

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?



ELENA HERNÁEZ SALGUERO

Secretaria general técnica de la Consejería de Presidencia
Comunidad 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 Y 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 legislador tanto europeo como nacional prestoulle grande atención ao aspecto procedimental 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 La evaluación como exigencia del principio de eficiencia. 2 Parámetros de la evaluación de la normativa de compra pública. 3 Elementos y pasos de la evaluación. 4 La evaluación de la compra pública diseñada en la LCSP. 5 Conclusión.

1 La evaluación como exigencia del principio de eficiencia

La evaluación de la compra pública. ¿Una realidad factible o un desiderátum inalcanzable? El planteamiento de la cuestión de forma dual o polarizada puede parecer extremo; sin embargo, no son pocos los ejemplos en que la evaluación normativa, como proceso que tiene por objeto determinar en qué medida se han logrado los objetivos previamente establecidos en el ámbito normativo, queda no ya en un segundo, sino en un último plano en el conjunto del sistema de la compra pública.

Pero ¿dónde encuentra su marco normativo tal actividad? Con carácter general, el artículo 130.1 de la Ley 39/2015, de 2 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPACAP), establece que deberá evaluarse periódicamente la *“normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas”*. Esta previsión normativa sobre la evaluación normativa se desarrolla en el Real decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regula el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración general del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, cuyo artículo 3 determina los criterios a considerar a la hora de identificar las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación; entre otros, el coste o ahorro presupuestario significativo, el incremento o reducción de cargas administrativas, el impacto sobre la economía, efectos significativos sobre la unidad de mercado, la competencia, la competitividad o las pequeñas y medianas empresas, impacto relevante por razón de género, infancia, adolescencia o sobre la familia.

Completa el marco general la regulación propia de cada sector de la actividad pública, en este caso de la compra pública.

El mecanismo de la evaluación debe insertarse en el conjunto del sistema normativo con normalidad, si bien en la práctica todavía resulta residual en la actividad

de producción normativa entendida en su conjunto y de forma amplia, abarcando la preparación (estudios previos, consultas, etc.) la producción y la aplicación y sus efectos. Sin duda, debería ser pieza central del mismo si se observa desde la óptica del principio de eficacia al que debe orientarse la actuación de las administraciones públicas, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución española¹, principio que exige una justificación de la adecuada aplicación de los medios de que disponen las administraciones públicas para la consecución de los fines que les son propios, como una materialización del concepto de calidad normativa².

Estos fines, que se podrían resumir en el ámbito del concepto jurídico indeterminado “interés general”, en un Estado social como el que proclama la Constitución española, atienden al bienestar colectivo, disperso en múltiples sectores que quedan afectados por él. No en vano, de las primeras referencias en el ordenamiento a la evaluación se contemplan en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, de regulación transversal, sin perjuicio de que su contenido haya sido derogado al incluirse en la LPACAP³.

Vivimos inmersos, pues, en un sistema en el que la presencia de lo público se extiende en sus diversas modalidades –promoción, policía y provisión directa– en todos los aspectos de la vida ciudadana, siendo esta suerte de omnipresencia el eje central de la actividad política que en el tiempo actual se caracteriza, entre otras notas, por la inmediatez y la rapidez de producción, incluyendo fenómenos como el que la opinión pública denomina “legislar en caliente”, que, más que a una auténtica finalidad de consecución de objetivos en el cauce del interés general, asemejan técnicas de márketing⁴, más propias de la actividad privada que de lo público.

Ahora bien, como es sabido, la eficacia no es sinónimo de eficiencia, exigiendo el alcance de esta última dar un paso más, considerando que este concepto comprende

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 Proyecto *Worldwide Governance Indicators (WGI)* (Indicadores de Gobernanza a través del Mundo), desarrollado por los miembros del Banco Mundial y del Instituto del Banco Mundial. El proyecto publica indicadores globales e individuales para más de 200 países en diversas dimensiones de la gobernanza: entre los que se encuentra la calidad de la regulación. Disponible en: http://info.worldbank.org/governance/wgi/sc_country.asp.

³ Artículo 5.3 LES. *Para contribuir al objetivo de mejora de la calidad regulatoria y a la aplicación de los principios de sostenibilidad y buena regulación, las administraciones públicas:*

1. Impulsarán los instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que estas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas costes innecesarios o desproporcionados, en relación al objetivo de interés general que se pretenda alcanzar.

2. Prestarán la máxima atención al proceso de consulta pública en la elaboración de sus proyectos normativos, justificando entre otros los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas, fomentando la participación de los interesados en las iniciativas normativas, con el objetivo de mejorar la calidad de la norma. Para ello pondrán a disposición de los interesados todos los canales de comunicación necesarios, especialmente a través de medios telemáticos, y asimismo aportarán la información adecuada para la mejor comprensión y valoración de los efectos esperados de las iniciativas normativas.

