

Reflexións sobre a avaliación da normativa de compra pública. Unha realidade factible ou un desiderátum inalcanzable?

Reflexiones sobre la evaluación de la normativa de compra pública. ¿Una realidad factible o un desiderátum inalcanzable?

Reflections on the assessment of public purchasing regulations. A feasible reality or an unreachable desideratum?

59 Regap

ELENA HERNÁEZ SALGUERO

Secretaria xeral técnica da Consellaría de Presidencia
Comunidade de Madrid
elena.hernaez@madrid.org

Recibido: 17/06/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4557>

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Resumo: A sociedade do *big data*, da análise e tratamento da información imprégñase en todos os sectores de actividade. Un sector público moderno non pode quedar atrás neste relativamente novo xeito de facer as cousas.

Tradicionalmente, o lexislador tanto europeo como nacional prestoulle grande atención ao aspecto procedemental da compra pública, regulando de forma máis liviá os aspectos da gobernanza. Non obstante, a Lei de contratos do sector público contén un título completo destinado á gobernanza na compra pública, no cal se regulan distintos órganos e mecanismos tendentes a ofrecer, por un lado, e a tratar, por outro, a dita información da compra pública que permita avaliar o sistema establecido.

Este traballo constitúe asemade un exame e unha reflexión sobre as posibilidades da avaliación da normativa de compra pública.

Palabras clave: Avaliación, eficiencia, datos, estratexia e compra pública.

Resumen: La sociedad del *big data*, del análisis y tratamiento de la información se impregna en todos los sectores de actividad. Un sector público moderno no puede quedarse atrás en este relativamente nuevo modo de hacer las cosas.

Tradicionalmente, el legislador tanto europeo como nacional ha prestado gran atención al aspecto procedimental de la compra pública, regulando de forma más liviana los aspectos de la gobernanza. Sin embargo, la Ley de contratos del sector público contiene un título completo destinado a la gobernanza en la compra pública, en el que se regulan distintos órganos y mecanismos tendentes a ofrecer, por un lado, y a tratar, por otro, dicha información de la compra pública que permita evaluar el sistema establecido.

El presente trabajo constituye a la vez un examen y una reflexión sobre las posibilidades de la evaluación de la normativa de compra pública.

Palabras clave: Evaluación, eficiencia, datos, estrategia y compra pública.

Abstract: The society of big data, of the analysis and treatment of information is impregnated in all sectors of activity. A Modern Public Sector cannot be left behind in this relatively new way of doing things. Traditionally, both the European and national legislators have paid great attention to the procedural aspect of public procurement, regulating governance aspects more lightly. However, the Public Sector Contracts Law contains a complete title intended for governance in public procurement, which regulates different bodies and mechanisms aimed at offering, on the one hand, and treating, on the other hand, such information on public procurement that allow evaluating the established system.

This work constitutes both an examination and a reflection on the possibilities of evaluating public procurement regulations.

Key words: Evaluation, efficiency, data, strategy and public procurement.

SUMARIO: 1 A avaliación como exigencia do principio de eficiencia. 2 Parámetros da avaliación da normativa de compra pública. 3 Elementos e pasos da avaliación. 4 A avaliación da compra pública deseñada na LCSP. 5 Conclusión.

1 A avaliación como exigencia do principio de eficiencia

A avaliación da compra pública. Unha realidade factible ou un desiderátum inalcanzable? A formulación da cuestión de forma dual ou polarizada pode parecer extrema; non obstante, non son poucos os exemplos en que a avaliación normativa, como proceso que ten por obxecto determinar en que medida se acadaron os obxectivos previamente establecidos no ámbito normativo, queda non xa nun segundo, senón nun último plano no conxunto do sistema da compra pública.

Pero onde atopa o seu marco normativo tal actividade? Con carácter xeral, o artigo 130.1 da Lei 39/2015, do 2 de outubro, de procedemento administrativo común das administracións públicas (LPACAP), establece que deberá avaliarse periodicamente a *“normativa vixente para adaptala aos principios de boa regulación e para comprobar a medida en que as normas en vigor conseguiron os obxectivos previstos e se estaba xustificando e correctamente cuantificado o custo e as cargas impostas nelas”*. Esta previsión normativa sobre a avaliación normativa desenvólvese no Real decreto 286/2017, do 24 de marzo, polo que se regula o Plan Anual Normativo e o Informe Anual de Avaliación Normativa da Administración xeral do Estado se e crea a Xunta de Planificación e Avaliación Normativa, cuxo artigo 3 determina os criterios que cómpre considerar á hora de identificar as normas que se deberán someter a unha análise sobre os resultados da súa aplicación; entre outros, o custo ou aforro orzamentario significativo, o incremento ou redución de cargas administrativas, o impacto sobre a economía, efectos significativos sobre a unidade de mercado, a competencia, a competitividade ou as pequenas e medianas empresas, impacto relevante por razón de xénero, infancia, adolescencia ou sobre a familia.

Completa o marco xeral a regulación propia de cada sector da actividade pública, neste caso da compra pública.

O mecanismo da avaliación debe inserirse no conxunto do sistema normativo con normalidade, ben que na práctica aínda resulta residual na actividade de produción

normativa entendida no seu conxunto e de forma ampla, abranguendo a preparación (estudos previos, consultas, etc.) a produción e a aplicación e os seus efectos. Sen dúbida, debería ser peza central deste se se observa desde a óptica do principio de eficacia ao que debe orientarse a actuación das administracións públicas, de acordo co artigo 103 da Constitución española¹, principio que exige unha xustificación da axeitada aplicación dos medios de que dispoñen as administracións públicas para a consecución dos fins que lles son propios, como unha materialización do concepto de calidade normativa².

