

A lei de contratos do sector público cinco anos despois

MESA REDONDA. «Os fondos “Next Generation.” A xestión contractual e a prevención da fraude e da corrupción na Administración local».

Patricia Iglesias Rey
Letrada do Consello de Contas de Galicia



**Deputación
DA CORUÑA**

SUMARIO



1. **ÁREAS DE RIESGOS MÁS COMUNES ANTES INCLUSO DE LA LCSP**
2. **LISTA DE VERIFICACIÓN DE LA LCSP EN CLAVE DE INTEGRIDAD 5 AÑOS DESPUES.**
3. **¿HACIA DONDE QUEREMOS IR CON LOS FONDOS NEXT GENERATION EU?: EL REVULSIVO DE LA PMA.**



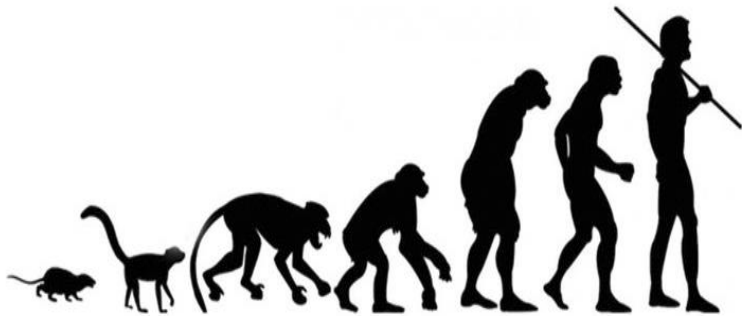


3

1. **ÁREAS DE RIESGOS MÁ**S COMUNES ANTES INCLUSO DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP.

10/03/2023

¿DE DÓNDE VENIMOS? (ÉPOCA PRE-PANDEMIA)



Imágenes: bit.ly/2UhhH1sFv

En la época pre-pandemia, y antes incluso de la LCSP/17 había escenarios que ya eran de por sí favorecedores de que se materializasen las patologías (más recurrentes) en la contratación pública.

10/03/2023



ÁREAS DE RIESGO



- ❑ **La huida del derecho administrativo y del control previo de legalidad a través de contratación “suavizada” de los poderes adjudicadores no Administraciones públicas(PANAPS) que tenían un régimen de contratación más flexible a través de sus instrucciones en contratos no sujetos a regulación armonizada.**



ÁREAS DE RIESGO.



- **El problema “eterno” de los reconocimientos extrajudiciales de crédito y/o prórrogas tácitas por razón de interés público del contrato preexistente (sobre todo en las EELL y ámbito sanitario)**
- **Importante paso:** se deben exigir responsabilidad al funcionario y/o autoridad que lo acuerde (administrativas, penales y de RCA); Informe JJC Cataluña 2/2021, de 12 de febrero, Sentencia de la Audiencia Nacional en la Sentencia de 6 de junio de 2018 (recurso 1007/2016) y, muy recientemente, el Juzgado Contencioso Administrativo de Ourense, en la Sentencia de 13 de enero de 2022 (recurso 246/2017).
- **Remedidos???:** artículo 29.4 de la LCSP, artículo 28 del RCICL, la DA 28^a de la LCSP, sanciones de la ley 19/2023 LTBG



ÁREAS DE RIESGO



- ❑ **Los “ abusos” de los contratos menores y de los negociados sin publicidad por razón de la cuantía, donde se concentraba un riesgo alto de prácticas irregulares y de corrupción.**
- ❑ **La utilización “indebida” de las transferencias de financiación a los entes del sector público instrumental.**

Que como sabéis, se utilizan como aportaciones dinerarias entre las administraciones matrices y sus entes instrumentales (agencias, sociedades, fundaciones, consorcios,...) destinadas a financiar de forma " global" la actividad del ente receptor de la transferencia. No se lleva a cabo un control de legalidad material ni una fiscalización de la utilización de estos fondos y por ello constituían una zona de riesgo evidente.