3. Promoverán el desarrollo de procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa, disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación.

⁴ CHEVALLIER, J. y 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»”.

elementos como la justificación de la propia necesidad de la norma, su proporcionalidad para alcanzar sus fines, sus costes, su relación con el impacto objetivo de aquella, etc.

En este escenario, la evaluación normativa constituye un mecanismo dirigido a garantizar la calidad material de las normas, como complemento a su calidad formal⁵, que, si atendemos a la literalidad del derogado artículo 5 de la LES, constituiría la “tercera pata” del mecanismo previsto, junto con el análisis previo de las iniciativas normativas desde la perspectiva de la eficacia, y la participación pública a través del procedimiento de consulta pública. Se insertan, por tanto, las medidas de evaluación normativa en el objetivo final de eficiencia y calidad normativa, como previene la OCDE; “*los países de la OCDE han invertido en la calidad de las leyes y reglamentos, pero hay margen de mejora para todos*”⁶.

La todavía relativamente escasa incidencia de los mecanismos de evaluación no solo radica en el enfriamiento del interés una vez puesta la norma en el ordenamiento, sino muy fundamentalmente en la dificultad de atender a los costes de la implementación de los medios adecuados y suficientes para llevar a cabo dicha tarea “disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación”. El Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo número 10/2015, relativo a la necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión, recuerda que la política de la Unión Europea en lo relativo a la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación con la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema.

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

Cuando hablamos de evaluación normativa, no hablamos de un concepto unívoco, sino que se hace preciso distinguir dos tipos de evaluación en función de su alcance; de un lado, la evaluación normativa propiamente hablando y, de otro, la evaluación de la norma desde el punto de vista de la estrategia. La evaluación normativa estrictamente hablando se desenvuelve en el ámbito del examen del cumplimiento de las obligaciones y previsiones establecidas en la ley, y de otro lado, en el de la evaluación estratégica, que tiene por objeto verificar el impacto que las medidas implementadas normativamente tienen sobre las realidades que se pretende regular.

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 febrero de 2018.

⁶ *Todos los países de la OCDE y de adhesión ahora tienen una política explícita para promover la calidad regulatoria en todo el gobierno, y han avanzado en la adopción de herramientas clave de política reguladora, como los procesos de participación de las partes interesadas y la evaluación del impacto regulatorio (RIA). Aun así, las herramientas de política regulatoria todavía están infrutilizadas o no se aplican de manera efectiva en la mayoría de los países.* Disponible en: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/oecd-regulatory-policy-outlook-2018-9789264303072-en.htm> (Consultado el 14 de junio de 2020).

Mientras que la primera encuentra su referencia en la comparación de la realidad con la norma de carácter imperativo, la segunda encuentra tal referencia en estrategias, planes o programas que no tienen tal carácter imperativo por lo general. No obstante lo anterior, la misión de la evaluación normativa trasciende del simple test del cumplimiento de la norma al caso concreto –para el que existen una serie de mecanismos de control previo y *ex post*–, siendo su objeto reflejar sus resultados a modo de estudios o “muestras estadísticas”.

El ámbito en que, a mi juicio, la evaluación resulta más idónea a la postre desde el punto de vista del principio de eficiencia no es tanto el singular de la propia norma considerada individualmente, sino el más amplio y estratégico de los planes o conjuntos normativos que atienden a la consecución de la misma finalidad. Ya se trate de planes, programas o estrategias, es en estos donde se aprecian con mayor amplitud los parámetros que permiten apreciar el grado de efectividad del conjunto de normas adoptadas.

Aún podemos hablar también de evaluación *ex ante* o prospectiva, constituida por el estudio previo de los impactos (económicos y sociales principalmente) de la norma proyectada, y *ex post* o retrospectiva, realizada una vez que las normas están siendo aplicadas, sobre la que versa este artículo. Podemos, no obstante, señalar como punto de partida que en ambos escenarios se aprecian dificultades para considerar implantado un auténtico sistema de evaluación que permita vislumbrar siquiera los objetivos de las estrategias europeas en materia de regulación –*better regulation*–⁷.

Las reflexiones de este trabajo se refieren, por tanto, especialmente a la evaluación retrospectiva y estratégica de la nueva normativa reguladora de la compra pública.