Estes fins, que se poderían resumir no ámbito do concepto xurídico indeterminado “interese xeral”, nun Estado social como o que proclama a Constitución española, atenden ao benestar colectivo, disperso en múltiples sectores que quedan afectados por el. Non en van, das primeiras referencias no ordenamento á avaliación considéranse na Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable, de regulación transversal, sen prexuízo de que o seu contido fose derogado ao incluírse na LPACAP³.

Vivimos inmersos, pois, nun sistema en que a presenza do público se estende nas súas diversas modalidades –promoción, policía e provisión directa– en todos os aspectos da vida cidadá, sendo esta sorte de omnipresencia o eixe central da actividade política que no tempo actual se caracteriza, entre outras notas, pola inmediatez e a rapidez de produción, incluíndo fenómenos como o que a opinión pública denomina “lexislar en quente”, que, máis que a unha auténtica finalidade de consecución de obxectivos na vía do interese xeral, semellan técnicas de mercadotecnia⁴, máis propias da actividade privada que do público.

Agora ben, como é sabido, a eficacia non é sinónimo de eficiencia, exixindo o alcance desta última dar un paso máis, considerando que este concepto comprende elementos como a xustificación da propia necesidade da norma, a súa proporcionabilidade para alcanzar os seus fins, os seus custos, a súa relación co impacto obxectivo daquela, etc.

¹ PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración: tres estudios*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1996; PAREJO ALFONSO, L., “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, n. 218-219, 1989.

² Proxecto *Worldwide Governance Indicators (WGI)* (Indicadores de Gobernanza a través do Mundo), desenvolvido polos membros do Banco Mundial e do Instituto do Banco Mundial. O proxecto publica indicadores globais e individuais para máis de 200 países en diversas dimensións da gobernanza: entre os que se atopa a calidade da regulación. Dispoñible en: http://info.worldbank.org/governance/wgi/sc_country.asp.

³ Artigo 5.3 LES. *Para contribuír ao obxectivo de mellora da calidade regulatoria e á aplicación dos principios de sustentabilidade e boa regulación, as administracións públicas:*

1. Impulsarán os instrumentos de análise previa de iniciativas normativas para garantir que se teñan en conta os efectos de todo tipo que estas produzan, co obxectivo de non xerarlles aos cidadáns e ás empresas custos innecesarios ou desproporcionados, en relación co obxectivo de interese xeral que se pretenda alcanzar.

2. Prestarán a máxima atención ao proceso de consulta pública na elaboración dos seus proxectos normativos, xustificando entre outros os principios de boa regulación aplicables ás iniciativas normativas, fomentando a participación dos interesados nas iniciativas normativas, co obxectivo de mellorar a calidade da norma. Para iso porán á disposición dos interesados todas as canles de comunicación necesarias, especialmente a través de medios telemáticos, e así mesmo achegarán a información axeitada para a mellor comprensión e valoración dos efectos esperados das iniciativas normativas.

3. Promoverán o desenvolvemento de procedementos de avaliación a posteriori da súa actuación normativa, dispoñendo o establecemento dos correspondentes sistemas de información, seguimento e avaliación.

⁴ CHEVALLIER, J. e LOSCHAK, D., *Science administrative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1978, “la «racionalidad jurídica» va cediendo terreno en todo el Estado a la «racionalidad material»”.

Neste escenario, a avaliación normativa constitúe un mecanismo dirixido a garantir a calidade material das normas, como complemento á súa calidade formal⁵, que, se atendemos á literalidade do derogado artigo 5 da LES, constituiría a “terceira pata” do mecanismo previsto, xunto coa análise previa das iniciativas normativas desde a perspectiva da eficacia, e a participación pública a través do procedemento de consulta pública. Insírense, polo tanto, as medidas de avaliación normativa no obxectivo final de eficiencia e calidade normativa, como prevén a OCDE; “*os países da OCDE investiron na calidade das leis e regulamentos, pero hai marxe de mellora para todos*”⁶.

A aínda relativamente escasa incidencia dos mecanismos de avaliación non só radica no arrefriamento do interese unha vez posta a norma no ordenamento, senón moi fundamentalmente na dificultade de atender os custos da implementación dos medios axeitados e suficientes para levar a cabo a dita tarefa “dispondo o establecemento dos correspondentes sistemas de información, seguimento e avaliación”. O Informe especial do Tribunal de Contas Europeo número 10/2015, relativo á necesidade de intensificar os esforzos para resolver os problemas de contratación pública que afectan ao gasto da UE no ámbito da cohesión, recorda que a política da Unión Europea no relativo á contratación pública constitúe un pilar fundamental en relación coa consolidación do mercado interior e arredor da consecución dunha racionalización dos fondos públicos que garanta a sustentabilidade do sistema.

“*Neste ámbito, o incumprimento das normas sobre contratación pública e a falta dun sistema de análise de erros, para o consecuente atallo destes, supuxo unha fonte importante de desaxustes que acaba afectando á transparencia, á competencia e á integridade*”.

Cando falamos de avaliación normativa, non falamos dun concepto unívoco, senón que cómpre distinguir dous tipos de avaliación en función do seu alcance; dun lado, a avaliación normativa propiamente falando e, doutro, a avaliación da norma desde o punto de vista da estratexia. A avaliación normativa estritamente falando desenvólvese no ámbito do exame do cumprimento das obrigas e previsións establecidas na lei, e doutro lado no da avaliación estratéxica que ten por obxecto verificar o impacto que as medidas implementadas normativamente teñen sobre as realidades que se pretende regular.

Mentres que a primeira atopa a súa referencia na comparación da realidade coa norma de carácter imperativo, a segunda atopa a dita tal referencia en estratexias, plans ou programas que non teñen tal carácter imperativo polo xeral. Malia o anterior, a misión da avaliación normativa transcende do simple test do cumprimento da norma ao caso concreto –para o que existen unha serie de mecanismos de control previo e *ex post*–, sendo o seu obxecto reflectir os seus resultados a xeito de estudos ou “mostras estatísticas”.