ÁREAS DE RIESGO



- ❑ **La utilización “indebida” de la figura del convenio de colaboración que enmascaraban, un verdadero contrato o una subvención.**
 - ❑ En muchas ocasiones, sobre todo cuando se trata de grandes proyectos como son los acontecimientos deportivos y los patrocinios, se acudía a la figura del convenio precisamente para eludir requisitos de publicidad y concurrencia y controles, cuando en realidad se trata de un contrato o de una subvención.
 - ❑ Las ventajas que ofrece el convenio para las prácticas irregulares resultan evidentes: falta de concurrencia y opacidad.



ÁREAS DE RIESGO



- ❑ **La ejecución “anómala” de los contratos y el abuso de los modificados.**
 - ❑ El control y supervisión de la ejecución de los contratos, es la asignatura pendiente en la práctica de la contratación pública.
 - ❑ Historia Negra de España que nos supuso distintas STJUE condenatorias contra el Reino de España, cuando entre los complementarios y los modificados se podía modificar el contrato originario en un porcentaje del 70%;
 - ❑ ¿ Se verifica por el poder adjudicador, o por el responsable del contrato las condiciones especiales de ejecución, las mejoras, que la oferta adjudicataria se cumplió íntegramente?....



ÁREAS DE RIESGO



- X **Los encargos a medios propios (doctrina in house provinding)** cuando se utilizaban para eludir las normativa de contratación pública porque el medio propio no tenía medios propios (personales y materiales) para ejecutar el encargo; no se sometían íntegramente a la disciplina de contratación pública porque eran PANAPS; y además podían interferir en el régimen de libre mercado porque no prestaban servicios públicos o de interés general

LA ACTIVIDAD SECTORIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ES LA MÁS EXPUESTA A LA COMISIÓN DE IRREGULARIDADES, FRAUDE Y CORRUPCIÓN

1.-El sector público gasta cada año **una quinta parte** del PIB de la UE en la adquisición de bienes, obras y servicios

2.-El sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción (Parlamento Europeo)

3.-Se calcula que el coste de la corrupción para la economía de la UE asciende a **120 000 millones EUR** al año, algo menos que el presupuesto anual de la Unión Europea (Comisión Europea)

4.-En España, esto podría implicar hasta un **4,6%** del PIB anual, aproximadamente **47.500 millones de euros/año. (CNMC)**





CONTRATACIÓN PÚBLICA UE- DATOS

1. Los Incumplimientos de reglas de contratación pública es la **causa principal de irregularidades** en los fondos estructurales, fondos de inversión, y en particular el FEDER.



2. Representa **más 40% de los errores detectados** por el Tribunal Cuentas Europeo, las ICEX, Comisión y autoridades de auditoria nacionales



3. Las auditorías de la Comisión han originado muchas correcciones financieras con **pérdida de fondos** para los Estados Miembros

NO TODAS LAS IRREGULARIDADES SON FRAUDES O CORRUPCIÓN

- X Se ha de destacar que la existencia de una irregularidad no siempre implica la posible existencia de fraude; **la concurrencia de intencionalidad** es un elemento esencial en el fraude, elemento que no es preciso que se dé para que exista irregularidad administrativa, que sin embargo puede llevar a aparejada una descertificación de fondos.

PERO , ¿QUÉ ES LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?

Ya lo decía Aristóteles *"Un Estado es mejor gobernado por un hombre bueno que por una buena ley"*.



CONCEPTO: "HACER LAS COSAS BIEN (EN CONCIENCIA ÉTICA) Y VINCULADO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN ES MÁS LEGAL, TRANSPARENTE Y EFICIENTE"

- X Definición sencilla y de fácil comprensión:
- X (...) cuando se actúa de una manera objetivamente correcta, persiguiendo el cumplimiento de los intereses generales, y consiguiendo en un alto grado una buena gestión, alcanzando cotas muy aceptables (mensurables) de transparencia, eficacia, eficiencia, cumplimiento de la legalidad y un **alto grado de satisfacción en el ciudadano.**

¿CÓMO LO TRASLADAMOS A LA CONTRATACIÓN?

La Ley de contratos recoge **la integridad como uno de los principios generales** que deben presidir la contratación pública, principio que para su concreción requiere la adopción de medidas concretas en la búsqueda de esa integridad.

Y para ello, específicamente, el artículo 64 de la norma impone al órgano de contratación **la obligación** de adoptar medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación.

¿CUÁNDO?