2 Parámetros de la evaluación de la normativa de compra pública

En este marco se presenta la evaluación de la normativa de compra pública que forma parte de la Estrategia 2020 de la Unión Europea EUROPA 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM/2010/2020 final), del que el conjunto normativo en el ámbito de la *compra* pública forma parte, lo que se ha denominado *tool box* o “caja de herramientas”, contenido básicamente en el denominado cuarto paquete de directivas de contratación pública o directivas de cuarta generación. Este marco es definido por la Comisión en cinco objetivos cuantificables para 2020: el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza. Al servicio de la consecución de los mismos aparece la compra pública.

La Comunicación plantea su vocación no solo estratégica, sino evaluadora, al indicar que “*con vistas a 2020, la UE debería acordar comúnmente un número limitado de objetivos principales que sean representativos de la perspectiva de un crecimiento*”

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

inteligente, sostenible e integrador. Deben ser mensurables, capaces de reflejar las diferentes situaciones de los Estados miembros y basados en datos suficientemente fiables a efectos comparativos". Por lo tanto, la primera fuente en la que encontrar los parámetros evaluadores de la compra pública es el ordenamiento europeo.

A la hora de determinar los parámetros que orientarían la evaluación del cumplimiento de los objetivos, debemos no solo considerar el marco de producción normativa de las directivas, esto es, la Estrategia 2020, sino también y muy especialmente los objetivos descritos en el procedimiento de producción normativa, que en el ámbito europeo se traduce en una suerte de "diálogo" entre el Parlamento y la Comisión, cuyas consideraciones constituyen la mejor de las exposiciones de motivos. Así, la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), establece las misiones o los objetivos a satisfacer: "*Primera misión: mejora de la claridad jurídica, Segunda misión: desarrollar todo el potencial –la mejor rentabilidad–, Tercera misión: simplificar las normas y permitir procedimientos más flexibles, Cuarta misión: mejora del acceso para las PYME, Quinta misión: asegurar unos procedimientos razonables y evitar ventajas desleales, como medida anticorrupción, Sexta misión: incrementar el uso de la contratación electrónica*". Objetivos estos finalmente plasmados en los considerandos de las directivas de compra pública.

Junto con estos objetivos, no cabe desconocer que la compra pública se desenvuelve en el seno de los principios de los tratados de la Unión Europea y, en concreto, de los derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), como el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (art. 18) en aras de la efectiva implantación de la libre circulación de personas, servicios y capitales, principios cuyo papel rector se residencia no solo en la actividad de producción y aplicación de las normas, sino también en la ponderación del impacto de estas.

Por último, por más que la regulación de la contratación pública sea fruto de la transposición del cuarto paquete de directivas, no podemos olvidar los objetivos propios resultantes de la idiosincrasia del legislador español, expuestos en el preámbulo de la Ley 9/2017, de 8 de marzo, de contratos del sector público, LCSP. "*Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio*"⁸, para lo cual plantea "*la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato*", recogiendo asimismo la necesidad de simplificación de los trámites de los procesos de compra pública.

Recapitulando todo lo anterior, se ofrece un panorama claro de los parámetros con que debería abordarse la evaluación de la normativa de la compra pública, a saber: estrategia, seguridad jurídica, simplificación de procedimientos, mejora en la eficiencia de la compra pública consiguiendo mejores ratios en la relación calidad/precio,

⁸ Resulta cuando menos llamativo en primer lugar el establecimiento de una especie de orden en la enumeración de los principios que inspiran la norma, pero más llamativo aún es la preponderancia que el texto otorga al principio de transparencia sobre el que debiera ser el objetivo central de la compra pública si atendemos a su finalidad, que no es otra que la de proporcionar al sector público bienes y servicios con la mejor relación calidad/precio.

transparencia y lucha contra la corrupción, así como el incremento de la contratación electrónica como medida instrumental imprescindible para el logro de los anteriores.

3 Elementos y pasos de la evaluación

Afrontar la labor evaluadora de cualquier actividad exige la aplicación de dos elementos que la conforman; de un lado, los datos y, de otro, el método de evaluación. Es la combinación de dato y método la que permite llegar a conclusiones en la evaluación normativa.

Los datos constituyen la información que permite llegar al conocimiento de aquello a que están referidos. Ciertamente, estamos inmersos en un mundo de información que tiene valor económico, constituye objeto de transacciones, de protección y de regulación, y por tanto el mundo jurídico no puede escapar al nuevo paradigma del valor esencial de los datos. El abordaje de la evaluación normativa de la compra pública se viene desarrollando principalmente desde el punto de vista de los datos, identificándose con la elaboración de estadísticas. Son muchos los instrumentos normativos que establecen entre sus previsiones la de recopilar datos⁹.