⁵ PRIETO ROMERO, C., “La planificación y la evaluación normativa en la Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 26 de febreiro de 2018.

⁶ *Todos os países da OCDE e de adhesión agora teñen unha política explícita para promover a calidade regulatoria en todo o goberno, e avanzaron na adopción de ferramentas clave de política reguladora, como os procesos de participación das partes interesadas e a avaliación do impacto regulatorio (RIA). Non obstante, as ferramentas de política regulatoria aínda están infrautilizadas ou non se aplican de xeito efectivo na maioría dos países.* Dispoñible en: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/oecd-regulatory-policy-outlook-2018-9789264303072-en.htm> (Consultado o 14 de xuño de 2020).

O ámbito en que, ao meu xuízo, a avaliación resulta máis idónea á fin e ao cabo desde o punto de vista do principio de eficiencia non é tanto o singular da propia norma considerada individualmente, senón o máis amplo e estratéxico dos plans ou conxuntos normativos que atenden á consecución da mesma finalidade. Xa se trate de plans, programas ou estratexias, é nestes onde se aprecian con maior amplitude os parámetros que permiten apreciar o grao de efectividade do conxunto de normas adoptadas.

Aínda podemos falar tamén de avaliación *ex ante* ou prospectiva, constituída polo estudo previo dos impactos (económicos e sociais principalmente) da norma proxectada, e *ex post* ou retrospectiva, realizada unha vez que as normas están a ser aplicadas, sobre a que versa este artigo. Podemos, non obstante, sinalar como punto de partida que en ambos os escenarios se aprecian dificultades para considerar implantado un auténtico sistema de avaliación que permita albiscar sequera os obxectivos das estratexias europeas en materia de regulación –*better regulation*–⁷.

As reflexións deste traballo refírense, polo tanto, especialmente á avaliación retrospectiva e estratéxica da nova normativa reguladora da compra pública.

2 Parámetros da avaliación da normativa de compra pública

Neste marco preséntase a avaliación da normativa de compra pública que forma parte da Estratexia 2020 da Unión Europea EUROPA 2020, unha estratexia para un crecemento intelixente, sustentable e integrador (COM/2010/2020 final), do cal o conxunto normativo no ámbito da *compra* pública forma parte, o que se denominou *tool box* ou “caixa de ferramentas”, contido basicamente no denominado cuarto paquete de directivas de contratación pública ou directivas de cuarta xeración. Este marco é definido pola Comisión en cinco obxectivos cuantificables para 2020: o emprego, a investigación e a innovación, o cambio climático e a enerxía, a educación e a loita contra a pobreza. Ao servizo da consecución destes aparece a compra pública.

A Comunicación formula a súa vocación non só estratéxica, senón avaliadora, ao indicar que “*de cara a 2020, a UE debería acordar comunmente un número limitado de obxectivos principais que sexan representativos da perspectiva dun crecemento intelixente, sustentable e integrador. Deben ser medibles, capaces de reflectir as diferentes situacións dos Estados membros e baseados en datos suficientemente fiables para os efectos comparativos*”. Polo tanto, a primeira fonte en que atopar os parámetros avaliadores da compra pública é o ordenamento europeo.

Á hora de determinar os parámetros que orientarían a avaliación do cumprimento dos obxectivos, debemos non só considerar o marco de produción normativa das directivas, isto é, a Estratexia 2020, senón tamén e moi especialmente os obxectivos descritos no procedemento de produción normativa, que no ámbito europeo se traduce

⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Better Regulation Guidelines*, 2017. Dispoñible en: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines.pdf> (Consultado o 16 de xuño de 2020).

nunha sorte de “diálogo” entre o Parlamento e a Comisión, cuxas consideracións constitúen a mellor das exposicións de motivos. Así, a Resolución do Parlamento Europeo, do 25 de outubro de 2011, sobre a modernización da contratación pública (2011/2048 (INI)), establece as misións ou os obxectivos que cómpre satisfacer: “*Primeira misión: mellora da claridade xurídica, Segunda misión: desenvolver todo o potencial –a mellor rendibilidade–, Terceira misión: simplificar as normas e permitir procedementos máis flexibles, Cuarta misión: mellora do acceso para as pemes, Quinta misión: asegurar uns procedementos razoables e evitar vantaxes desleais, como medida anticorrupción, Sexta misión: incrementar o uso da contratación electrónica*”. Estes obxectivos finalmente están plasmados nos considerandos das directivas de compra pública.

Xunto con estes obxectivos, non cabe descoñecer que a compra pública se desenvolve no seo dos principios dos tratados da Unión Europea e, en concreto, dos derivados do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE), como o principio de non discriminación por razón de nacionalidade (art. 18) a prol da efectiva implantación da libre circulación de persoas, servizos e capitais, principios cuxo papel reitor se residencia non só na actividade de produción e aplicación das normas, senón tamén na ponderación do impacto destas.

Por último, por máis que a regulación da contratación pública sexa froito da transposición do cuarto paquete de directivas, non podemos esquecer os obxectivos propios resultantes da idiosincrasia do lexislador español, expostos no preámbulo da Lei 9/2017, do 8 de marzo, de contratos do sector público, LCSP. “*Os obxectivos que inspiran a regulación contida nesta lei son, en primeiro lugar, lograr unha maior transparencia na contratación pública e, en segundo lugar, o de conseguir unha mellor relación calidade-prezo*”⁸, para o cal propón “*a inclusión de aspectos cualitativos, ambientais, sociais e innovadores vinculados ao obxecto do contrato*”, recollendo así mesmo a necesidade de simplificación dos trámites dos procesos de compra pública.