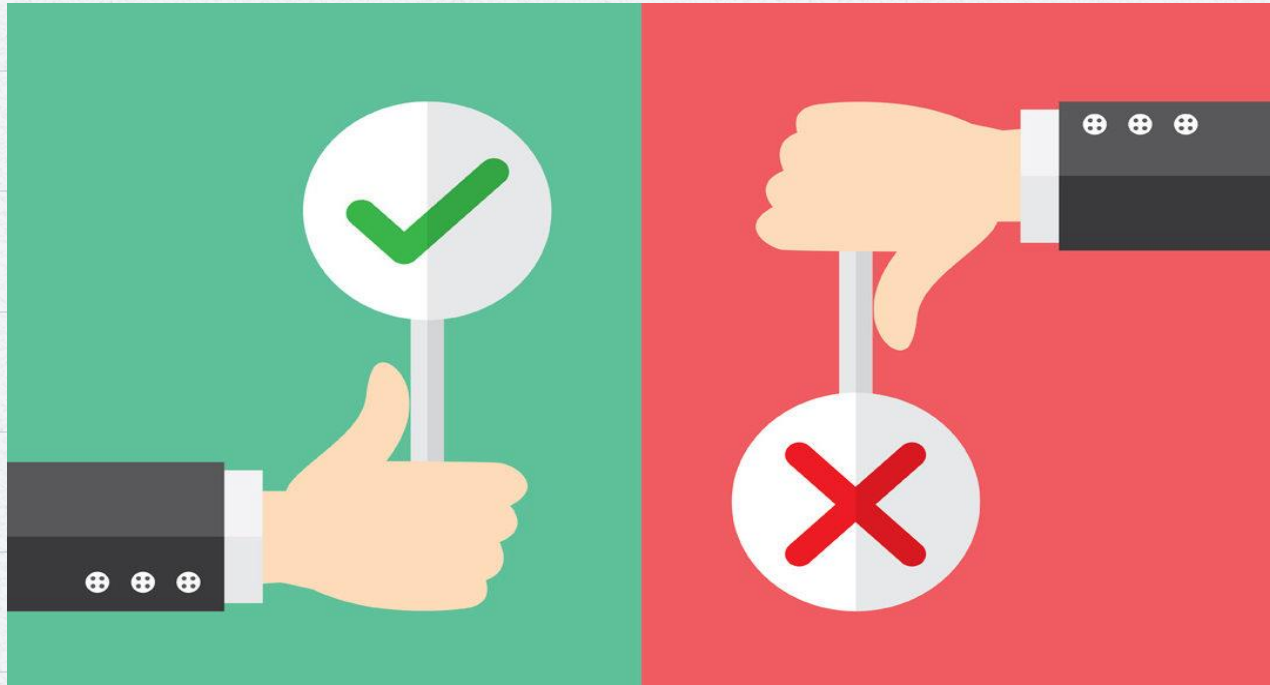
La integridad debe estar presente desde el primer trámite que integra el expediente de contratación, es decir, **con la decisión de contratar**, evaluando las necesidades a satisfacer y los procedimientos más adecuados, hasta el último acto del mismo, y con eso no se hace referencia a la adjudicación, sino **a la completa ejecución del contrato**, al último acto de recepción del bien, servicio u obra, de la prestación objeto del contrato, un extremo que debe ser objeto de máximo control, a la luz de experiencias pasadas.

MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD EN LA LCSP

LA LEY 9/2017 Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

1. Artículo 64: **Lucha contra la corrupción** y prevención de conflictos de interés
2. Medidas de **self cleaning** o autocorrección
3. Desaparición del procedimiento **negociado sin publicidad** por razón de cuantía
4. Impulso a la **contratación electrónica**
5. **Oficina Independiente** de Regulación y **Supervisión** de la contratación
6. Refuerzo de la **publicidad**

2. ¿QUE HA PASADO EN LA PRÁCTICA CON ESTAS MEDIDAS DE INTEGRIDAD? LISTA DE VERIFICACIÓN 5 años después.