Obviamente, los datos de la compra pública en cuanto información disponible siempre están al alcance de las entidades del sector público como sujetos productores en gran parte de dicha información y una de las dos partes en los negocios jurídicos origen de la misma. Asimismo, la Administración puede tener acceso a otros datos que conformarían la información estratégica de la compra pública y que comprenden la información del impacto de la normativa en los mercados o sectores cuya afectación se busca implementar con la regulación.

No resulta tan fácil para terceros acceder a toda la información. Sin embargo, el nuevo modo de relacionarse con los ciudadanos ha traído consigo una completa normativa en materia de transparencia que permite el acceso a los datos, tanto desde la óptica de la publicidad activa como pasiva plasmada en el derecho de acceso. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG), exige así en su artículo 8 que se publiquen *“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.*

⁹ Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio (Acuerdo de Marrakech): anexo 4b artículo XIX: *“Cada parte reunirá, y facilitará al comité anualmente, estadísticas sobre los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente acuerdo. En ellas figurará la información que se detalla a continuación acerca de los contratos adjudicados por todas las entidades contratantes comprendidas en el presente acuerdo (...).*

Para cerciorarse de que esas estadísticas son comparables, el Comité establecerá directrices sobre los métodos que deben utilizarse”. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-1850> (Consultado el 14 de junio de 2020).

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público”.

Esta regulación sobre los datos en el ámbito de la compra pública se completa con la regulación que del contenido de la plataforma de contratos del sector público, del registro de contratos y de los perfiles de contratante hacen los artículos 347, 345 y 63 de la LCSP respectivamente.

Estos preceptos contienen la regulación básica de qué datos deben ofrecerse y la forma en que debe verificarse la puesta a disposición de estos, señalando únicamente el apartado 8 del artículo 347 que la información se publicará en estándares abiertos y reutilizables, y el apartado 2 del 345 que la información sobre la contratación pública compilada en el Registro de Contratos del Sector Público deberá estar sistematizada siguiendo formatos y estándares abiertos adoptados a nivel internacional. A estas exigencias de que se trate de datos abiertos y reutilizables previstas específicamente cabe añadir la interoperabilidad o capacidad de compartir datos y posibilitar el intercambio de información. Esta regulación se ve complementada con lo establecido en la LTAIPB en relación con las características de los datos que para la publicación activa de los mismos se fijan en los apartados 4 y 5 de su artículo 5, que a las exigencias antes señaladas de datos en abierto reutilizables e interoperables añade que los datos deberán ser ofrecidos *“de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados, será comprensible, de acceso fácil y gratuito”*.

Por lo tanto, una adecuada valoración exige como instrumento esencial el acceso a datos abiertos, reutilizables, interoperables, gratuitos y de acceso fácil y además ofrecidos con una estructura clara que los haga comprensibles.

El segundo elemento que determina una adecuada valoración o evaluación de la normativa es el sistema o método aplicado a la evaluación, desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo y exige la existencia de profesionales expertos con conocimientos para, analizando los datos, llegar a conclusiones y extraer propuestas.

Íntimamente relacionado con los elementos que forman parte de la evaluación se encuentran los pasos o fases de esta en cuanto la evaluación se configura como un proceso. Efectivamente, la mera recopilación de información no constituye una evaluación por más que sea presupuesto *sine qua non* de la misma. Debe, por tanto, continuarse con una segunda fase de clasificación y tratamiento de la información, su examen y estudio desde diversas ópticas para poder llegar a una tercera fase en que se extraigan las conclusiones que permitan ofrecer un panorama de la compra pública que sea un reflejo de la realidad de esta, que a su vez introduzca el análisis de las posibles intervenciones correctoras.

4 La evaluación de la compra pública diseñada en la LCSP

El sistema de evaluación de la normativa de la compra pública diseñado en la LCSP se concreta por referencia a los órganos encargados del mismo dentro de la nueva

regulación de lo que se conoce como la gobernanza en la contratación pública. De esta forma, la LCSP contempla la evaluación desde la perspectiva orgánica de la regulación de los sujetos a los que atribuye competencias en la materia. A cada uno de estos órganos se les atribuye una función relacionada, de una forma u otra, con la evaluación.

Si atendemos al concepto gobernanza como el conjunto de elementos que permiten apreciar la eficacia, calidad y buena orientación de la intervención del Estado, efectivamente la evaluación normativa debe entenderse residenciada en el ámbito de la gobernanza, como parece prever la LCSP, al incluirla en su libro cuarto, “Organización administrativa para la gestión de la contratación”, que en cierto modo se relaciona con dicho concepto. Ahora bien, al clasificar los distintos órganos que comprende tal organización, no reserva específicamente o *nominatim* ninguna categoría para órganos evaluadores. Así, contempla órganos que denomina de contratación, de asistencia y consultivos, asignando a algunos de estos últimas funciones evaluadoras, sin atribuirles paralelamente el carácter de órganos de evaluación.