Recapitulando todo o anterior, ofrécese un panorama claro dos parámetros con que debería abordarse a avaliación da normativa da compra pública, a saber: estratexia, seguridade xurídica, simplificación de procedementos, mellora na eficiencia da compra pública conseguindo mellores ratios na relación calidade/prezo, transparencia e loita contra a corrupción, así como o incremento da contratación electrónica como medida instrumental imprescindible para o logro dos anteriores.

3 Elementos e pasos da avaliación

Afrontar o labor avaliador de calquera actividade exige a aplicación de dous elementos que a conforman; dun lado, os datos e, doutro, o método de avaliación. É a combinación de dato e método a que permite chegar a conclusións na avaliación normativa.

⁸ Como mínimo, chama a atención en primeiro lugar o establecemento dunha especie de orde na enumeración dos principios que inspiran a norma pero chama aínda máis a atención a preponderancia que o texto lle outorga ao principio de transparencia sobre o que deba ser o obxectivo central da compra pública se atendemos á súa finalidade, que non é outra que a de proporcionarlle ao sector público bens e servizos coa mellor relación calidade/prezo.

Os datos constitúen a información que permite chegar ao coñecemento daquilo a que están referidos. Certamente, estamos inmersos nun mundo de información que ten valor económico, constitúe obxecto de transaccións, de protección e de regulación, e polo tanto o mundo xurídico non pode escapar ao novo paradigma do valor esencial dos datos. A abordaxe da avaliación normativa da compra pública véñse desenvolvendo principalmente desde o punto de vista dos datos, identificándose coa elaboración de estatísticas. Son moitos os instrumentos normativos que establecen entre as súas previsións a de recompilar datos⁹.

Obviamente, os datos da compra pública en canto información dispoñible sempre están ao alcance das entidades do sector público como suxeitos produtores en gran parte da dita información e unha das dúas partes nos negocios xurídicos orixe desta. Así mesmo, a Administración pode ter acceso a outros datos que conformarían a información estratéxica da compra pública e que comprenden a información do impacto da normativa nos mercados ou sectores cuxa afectación se busca implementar coa regulación.

Non resulta tan doado para terceiros acceder a toda a información. Non obstante, o novo xeito de relacionarse cos cidadáns trouxo consigo unha normativa completa en materia de transparencia que permite o acceso aos datos, tanto desde a óptica da publicidade activa como pasiva plasmada no dereito de acceso. A Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno (LTAIPBG), exige así no seu artigo 8 que se publiquen *“todos os contratos, con indicación do obxecto, duración, o importe de licitación e de adxudicación, o procedemento utilizado para a súa celebración, os instrumentos a través dos que, se é o caso, se publicitou, o número de licitadores participantes no procedemento e a identidade do adxudicatario, así como as modificacións do contrato. Igualmente, serán obxecto de publicación as decisións de desistencia e renuncia dos contratos. A publicación da información relativa aos contratos menores poderá realizarse trimestralmente.*

Así mesmo, publicaranse datos estatísticos sobre a porcentaxe en volume orzamentario de contratos adxudicados a través de cada un dos procedementos previstos na lexislación de contratos do sector público”.

Esta regulación sobre os datos no ámbito da compra pública complétase coa regulación que do contido da plataforma de contratos do sector público, do rexistro de contratos e dos perfís de contratante fan os artigos 347, 345 e 63 da LCSP respectivamente.

Estes preceptos conteñen a regulación básica de que datos deben ofrecerse e a forma en que debe verificarse a posta á disposición destes, sinalando unicamente o apartado 8 do artigo 347 que a información se publicará en estándares abertos e reutilizables, e o apartado 2 do 345 que a información sobre a contratación pública compilada no Rexistro de Contratos do Sector Público deberá estar sistematizada

⁹ Acordo sobre Contratación Pública da Organización Mundial de Comercio (Acordo de Marraquex): anexo 4b artigo XIX: *“Cada parte reunirá, e facilitará ao comité anualmente, estatísticas sobre os contratos comprendidos no ámbito de aplicación deste acordo. Nelas figurará a información que se detalla a continuación acerca dos contratos adxudicados por todas as entidades contratantes comprendidas no presente acordo (...).*

Para asegurarse de que esas estatísticas son comparables, o comité establecerá directrices sobre os métodos que deben utilizarse”. Dispoñible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-1850> (Consultado o 14 de xuño de 2020).

seguinte formatos e estándares abertos adoptados a nivel internacional. A estas exigencias de que se trate de datos abertos e reutilizables previstas especificamente cabe engadir a interoperabilidade ou capacidade de compartir datos e posibilitar o intercambio de información. Esta regulación vese complementada co establecido na LTAIPB en relación coas características dos datos que para a publicación activa destes se fixan nos apartados 4 e 5 do seu artigo 5, que ás exigencias antes sinaladas de datos en aberto reutilizables e interoperables engade que os datos deberán ser ofrecidos “*dun xeito claro, estruturado e entendible para os interesados, será comprensible, de acceso doado e gratuíto*”.

Polo tanto, unha adecuada valoración exige como instrumento esencial o acceso a datos abertos, reutilizables, interoperables, gratuítos e de acceso doado e ademais ofrecidos cunha estrutura clara que os faga comprensibles.

O segundo elemento que determina unha axeitada valoración ou avaliación da normativa é o sistema ou método aplicado á avaliación, desde o punto de vista cuantitativo ou cualitativo e exige a existencia de profesionais expertos con coñecementos para, analizando os datos, chegar a conclusións e extraer propostas.

Intimamente relacionado cos elementos que forman parte da avaliación atópanse os pasos ou fases desta en canto a avaliación se configura como un proceso. Efectivamente, a mera recompilación de información non constitúe unha avaliación por máis que sexa presuposto *sine qua non* desta. Debe, polo tanto, continuarse cunha segunda fase de clasificación e tratamento da información, o seu exame e estudo desde diversas ópticas para poder chegar a unha terceira fase en que se extraian as conclusións que permitan ofrecer un panorama da compra pública que sexa un reflexo da realidade desta, que pola súa vez introduza a análise das posibles intervencións correctoras.