INTEGRIDAD Y GOBERNANZA



- Aunque quedan pendientes de implementar en la práctica muchas medidas para la consecución del buen gobierno, sin duda ha sido un acierto la positivización Principio de integridad y la obligación de adoptar medidas de prevención de la corrupción en la CP
- Es una obligación(no es potestativo) el artículo 64 “deberán.”
- Adopción de programas de cumplimiento normativo y gestión de riesgos(autoevaluación) en la contratación pública (*Compliance*).

MAYOR CONTROL: PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA



En relación con la transparencia y el control, podemos decir que al incrementarse las obligaciones de publicación en el Perfil de Contratante (art. 63) y se pone en valor a la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP), incluyendo como causa de nulidad el hecho de no publicar un anuncio de licitación en la misma o en las correspondientes a nivel autonómico, además de indicar que la publicación de anuncios y otra información solo surtirá efectos cuando dichos perfiles estén alojados en la misma.

Críticas: poca publicidad en la PLACSP de la fase de ejecución de los contratos; informe IAS OiresCon (año 2021 y 2022)

PLANIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN



Obligatorio o potestativo

Art 28.4 establece un mandato claro: “Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada”.

No obstante, el art. 134 establece que “Los órganos de contratación podrán publicar un anuncio de información previa con el fin de dar a conocer aquellos contratos de obras, suministros o servicios que, estando sujetos a regulación armonizada, tengan proyectado adjudicar en el plazo a que se refiere el apartado 5 del presente artículo.”

Críticas: muchos órganos de contratación no están cumpliendo con la obligación de aprobar planes anuales de contratación.

AMPLIACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL



El único inconveniente que se puede encontrar es, una vez más, la necesidad de recursos (personales y materiales) para los órganos encargados de la resolución del recurso.

Basta analizar los datos por todos los órganos encargados de la resolución del recurso especial: los órganos de Cataluña, Navarra, Andalucía y Castilla y León, (desde la entrada en vigor de la LCSP), han publicado más resoluciones que en todo el año 2017, Aragón más del 85%, mientras que el número de resoluciones publicadas por el Tribunal Central no llega al 75 % del total del 2017. El TACGAL más de 200 recursos (2022)

EL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO Y SUPERSIMPLIFICADO VERSUS CONTRATO MENOR



Es un procedimiento que se está usando de forma habitual por las administraciones. La PLACSP evidencia el aumento exponencial de este tipo de licitación 5 años después de la entrada en vigor de la LCSP 2017.



LA NUEVA REGULACIÓN DE LA FIGURA DEL RESPONSABLE DEL CONTRATO (ART 62)



El legislador ha establecido que el responsable del contrato debe ser nombrado “con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato,” debiéndose interpretar independencia en dos sentidos:

- debe ser independiente de la misma y
 - no puede sustituir a dicha unidad.
- **Críticas:** Se ha exprimido poco esta figura con las posibilidades que otorga la nueva regulación (de gran utilidad en servicios y concesiones).



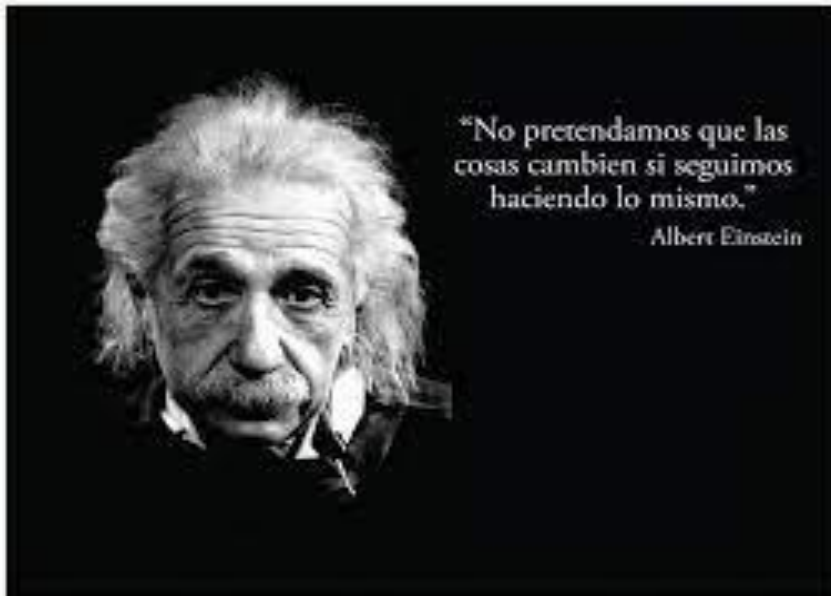


EL SOMETIMIENTO DE LOS PANAPS A LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE LAS AP