Sin obedecer, por tanto, a una categoría de evaluadores, son varios los órganos que parecen tener ciertas competencias de evaluación en la LCSP, tanto atribuidas de forma directa como indirectamente al encomendárseles funciones que llevan necesariamente consigo una previa evaluación y correlativamente los mecanismos evaluadores.

Estos órganos son la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) –que cuenta en su seno, a su vez, con el Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública– y la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública (OIRESCON). Estos órganos, sin embargo, no funcionan de cara a la evaluación normativa como compartimentos estancos, sino que, como se señala en el primer informe enviado a la Comisión Europea por la JCCPE, *“el marco diseñado por la nueva Ley de contratos hace que todos los órganos citados estén estrechamente relacionados, no siendo cada uno de ellos un compartimento estanco. Todo lo contrario, la interrelación entre ellos es manifiesta, y solo de esta manera se logrará que todos ellos cumplan los objetivos para los que fueron creados, sin que existan entre ellos ninguna descoordinación ni duplicidad de actuaciones”*.

La JCCPE desde su creación ha sido un órgano eminentemente consultivo y realmente, a pesar de que la LCSP la define como el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal, carece de funciones ejecutivas o normativas en la materia. Sin embargo, destaca una nueva atribución de la JCCPE consistente en la elaboración y remisión a la Comisión Europea cada tres años de un informe referido a todos los poderes adjudicadores estatales, autonómicos y locales respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada (art. 328 LCSP)¹⁰, que constituye el principal mecanismo de evaluación de la contratación pública establecido en la LCSP. Esta

¹⁰ El primer Informe relativo a la contratación pública en España – 2017 se ha remitido a la Comisión el 17 de abril de 2018. Disponible en: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES> (Consultado el 14 de junio de 2016).

regulación deriva de la transposición de los artículos 83 y 85 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública¹¹.

Para el desarrollo de esta actividad, cuenta en su seno con el Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública, que analizará las cuestiones relativas a la contratación pública que resulten de interés común para todas las comunidades autónomas participantes en él y recopilará la información que debe ser remitida a la Comisión Europea¹².

La actividad de este comité se presenta como fundamental de cara al objetivo de la interoperabilidad de la información, presupuesto *sine qua non* de una evaluación normativa adecuada, planteándose que el propósito del legislador es conseguir a través de este órgano que la actuación de los distintos entes del sector público se desarrolle “*de manera compatible y armónica*”¹³. Sin embargo, la LCSP configura esta función como una mera recopilación de datos y traslado de información a la Unión Europea, lo que, si bien es el presupuesto necesario para toda evaluación, es solo un paso previo de la misma, una de sus fases, de manera que el papel de la JCCPE en la actividad de evaluación es parcial. El carácter parcial del informe también resulta de ser una exigencia del paquete de directivas de 2014, ya que no contempla toda la contratación pública, sino únicamente los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA)¹⁴. Pese a tal realidad, el informe de la contratación pública de 2017 no solo se ha limitado a ofrecer información sobre contratación pública como conjunto de datos, sino que extrae conclusiones de esta a modo de información cualitativa.

Asimismo, dicho informe incorporará la información contenida en el informe de supervisión que remitirá la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, OIRESCON, creada en el artículo 332 de la LCSP a la que corresponde “*coordinar la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público*”. Para ello, elaborará un informe anual que recogerá las conclusiones derivadas de toda la actividad de supervisión realizada por las administraciones competentes, incluyendo una relación expresiva de los principales incumplimientos constatados y de los órganos responsables de los mismos. Este órgano sí que tiene unas funciones evaluadoras más completas, ya que estas no se limitan a recopilar información, sino a su examen, estudio y realización de recomendaciones e incluso instrucciones al respecto.

La primera conclusión a extraer, aunque de carácter meramente terminológico, es que la actividad de supervisión descrita en la LCSP se corresponde con lo que sería una verdadera actividad de evaluación de la aplicación y cumplimiento de la norma, así como de su efectividad, en tanto en cuanto puede no solo fijar las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, sino que

¹¹ Dicha obligación se recoge también en los artículos 45 de la Directiva 2014/23/UE, y en los artículos 99 y 101 de la Directiva 2014/25/UE.

¹² Informe relativo a la contratación pública en España – 2017. Abril 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.

¹⁴ Sin perjuicio de ello, se ofrece el dato referido a la contratación pública por debajo de los umbrales comunitarios (el valor agregado total de la misma), tal y como se establece en las directivas de contratación de 2014.

también comprende elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, así como propuestas de modificación, adaptación o mejora normativa. Por el contrario, la mención a la evaluación queda referida a la Oficina Nacional de Evaluación, que, a pesar de su denominación, no realiza auténticas funciones de evaluación de la contratación pública, sino que tiene por misión, en virtud de lo establecido en el artículo 333 de la LCSP, analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios.