4 A avaliación da compra pública deseñada na LCSP

O sistema de avaliación da normativa da compra pública deseñado na LCSP concrétese por referencia aos órganos encargados deste dentro da nova regulación do que se coñece como a gobernanza na contratación pública. Desta forma, a LCSP prevé a avaliación desde a perspectiva orgánica da regulación dos sucesos aos cales atribúe competencias na materia. A cada un destes órganos atribúeselles unha función relacionada, dunha forma ou outra, coa avaliación.

Se atendemos ao concepto gobernanza como o conxunto de elementos que permiten apreciar a eficacia, calidade e boa orientación da intervención do Estado, efectivamente a avaliación normativa debe entenderse residenciada no ámbito da gobernanza, como parece prever a LCSP, ao incluíla no seu libro cuarto, “Organización administrativa para a xestión da contratación”, que en certo modo se relaciona co dito concepto. Agora ben, ao clasificar os distintos órganos que comprende tal organización, non reserva especificamente ou *nominatim* ningunha categoría para órganos avaliadores. Así, contempla órganos que denomina de contratación, de asistencia e consultivos,

asignándolles a algúns destes últimos funcións avaliadoras, sen atribuírlles paralelamente o carácter de órganos de avaliación.

Sen obedecer, polo tanto, a unha categoría de avaliadores, son varios os órganos que parecen ter certas competencias de avaliación na LCSP, tanto atribuídas de forma directa como indirectamente ao encomendárselles funcións que levan necesariamente consigo unha avaliación previa e correlativamente os mecanismos avaliadores.

Estes órganos son a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado (XCCPE) –que conta no seu seo, pola súa vez, co Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública– e a Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación Pública (OIRESCON). Estes órganos, non obstante, non funcionan de cara á avaliación normativa como compartimentos estancos, senón que, como se sinala no primeiro informe enviado á Comisión Europea pola XCCPE, “*o marco deseñado pola nova Lei de contratos fai que todos os órganos citados estean estreitamente relacionados, non sendo cada un deles un compartimento estanco. Todo o contrario, a interrelación entre eles é manifesta, e só deste xeito se logrará que todos eles cumpran os obxectivos para os cales foron creados, sen que exista entre eles ningunha descoordinación nin duplicidade de actuacións*”.

A XCCPE desde a súa creación foi un órgano eminentemente consultivo e realmente, a pesar de que a LCSP a define como o órgano específico de regulación e consulta en materia de contratación pública do sector público estatal, carece de funcións executivas ou normativas na materia. Porén, destaca unha nova atribución da XCCPE consistente na elaboración e remisión á Comisión Europea cada tres anos dun informe referido a todos os poderes adxudicadores estatais, autonómicos e locais respecto da licitación pública e execución dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos que estean suxeitos a regulación harmonizada (art. 328 LCSP)¹⁰, que constitúe o principal mecanismo de avaliación da contratación pública establecido na LCSP. Esta regulación deriva da transposición dos artigos 83 e 85 da Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública¹¹.

Para o desenvolvemento desta actividade, conta no seu seo co Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública, que analizará as cuestións relativas á contratación pública que resulten de interese común para todas as comunidades autónomas participantes nel e recompilará a información que debe ser remitida á Comisión Europea¹².

A actividade deste comité preséntase como fundamental de cara ao obxectivo da interoperabilidade da información, presuposto *sine qua non* dunha avaliación normativa adecuada, expóndose que o propósito do lexislador é conseguir a través deste órgano que a actuación dos distintos entes do sector público se desenvolva “*de maneira compatible e harmónica*”¹³.

¹⁰ O primeiro Informe relativo á contratación pública en España – 2017 remitiuse á Comisión o 17 de abril de 2018. Dispoñible en: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES> (Consultado o 14 de xuño de 2016).

¹¹ A dita obriga recóllese tamén nos artigos 45 da Directiva 2014/23/UE, e nos artigos 99 e 101 da Directiva 2014/25/UE.

¹² Informe relativo á contratación pública en España – 2017. Abril de 2018.

¹³ RECUERDA GIRELA, M.Á., *Comentarios a la nueva Ley de contratos del sector público*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2018. Comentario al artículo 334, p. 1837.

No entanto, a LCSP configura esta función como unha mera recompilación de datos e traslado de información á Unión Europea, o que, malia ser o presuposto necesario para toda avaliación, é só un paso previo desta, unha das súas fases, de maneira que o papel da XCCPE na actividade de avaliación é parcial. O carácter parcial do informe tamén resulta de ser unha exixencia do paquete de directivas de 2014, xa que non prevé toda a contratación pública, senón unicamente os contratos suxeitos a regulación harmonizada (SARH)¹⁴. A pesar de tal realidade, o informe da contratación pública de 2017 non só se limitou a ofrecer información sobre contratación pública como conxunto de datos, senón que extrae conclusións desta a xeito de información cualitativa.

Así mesmo, o dito informe incorporará a información contida no informe de supervisión que remitirá a Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación, OIRESCON, creada no artigo 332 da LCSP á cal lle corresponde “*coordinar a supervisión en materia de contratación dos poderes adxudicadores do conxunto do sector público*”. Para iso, elaborará un informe anual que recollerá as conclusións derivadas de toda a actividade de supervisión realizada polas administracións competentes, incluíndo unha relación expresiva dos principais incumprimentos constatados e dos órganos responsables destes. Este órgano si que ten unhas funcións avaliadoras máis completas, xa que estas non se limitan a recompilar información, senón ao seu exame, estudo e realización de recomendacións e mesmo instrucións ao respecto.