- Se ha logrado **uniformidad** de régimen jurídico en la fase de selección y adjudicación, con independencia de contratos SARA y no SARA.
- Pese a las dudas interpretativas existentes (falta de concordancia entre la EM de la LCSP y el art 321), las instrucciones para los PANAPS no tienen eficacia ad extra. Únicamente para sector público no PANAP:

3. ¿HACIA DÓNDE QUEREMOS IR EN LA NUEVA ERA POST-PANDEMIA?:
EL REVULSIVO DE LOS PLANES DE MEDIDAS ANTIFRAUDE.



EL RDL 36/2020 DE MEDIDAS URGENTES PRETENDE: SIMPLIFICAR Y AGILIZAR PARA “CAPTAR” LOS FONDOS EUROPEOS

- **Simplificar los procedimientos de gestión y modernizar los procedimientos de ejecución presupuestaria**
- **Flexibilizar los mecanismos de planificación, para un adecuado seguimiento y fiscalización.**
- **Realizar proyectos de interés europeo.**
- **Favorecer la colaboración público-privada en el ámbito de la ejecución de las políticas públicas.**



**Gestión adecuada en la
concesión de subvenciones**



**Agilizar la tramitación
de los procedimientos de
contratación pública**

IDEAS FUERZA DEL REAL DECRETO LEY 36/2020

SIMPLIFICACIÓN Y AGILIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS A LA EJECUCIÓN DE LOS FONDOS COVID. ACTÚA EN LOS EJES TRACTORES DE LA GESTIÓN PÚBLICA.

- **Contratación pública:** modificación de la LCSP con la finalidad de reducción de los plazos de tramitación:
- procedimientos urgentes (Informe JJCE);
- se eleva el umbral económico de los PAS y PASS;
- elaboración de pliegos tipo PACP y PPT;
- se revisan autorizaciones e informes preceptivos (prioridad y reducción plazos)
- se revisan plazos de interposición recurso especial;
- Se flexibiliza la contratación directa con medios propios;
- Programación anual de contratos para ejecutar el PRTR y se prioriza la digitalización y licitación electrónica.





¿SE VAN A AGRAVAR DE LOS RIESGOS DE IRREGULARIDADES, FRAUDE Y CORRUPCIÓN EN LA ÉPOCA POST PANDEMIA? : SI

X **FACTORES**

- X Se suavizan los mecanismos de control
- X Se agilizan los procedimientos (urgencia)
- X Y se va movilizar una ingente cantidad de dinero en un período de tiempo relativamente corto (pagos 31/12/26)

Y las noticias ya lo venían anticipando: 4 de agosto de 2021

el ministerio de hacienda impone planes antifraude a las ccaa y EELL para vigilar el uso de fondos EUROPEOS:

Se exigirá a las entidades que ejecuten dinero del plan de recuperación un sistema preventivo de vigilancia de la corrupción y de conflictos de intereses



COMPROMISOS DE INTEGRIDAD



IV Plan de Gobierno Abierto de España 2020-2024

Sistemas preventivos de integridad pública



Diagnóstico y mejora de los sistemas de integridad pública

Regulación de un registro de grupos de interés obligatorio



Integridad en la inteligencia artificial

Modificación de la ley de incompatibilidades de personal empleado público



Protección de denunciantes



Regulación para proteger a denunciantes de corrupción o fraude:
- Canales protegidos
- Prohibición de represalias

LA EXIGENCIA DE ELABORAR PLANES ANTIFRAUDE NO ES UNA NOVEDAD EN LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COFINANCIADA CON FONDOS EUROPEOS

- X **Directiva (UE) 2017/1371, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión (Directiva PIF)**
- X **Reglamento (UE, EURATOM) 2018/1046** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las **normas financieras** aplicables al presupuesto general de la Unión. **Art.63.2** La Comisión adoptarán todas las medidas necesarias, incluidas medidas legales, reglamentarias y administrativas, para proteger los intereses financieros de la Unión, en particular, **c) previniendo, detectando y corrigiendo las irregularidades y el fraude;** Los Estados miembros notificara a la Comisión las irregularidades detectadas incluidas las sospechas de fraude ».