Otra conclusión a considerar es que la LCSP no contiene previsión alguna en relación con una evaluación estratégica, ni por ende encomienda esta misión específicamente a órgano alguno. Este tipo de evaluación encuentra un ejemplo específico en nuestro país en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que ha emitido un informe evaluador de los procedimientos de contratación en España desde la óptica de la competencia, de 7 de febrero de 2019: *“para poder determinar si hay competencia efectiva en las compras públicas y si los fondos públicos se utilizan de manera eficiente, es necesario poder evaluar el funcionamiento de nuestro sistema de contratación pública, y esto solo se puede llevar a cabo si se dispone de datos precisos”*¹⁵. En esta misma línea puede por ejemplo mencionarse el segundo informe “Spending Review” de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF) de junio de 2019, que, en relación con el procedimiento de subastas de medicamentos implantado en la Comunidad Autónoma andaluza, señala que *“el sistema de selección de medicamentos de Andalucía se ha mostrado exitoso para conseguir ahorros sin comprometer la salud de los ciudadanos”*. En este caso no se trata de una evaluación general, sino que, partiendo de una premisa particular efectuada en relación con un caso concreto, sienta una conclusión que bien podría ser extrapolable al resto de supuestos de uso del sistema indicado y, por tanto, implica una evaluación de los efectos de la aplicación de la norma en un sector determinado.

En el seno de la Unión Europea, cabe destacar únicamente, a modo de ejemplo de Informe de estrategia el de Bruselas 26.2.2020 SWD (2020) 508 final. Informe sobre España 2020, que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo, Semestre Europeo 2020: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n. 1176/2011 (COM (2020) 150 final)¹⁶.

Una última consideración en torno a la regulación que de la evaluación normativa hace la LCPS nos lleva a plantear que del resultado de la evaluación no se deriva una nomofilaxis automática de la regulación de la compra pública, al carecer los órganos evaluadores, como es obvio, de toda competencia normativa. Los órganos evaluadores únicamente tienen competencias para efectuar estudios e informes y, como resultado de los mismos, realizar propuestas de regulación, bien para profundizar o para desecher una determinada línea normativa, o bien informes y recomendaciones que, si

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

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

bien tienen un alto valor doctrinal y suelen ser aplicados por los distintos operadores jurídicos y económicos, no son vinculantes, y en el más intenso de los supuestos de intervención, como es el caso de la OIRESCON, para dictar instrucciones “*fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación*”¹⁷”.

Sin embargo, el instrumento verdaderamente evaluador de la LCSP es la Estrategia Nacional de Contratación, regulada en su artículo 334, que es un documento jurídico vinculante para todas las entidades contratantes de España, que realizará un análisis de todos los datos disponibles y abordará, entre otras cuestiones, la mejora de la supervisión de la contratación pública, la elaboración de manuales de buenas prácticas, y promoverá la profesionalización en la contratación pública con un horizonte temporal de cuatro años. La elaboración de esta estrategia exige la participación de los órganos anteriormente indicados, puesto que será realizada por el Comité de Cooperación en el seno de la JCCPE, siendo finalmente aprobado por la OIRESCON.

Los parámetros de evaluación a que más arriba me refería están específicamente establecidos para la estrategia nacional de evaluación en el apartado 2 del artículo 334 de la LCSP:

Parámetros de transparencia y de lucha contra la corrupción: *Combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública.*

Parámetros de eficiencia: *Promover la eficiencia económica en los procesos de obtención de bienes, servicios y suministros para el sector público, estimulando la agregación de la demanda y la adecuada utilización de criterios de adjudicación e incrementar la profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación. Generalizar el uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento.*

Parámetros de estrategia: *Utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación, y promover la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública.*

La evaluación que supone la Estrategia Nacional de Contratación no se queda en el ámbito de la evaluación normativa, sino que pretende ser una auténtica evaluación estratégica de la compra pública. Ahora bien, dado que hasta la fecha no se ha elaborado el documento, no es posible saber si efectivamente la vocación de evaluación estratégica encontrará reflejo en él o se limitará a un mero análisis cuantitativo de datos, lo que en mi opinión sería una auténtica oportunidad perdida.