A primeira conclusión a extraer, aínda que de carácter meramente terminolóxico, é que a actividade de supervisión descrita na LCSP se corresponde co que sería unha verdadeira actividade de avaliación da aplicación e cumprimento da norma, así como da súa efectividade, na medida en que pode non só fixar as pautas de interpretación e de aplicación da lexislación da contratación pública, senón que tamén comprende elaborar recomendacións xerais ou particulares aos órganos de contratación, así como propostas de modificación, adaptación ou mellora normativa. Pola contra, a mención á avaliación queda referida á Oficina Nacional de Avaliación, que, malia a súa denominación, non realiza auténticas funcións de avaliación da contratación pública, senón que ten por misión, en virtude do establecido no artigo 333 da LCSP, analizar a sustentabilidade financeira dos contratos de concesións de obras e contratos de concesión de servizos.

Outra conclusión que cómpre considerar é que a LCSP non contén previsión ningunha en relación cunha avaliación estratéxica, nin, polo tanto, lle encomenda esta misión especificamente a órgano ningún. Este tipo de avaliación atopa un exemplo específico no noso país na Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia, que emitiu un informe avaliador dos procedementos de contratación en España desde a óptica da competencia, do 7 de febreiro de 2019: “*para poder determinar se hai competencia efectiva nas compras públicas e se os fondos públicos se utilizan de xeito eficiente, é necesario poder avaliar o funcionamento do noso sistema de contratación pública, e isto só se pode levar a cabo se se dispón de datos precisos*”¹⁵. Nesta mesma liña pódese-

¹⁴ Sen prexuízo diso, ofrécese o dato referido á contratación pública por debaixo dos limiares comunitarios (o valor agregado total desta), tal como se establece nas directivas de contratación de 2014.

¹⁵ Dispoñible en: <https://www.cnmc.es/file/185659/download>.

se mencionar, por exemplo, o segundo informe “Spending Review” da Autoridade Independente de Responsabilidade Fiscal (AIREF) de xuño de 2019, que, en relación co procedemento de poxas de medicamentos implantado na Comunidade Autónoma andaluza, sinala que *“o sistema de selección de medicamentos de Andalucía se mostrou exitoso para conseguir aforros sen comprometer a saúde dos cidadáns”*. Neste caso, non se trata dunha avaliación xeral, senón que, partindo dunha premisa particular efectuada en relación cun caso concreto, senta unha conclusión que ben podería ser extrapolable ao resto de supostos de uso do sistema indicado e, polo tanto, implica unha avaliación dos efectos da aplicación da norma nun sector determinado.

No seo da Unión Europea, cabe destacar unicamente, a xeito de exemplo de Informe de estratexia o de Bruxelas 26.2.2020 SWD (2020) 508 final. Informe sobre España 2020, que acompaña ao documento Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello Europeo, ao Consello, ao Banco Central Europeo e ao Eurogrupo, Semestre Europeo 2020: Avaliación dos avances no que respecta ás reformas estruturais e á prevención e á corrección dos desequilibrios macroeconómicos, e resultados dos exames exhaustivos conforme o Regulamento (UE) n. 1176/2011 (COM (2020) 150 final)¹⁶.

Unha última consideración sobre a regulación que da avaliación normativa fai a LCSP lévanos a formular que do resultado da avaliación non deriva unha nomofilaxe automática da regulación da compra pública, ao careceren os órganos avaliadores, como é obvio, de toda competencia normativa. Os órganos avaliadores unicamente teñen competencias para efectuar estudos e informes e, como resultado destes, realizar propostas de regulación, ben para aprofundar ou para desbotar unha determinada liña normativa, ou ben informes e recomendacións que, aínda que teñen un alto valor doutrinal e adoitan ser aplicados polos distintos operadores xurídicos e económicos, non son vinculantes, e no máis intenso dos supostos de intervención, como é o caso da OIRESCON, para ditar instrucións *“fixando as pautas de interpretación e de aplicación da lexislación”*¹⁷.

Non obstante, o instrumento verdadeiramente avaliador da LCSP é a Estratexia Nacional de Contratación, regulada no seu artigo 334, que é un documento xurídico vinculante para todas as entidades contratantes de España, que realizará unha análise de todos os datos dispoñibles e abordará, entre outras cuestións, a mellora da supervisión da contratación pública, a elaboración de manuais de boas prácticas, e promoverá a profesionalización na contratación pública cun horizonte temporal de catro anos. A elaboración desta estratexia exige a participación dos órganos anteriormente

¹⁶ Dispoñible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2020-european_semester_country-report-spain_es.pdf.

¹⁷ Sobre este tema que non constitúe especificamente o obxecto deste traballo, resulta de grande interese a controversia doutrinal sobre o carácter vinculante das instrucións da OIRESCON: GIMENO FELIU, J.M. e MORENO MOLINA, J.A., “La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública”, *Observatorio de Contratación Pública*, 6 de marzo de 2019. Dispoñible en: <http://obcp.es/opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como> (Consultado o 14 de xuño de 2020). DíEZ SASTRE, S., “La obligatoriedad de las instrucciones de la OIRESCON”, *Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6 de marzo de 2019. Dispoñible en: <https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oreiscon/> (Consultado o 14 de xuño de 2020).

indicados, xa que será realizada polo Comité de Cooperación no seo da XCCPE, sendo finalmente aprobado pola OIReSCON.

