dichos listados que actualmente enuncian las Normas sobre qué tipo de información debe hacerse pública, no son cerrados. Más bien es al contrario, porque admiten una extensión de la información que se puede suministrar a los ciudadanos. Por ello, además del mínimo de la información que ya obliga la Ley a publicar, también se pueden dar a conocer los resultados de los informes de la «auditoría de contratos» que hayan solicitado los órganos de Sector Público y en los que apoyen sus actos de gestión, aprobado los costes admisibles, para la determinación del precio en estas contrataciones.

Por todo lo expuesto, también la acreditación de transparencia y el buen gobierno de las Administraciones Públicas, en el ámbito de la contratación administrativa, debería hacerse por lo siguiente:

1. Mediante la demostración de haber tomado decisiones de gestión de las adquisiciones con base en la «auditoría de contratos», desde los actos de preparación de los pliegos del contrato, pasando por el análisis de costes de las ofertas de los licitadores y el procedimiento de negociación, y finalizando con la fijación del precio del contrato con base en el coste incurrido aprobado y la verificación de la consistencia de la metodología de cálculo del beneficio del contratista; y
2. Que las asignaciones de «auditoría de contratos» han sido realizadas por profesionales capaces que estaban libres de cualquier sospecha o de apariencia de los impedimentos personales, externos y orgánicos que pudieran afectar a su independencia para realizar su trabajo y emitir su dictamen con completa imparcialidad.

⁹ Artículo 90. Transposición y disposiciones transitorias.

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 18 de abril de 2016.