Otro informe que prevé la LCSP con una finalidad evaluadora es el Informe sobre la contratación pública en España, que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 8 de su artículo 346, el Gobierno elevará anualmente a las Cortes Generales a partir de los datos y análisis proporcionados por el Registro de Contratos del Sector Público. El Ministerio de Hacienda y Función Pública pondrá en conocimiento de la

¹⁷ Sobre este tema que no constituye específicamente el objeto del presente trabajo, resulta de gran interés la controversia doctrinal sobre el carácter vinculante de las instrucciones de la OIRESCON: GIMENO FELIU, J.M. y 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. Disponible en: <http://obcp.es/opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como> (Consultado el 14 de junio 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. Disponible en: <https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/> (Consultado el 14 de junio de 2020).

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el informe, tras su elevación por el Gobierno a las Cortes Generales.

Puede afirmarse que la voluntad evaluadora en la LCSP como consecuencia del nuevo paradigma de gobernanza queda representada por la cantidad de informes que con esta finalidad establece: el informe anual que el Gobierno remite a las Cortes, el informe trianual que la Junta Consultiva remite a la Comisión Europea y el informe anual de supervisión cuya aprobación corresponde a la OIRESCON, junto con la Estrategia Nacional de Evaluación. Tal profusión de informes, sin embargo, por sí sola no parece ser garantía de la calidad de la actividad evaluadora.

Fuera de los órganos típicamente evaluadores de la LCSP, también participan en la función de evaluación distintos agentes, ya tengan o no funciones administrativas. Efectivamente, los informes y conclusiones sobre los efectos de la normativa de compra pública en distintos sectores y mercados cumplen, asimismo, esa misión evaluadora, ofreciendo al legislador encargado de su implementación o mejora informes de primera mano sobre el impacto de aquella. Es el caso de asociaciones profesionales, fundaciones de investigación, colegios profesionales, federaciones de municipios, universidades, etc.

La colaboración público-pública y público-privada, en el más amplio sentido de la expresión, es un elemento determinante del éxito de la evaluación, o, tal como indica el primer informe anual de supervisión de la contratación pública en España, OIRESCON, de diciembre de 2019¹⁸, *“la supervisión pública requiere, siempre, de la cooperación entre distintos órganos o unidades administrativas, con instituciones, autoridades u organismos públicos situados en distintos ámbitos territoriales y competenciales –instancias europeas incluidas– en un escenario de relaciones interadministrativas e interinstitucionales, en el que también confluyen agentes privados –operadores económicos y ciudadanos, con voluntades e intereses diferenciados– que colaboran, directa o indirectamente, con el ente supervisor”*.

No cabe desconocer tampoco la que podríamos denominar evaluación impropia que se presupone en el legislador cuando acomete cambios o modificaciones en la regulación de la compra pública, a la vista de los distintos intereses en juego y de los efectos que produce la aplicación de las normas. Podría ser este el caso de la derogación parcial del artículo 118.3 de la LCSP respecto del tan comentadísimo nuevo expediente del contrato menor, específicamente de la también tan denostada y comentada regla de la incompatibilidad, mediante el Real decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, que ofrece un buen ejemplo de esta actividad fruto de la evaluación impropia por el propio legislador al señalar su preámbulo que *“también se ha incluido la modificación del artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que recogió el decaído Proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019 (BOC*

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

de 16 de enero de 2019), al resultar urgente y necesario por razones de seguridad jurídica solucionar los graves problemas técnicos que el actual artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, plantea al exigir, para celebrar un contrato menor, que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen las cifras que establece el artículo 118.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”.

Ciertamente, la LCSP ha sentado las bases para un auténtico sistema de evaluación y supervisión de su aplicación. Entonces, ¿por qué la cuestión inicialmente planteada? ¿Puede afirmarse que la evaluación planteada en la LCSP es eficaz? Sin atrevernos a hacer un análisis tan poco tiempo después de la creación del sistema, sin embargo, no resulta complicado atisbar la realidad, acudiendo a las propias fuentes de la información.

Si algo queda claro de la lectura del primer informe anual de la OIReSCON es que no hay una correlación adecuada entre el objetivo perseguido y los medios asignados para dar cumplimiento a este. Efectivamente, señala el propio informe ya en sus primeras líneas que *“para la realización del mismo no se ha dispuesto de los medios informáticos ni personales indispensables para ello”*, concretando esta inicial aseveración al analizar cada una de las muestras seleccionadas. El panorama se complica aún más en el escenario de profesionalización que la contratación pública exige, no solo por la cada vez más compleja realidad sobre la que opera, sino también por impulso y recomendación de la UE¹⁹, profesionalización que obviamente debe estar presente en todo el sistema, incluyendo necesariamente la evaluación del mismo.