Os parámetros de avaliación a que máis arriba me refería están especificamente establecidos para a estratexia nacional de avaliación no apartado 2 do artigo 334 da LCSP:

Parámetros de transparencia e de loita contra a corrupción: *Combater a corrupción e as irregularidades na aplicación da lexislación sobre contratación pública.*

Parámetros de eficiencia: *Promover a eficiencia económica nos procesos de obtención de bens, servizos e subministracións para o sector público, estimulando a agregación da demanda e a axeitada utilización de criterios de adxudicación e incrementar a profesionalización dos axentes públicos que participan nos procesos de contratación. Xeneralizar o uso da contratación electrónica en todas as fases do procedemento.*

Parámetros de estratexia: *Utilizar as posibilidades da contratación pública para apoiar políticas ambientais, sociais e de innovación, e promover a participación das pemes no mercado da contratación pública.*

A avaliación que supón a Estratexia Nacional de Contratación non queda no ámbito da avaliación normativa, senón que pretende ser unha auténtica avaliación estratéxica da compra pública. Agora ben, dado que ata a data non se elaborou o documento, non é posible saber se efectivamente a vocación de avaliación estratéxica atopará reflexo nel ou se limitará a unha mera análise cuantitativa de datos, o que na miña opinión sería unha auténtica oportunidade perdida.

Outro informe que prevé a LCSP cunha finalidade avaliadora é o Informe sobre a contratación pública en España, que, de acordo co establecido no apartado 8 do seu artigo 346, o Goberno enviará anualmente ás Cortes Xerais a partir dos datos e análises proporcionadas polo Rexistro de Contratos do Sector Público. O Ministerio de Facenda e Función Pública porá en coñecemento da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia o informe, tras a súa remisión polo Goberno ás Cortes Xerais.

Pode afirmarse que a vontade avaliadora na LCSP como consecuencia do novo paradigma de gobernanza queda representada pola cantidade de informes que con esta finalidade establece: o informe anual que o Goberno remite ás Cortes, o informe trianual que a Xunta Consultiva remite á Comisión Europea e o informe anual de supervisión cuxa aprobación corresponde á OIReSCON, xunto coa Estratexia Nacional de Avaliación. Tal profusión de informes, non obstante, por si soa non parece ser garantía da calidade da actividade avaliadora.

Fóra dos órganos tipicamente avaliadores da LCSP, tamén participan na función de avaliación distintos axentes, xa teñan ou non funcións administrativas. Efectivamente, os informes e conclusións sobre os efectos da normativa de compra pública en distintos sectores e mercados cumpren, así mesmo, esa misión avaliadora, ofrecéndolle ao lexislador encargado da súa implementación ou mellora informes de primeira man sobre o impacto daquela. É o caso de asociacións profesionais, fundacións de investigación, colexios profesionais, federacións de municipios, universidades, etc.

A colaboración público-pública e público-privada, no máis amplo sentido da expresión, é un elemento determinante do éxito da avaliación, ou, tal como indica o

primeiro informe anual de supervisión da contratación pública en España, OIRESCON, de decembro de 2019¹⁸, “*a supervisión pública require, sempre, da cooperación entre distintos órganos ou unidades administrativas, con institucións, autoridades ou organismos públicos situados en distintos ámbitos territoriais e competenciais –instancias europeas incluídas– nun escenario de relacións interadministrativas e interinstitucionais, no que tamén conflúen axentes privados –operadores económicos e cidadáns, con vontades e intereses diferenciados– que colaboran, directa ou indirectamente, co ente supervisor*”.

Non cabe descoñecer tampouco a que poderíamos denominar avaliación impropia que se presupón no lexislador cando acomete cambios ou modificacións na regulación da compra pública, á vista dos distintos intereses en xogo e dos efectos que produce a aplicación das normas. Podería ser este o caso da derogación parcial do artigo 118.3 da LCSP respecto do tan comentadísimo novo expediente do contrato menor, especificamente da tamén tan deostada e comentada regra da incompatibilidade, mediante o Real decreto–lei 3/2020, do 4 de febreiro, de medidas urxentes polo que se incorporan ao ordenamento xurídico español diversas directivas da Unión Europea no ámbito da contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de plans e fondos de pensións; do ámbito tributario e de litixios fiscais, que ofrece un bo exemplo desta actividade froito da avaliación impropia polo propio lexislador ao sinalar o seu preámbulo que “*tamén se incluíu a modificación do artigo 118 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, que recolleu o decaído proxecto de Lei de orzamentos xerais do Estado para o ano 2019 (BOC do 16 de xaneiro de 2019), ao resultar urxente e necesario por razóns de seguridade xurídica solucionar os graves problemas técnicos que o actual artigo 118.3 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, suscita ao exixir, para asinar un contrato menor, que o contratista non subscribise máis contratos menores que individual ou conxuntamente superen as cifras que establece o artigo 118.1 da Lei 9/2017, do 8 de novembro*”.

Certamente, a LCSP sentou as bases para un auténtico sistema de avaliación e supervisión da súa aplicación. Entón, por que a cuestión inicialmente formulada? Pode afirmarse que a avaliación proposta na LCSP é eficaz? Sen atrevernos a facer unha análise tan pouco tempo despois da creación do sistema, non obstante, non resulta complicado albiscar a realidade, acudindo ás propias fontes da información.

Se algo queda claro da lectura do primeiro informe anual da OIRESCON é que non hai unha correlación axeitada entre o obxectivo perseguido e os medios asignados para dar cumprimento a este. Efectivamente, sinala o propio informe xa nas súas primeiras liñas que “*para a realización deste non se dispuxo dos medios informáticos nin persoais indispensables para iso*”, concretando esta inicial aseveración ao analizar cada unha das mostras seleccionadas. O panorama complícase aínda máis no escenario de profesionalización que a contratación pública exige, non só pola cada vez máis complexa realidade sobre a que opera, senón tamén por impulso e recomendación

¹⁸ Dispoñible en: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/27901388-df3a-434d-8a47-3356a7c11261/INFORME+SUPERVISION+OIRESCON+2019.pdf?MOD=AJPERES>.

da UE¹⁹, profesionalización que obviamente debe estar presente en todo o sistema, incluíndo necesariamente a avaliación deste.