UN BREVE REPASO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS PMA.



¿ QUIEN DEBE APROBAR UN PMA?

- X **Extraordinariamente amplio:** alcanza a los **contratos públicos** que liciten las entidades que integran el sector público de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la LRSP, incluido el sector público de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y a cualesquiera otros agentes implicados en la ejecución del PRTR como perceptores de fondos.
- X No sólo los órganos de contratación del sector público, sino también los **licitadores, contratistas y subcontratistas privados**, y de un modo muy señalado en relación con los PMA

MEDIDAS DE PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y CORRECCIÓN DEL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN: EL CICLO ANTIFRAUDE



PLAN ANTIFRAUDE: REQUISITOS

Obligatorios:

La suscripción de una DACI por quienes participen en los procedimientos de ejecución del PRTR,

Aprobación del procedimiento para abordar el conflicto de intereses

La autoevaluación de riesgo del fraude.(anexo II.B.5. OMH)
Consejo: hacerlo desde dentro.

AVISO A NAVEGANTES: LAS ICEX HAN PUESTO EL FOCO EN EL PRTR. HAY FISCALIZACIONES Y TRABAJOS DE PREVENCIÓN DE CORRUPCIÓN YA PREVISTOS EN EL CONSEJO DE CONTAS DE GALICIA



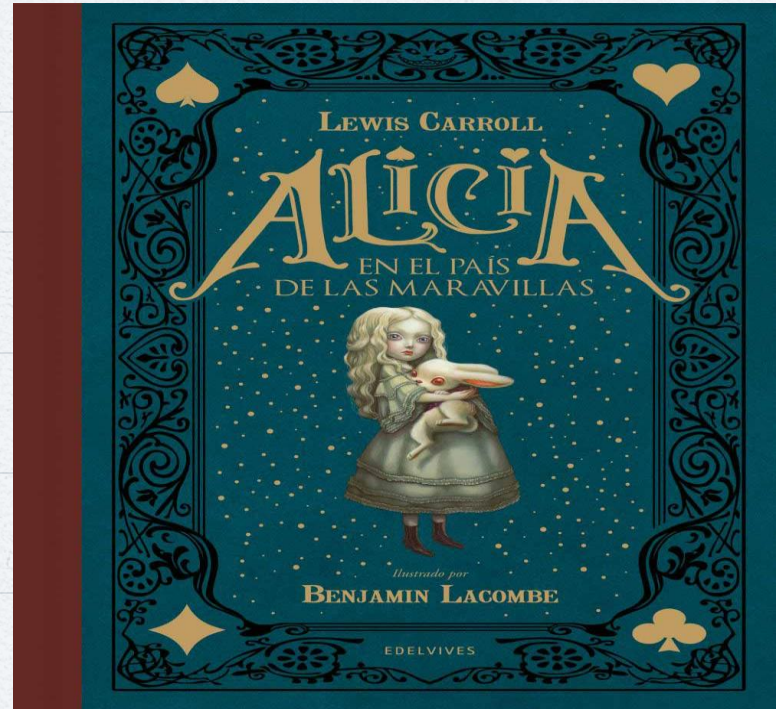
EPÍLOGO FINAL

Debemos saber que camino elegir, tal y como Alicia, en “El país de las maravillas” hacía al preguntar al gato en un cierto punto qué camino debía tomar la respuesta que se le da es que:

“Eso depende mucho del lugar adonde quieras ir. Si no sabes adónde quieres ir, no importa qué camino sigas”.

El camino a donde debemos ir no es la burocracia sino la ESTRATEGIA. Una contratación pública, íntegra, transparente, social y verde. AL servicio del d de la satisfacción del interés general

En ello va el futuro de un derecho público que piensa en las personas y en la transformación de la sociedad, no en el inmovilismo del *“siempre ha sido así”*.



10/03/2023



“Los logros de una organización son los resultados del esfuerzo combinado de cada individuo.

Nuestras acciones y decisiones de hoy le dan forma a la manera en que viviremos en el futuro”

Vence Lombardi.