Pero no es solo la falta de medios la que pone trabas a la verdadera eficacia de la evaluación, sino también la pluralidad de formas de hacer las cosas o de cumplir la ley, fruto de la organización administrativa de nuestro país, en que la autonomía de gestión, si bien presenta evidentes ventajas asentadas en el sistema, lleva consigo importantes inconvenientes de coordinación que resultan, a mi juicio, letales para la consecución del objetivo marcado, afectando al elemento esencial que permite el manejo y el estudio de los datos, la interoperabilidad o la capacidad de los sistemas de información y de los procedimientos a los que estos dan soporte de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos²⁰. Esta heterogeneidad en la presentación de los datos deriva de la multiplicidad de perfiles de contratante, que si bien fue atajada en la LCSP desde la perspectiva de la transparencia, al exigir que los datos publicados en los perfiles también lo fueran en la plataforma de manera directa o mediante el sistema de perfiles alojados, no parece estar funcionando tan bien en cuanto a la consideración de la plataforma no solo como instrumento de transparencia, sino de gobernanza y como fuente fundamental de información de cara a la obtención de datos sobre los que proyectar el análisis de la compra pública.

¹⁹ Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública. “Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2017/259/L00028-00031.pdf> (Consultado el 14 de junio de 2020).

²⁰ STC 2/1983, de 28 de abril, ECLI:ES:TC:1983:32, “La coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema”.

Lamentablemente, la reciente situación derivada de la crisis sanitaria generada por el coronavirus COVID-19 es un triste ejemplo de ello. No solo se han puesto de relieve tales inconvenientes a nivel estadístico sanitario, sino que, en la labor evaluadora de la OIRESCON, se ha hecho patente esta circunstancia. Así resulta de la lectura del informe especial “La publicidad de las emergencias COVID-19”.

Son, por tanto, los dos elementos que conforman la evaluación normativa los que sufren deficiencias que comprometen la consecución de los objetivos de la misma. Tanto la obtención de datos en formato abierto y reutilizable que permita su adecuado estudio y tratamiento como su interoperabilidad presentan déficits que dificultan la verdadera evaluación de la compra pública²¹. También se resiente el elemento de la aplicación a estos de métodos de estudio profesionalizados que permitan extraer consecuencias valorables en el campo de la evaluación, esto último debido a la falta de medios tanto materiales como personales de los que adolecen algunos de los órganos evaluadores.

5 Conclusión

El sector público español se encuentra en un punto de inflexión y de no retorno, me atrevería a señalar, en cuanto al modo de hacer las cosas. Deben superarse definitivamente conceptos de eficacia en torno a la cosa pública que implican la consecución del objetivo marcado, pero sin una verdadera reflexión generalizada sobre el impacto de las medidas adoptadas. Tal reflexión y la aplicación práctica de sus conclusiones convierten el sistema de eficaz en eficiente, lo que implica la presencia necesaria de mecanismos de evaluación.

No es un secreto que la contratación pública como normativa sectorial del sistema de aprovisionamiento del sector público para el ejercicio de sus competencias no puede quedar al margen, sino que debe ser protagonista del cambio de mentalidad y de la transformación de las administraciones públicas, junto con la mejora de la cobertura tecnológica del sistema. No solo por su impacto económico, sino por su impacto directo, asimismo, en las diversas realidades sobre las que se proyecta.

La LCSP contiene la regulación pertinente para un primer estadio en la evaluación de su impacto, la evaluación normativa; sin embargo, en algunas de las primeras experiencias aplicativas de esta normativa subyacen las dificultades materiales para su implementación. Por su parte, no hay previsiones de evaluación estratégica de la aplicación de la norma, que en parte han asumido operadores ajenos al sector público, cuyas conclusiones, sin embargo, contribuyen al análisis de su eficiencia, siendo un valor añadido que se establezcan mecanismos de cooperación para aprovechar las sinergias entre sector público y privado.

Podría decirse, de momento, que la intención es buena...

²¹ *Se ha identificado la necesidad de mejora de la información de las plataformas existentes tanto PLACSP como las de ámbito autonómico, ya que se han detectado errores en la información publicada tanto de fondo como de forma (en relación con la información del órgano de contratación en su perfil, mesa de contratación, y actividad contractual), así como la falta de homogeneidad, y una deficiencia de la calidad del dato ofrecido en formato abierto y reutilizable.*

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. y LOSCHAK, D., *Science administrative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1978.
- COMISIÓN EUROPEA, *Better Regulation Guidelines*, 2017. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines.pdf> (Consultado el 16 de junio 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. Disponible en: <https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/> (Consultado el 14 de junio de 2020).
- GIMENO FELIU, J.M. y 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. Disponible en: <http://obcp.es/opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como> (Consultado el 14 de junio 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 febrero de 2018.
- RECUERDA GIRELA, M.Á. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de contratos del sector público*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2018.