Pero non é só a falta de medios a que pon trabas á verdadeira eficacia da avaliación, senón tamén a pluralidade de formas de facer as cousas ou de cumprir a lei, froito da organización administrativa do noso país, en que a autonomía de xestión, malia presentar evidentes vantaxes asentadas no sistema, leva consigo importantes inconvenientes de coordinación que resultan, ao meu xuízo, letais para a consecución do obxectivo marcado, afectando ao elemento esencial que permite o manexo e o estudo dos datos, a interoperabilidade ou a capacidade dos sistemas de información e dos procedementos aos que estes dan soporte de compartir datos e posibilitar o intercambio de información e coñecemento entre eles²⁰. Esta heteroxeneidade na presentación dos datos deriva da multiplicidade de perfís de contratante, que aínda que foi atallada na LCSP desde a perspectiva da transparencia, ao exixir que os datos publicados nos perfís tamén o fosen na plataforma de maneira directa ou mediante o sistema de perfís aloxados, non parece estar funcionado tan ben en canto á consideración da plataforma non só como instrumento de transparencia, senón de gobernanza e como fonte fundamental de información de cara á obtención de datos sobre os que proxectar a análise da compra pública.

Lamentablemente, a recente situación derivada da crise sanitaria causada polo coronavirus COVID-19 é un triste exemplo diso. Non só se puxeron de relevo tales inconvenientes a nivel estatístico sanitario, senón que, no labor avaliador da OIRESCON, se fixo patente esta circunstancia. Así resulta da lectura do informe especial “A publicidade das emerxencias COVID-19”.

Son, polo tanto, os dous elementos que conforman a avaliación normativa os que sofren deficiencias que comprometen a consecución dos seus obxectivos. Tanto a obtención de datos en formato aberto e reutilizable que permita o seu axeitado estudo e tratamento como a súa interoperabilidade presentan déficits que dificultan a verdadeira avaliación da compra pública²¹. Tamén se resente o elemento da aplicación a estes de métodos de estudo profesionalizados que permitan extraer consecuencias valorables no eido da avaliación, isto último debido á falta de medios tanto materiais como persoais que sofren algúns dos órganos avaliadores.

¹⁹ Recomendación (UE) 2017/1805 da Comisión, do 3 de outubro de 2017, sobre a profesionalización da contratación pública. “Construír unha arquitectura para a profesionalización da contratación pública”. Dispoñible en: <https://www.boe.es/doue/2017/259/L00028-00031.pdf> (Consultado o 14 de xuño de 2020).

²⁰ STC 2/1983, do 28 de abril, ECLI:ES:TC:1983:32, “A coordinación persegue a integración da diversidade das partes ou subsistemas no conxunto ou sistema, evitando contradicións e reducindo disfuncións que, de subsistiren, impedirían ou dificultarían respectivamente a realidade mesma do sistema”.

²¹ *Identifícase a necesidade de mellora da información das plataformas existentes tanto PLACSP como as de ámbito autonómico, xa que se detectaron erros na información publicada tanto de fondo como de forma (en relación coa información do órgano de contratación no seu perfil, mesa de contratación, e actividade contractual), así como a falta de homoxeneidade, e unha deficiencia da calidade do dato ofrecido en formato aberto e reutilizable.*

5 Conclusión

O sector público español atópase nun punto de inflexión e de non retorno, atreveríame a sinalar, en canto ao xeito de facer as cousas. Deben superarse definitivamente conceptos de eficacia arredor da cousa pública que implican a consecución do obxectivo marcado, pero sen unha verdadeira reflexión xeneralizada sobre o impacto das medidas adoptadas. Tal reflexión e a aplicación práctica das súas conclusións converten o sistema de eficaz en eficiente, o que implica a presenza necesaria de mecanismos de avaliación.

Non é un segredo que a contratación pública como normativa sectorial do sistema de aprovisionamento do sector público para o exercicio das súas competencias non pode quedar á marxe, senón que debe ser protagonista do cambio de mentalidade e da transformación das administracións públicas, xunto coa mellora da cobertura tecnolóxica do sistema. Non só polo seu impacto económico, senón polo seu impacto directo, así mesmo, nas diversas realidades sobre as que se proxecta.

A LCSP contén a regulación pertinente para un primeiro estadio na avaliación do seu impacto, a avaliación normativa; non obstante, algunhas das primeiras experiencias aplicativas desta normativa subxacen as dificultades materiais para a súa implementación. Pola súa banda, non hai previsións de avaliación estratéxica da aplicación da norma, que en parte asumiron operadores alleos ao sector público, cuxas conclusións, non obstante, contribúen á análise da súa eficiencia, sendo un valor engadido que se establezan mecanismos de cooperación para aproveitar as sinerxías entre sector público e privado.

Podería dicirse, de momento, que a intención é boa...

Bibliografía

- CANALS I AMETLLER, D. (dir.), *Evaluación de impacto normativo por razón de género. Su aplicación efectiva en las instituciones europeas y en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.
- CHEVALLIER, J. e LOSCHAK, D., *Science administrative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1978.
- COMISIÓN EUROPEA, *Better Regulation Guidelines*, 2017. Dispoñible en: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines.pdf> (Consultado o 16 de xuño de 2020).
- DÍEZ SASTRE, S., “La obligatoriedad de las instrucciones de la OIRESCON”, *Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6 de marzo de 2019. Dispoñible en: <https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/> (Consultado o 14 de xuño de 2020).
- GIMENO FELIU, J.M. e MORENO MOLINA, J.A., “La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OREISCon) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública”, *Observatorio de Contratación Pública*, 6 de marzo de 2019. Dispoñible en: <http://obcp.es/>

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

- opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como (Consultado o 14 de xuño de 2020).
- PAREJO ALFONSO, L., “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, n. 218-219, 1989.
- PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración: tres estudios*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1996.
- PRIETO ROMERO, C., “La planificación y la evaluación normativa en la Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 26 de febreiro de 2018.
- RECUERDA GIRELA, M.Á. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de contratos del sector público*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2018.