

**LA REFORMA COMUNITARIA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS Y SU INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. UNA VISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INTEGRIDAD<sup>1</sup>.**

**José María Gimeno Feliu**

**Catedrático Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza**

**SUMARIO:** Introducción: La contextualización de la regulación de la contratación pública. 1.- La transparencia en la contratación pública: una nueva dimensión no formal. 2.- La revisión de las prácticas que permiten opacidad. Soluciones normativas. 3.- La simplificación administrativa en la valoración de la solvencia como instrumento de concurrencia. 4.- El control preventivo de los conflictos de intereses. 5.- El sistema de recursos en contratación pública: tutela y buena administración. La experiencia española. EPILOGO.- HACIA LA TRANSPOSICION EFECTIVA DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION PÚBLICA Y, EN ESPECIAL DEL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD

**Introducción: Contextualización de la nueva regulación de la contratación pública.**

Las nuevas Directivas de contratación pública (23 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero), la denominada “cuarta generación”, persiguen dos objetivos complementarios: el primero es incrementar la eficiencia del gasto público, para lo cual resulta crucial aumentar la eficiencia de los procedimientos de contratación, lo que pasa por su racionalización y simplificación. El otro objetivo complementario es permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social y asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de alta calidad<sup>2</sup>. Estas Directivas, cuyos principios se extienden a todas las fases de la contratación (artículo 18 de la Directiva 2014/24) vienen a superar la lógica “armonizadora” de sus predecesoras y optan, como señala G.A. BENACCHIO por prescindir del establecimiento de reglas excesivamente rígidas e invasivas en favor de la promoción de los objetivos de simplificación y eficiencia<sup>3</sup>. Son textos, por lo

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del *Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado “Hacia una contratación pública eficiente”, REF: DER2012-39003-C02-0.*

<sup>2</sup> Vid. J.A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; y J.M. GIMENO FELIU, “Las nuevas Directivas –cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, REDA núm. 159, 2013, pp. 25-89.

<sup>3</sup> Vid. “Verso le Direttive di quarta generazione”, en G.A. BENACCHIO/M. COZZIO *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, p. 8.

demás, de mayor “densidad” que sus predecesoras y se siguen observando parecidas deficiencias técnicas que complican la correcta adaptación de sus reglas a las normas nacionales<sup>4</sup>. Pero a pesar de todo, en mi opinión, suponen un importante avance pues han de permitir replantear el modelo teórico y práctico de la legislación de contratación<sup>5</sup>.

El Estado español tiene la obligación de realizar la transposición en el plazo de dos años desde su publicación, es decir, abril de 2016, lo que obligara a la adopción de una nueva norma legal (o dos, si contamos con la regulación en los denominados sectores “especiales” de agua, energía, transporte y servicios postales) que sustituirán al vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RDLeg. 3/2011, así como a la Ley 31/2007, de contratación en los sectores “especiales”).

Ciertamente, la obligación de transposición debe ser considerada como una “nueva” oportunidad para regular correctamente una materia tan sensible y de tanta importancia económica y social<sup>6</sup>. Transposición que, además de simplificar y favorecer una transparencia efectiva debe preservar la idea de uniformidad jurídica como fin en si mismo, por lo que deben preverse soluciones normativas donde resulte indiferente la cuantía o importe del contrato. Los objetivos de las nuevas Directivas –y los principios que las inspiran<sup>7</sup>– deben servir de modelo general para toda la contratación pública<sup>8</sup>.

Es momento también para actualizar los conceptos y pilares sobre los que se diseñó el modelo institucional del contrato administrativo en España, donde la idea basilar de las “prerrogativas administrativas” cede a favor de un modelo de igualdad de trato, eficiencia e integridad en la gestión de los fondos públicos<sup>9</sup>. Por supuesto, debe

---

<sup>4</sup> Especialmente crítico, también con el Derecho de la Unión Europea, se manifiesta J. SANTAMARIA PASTOR, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública” Revista Española de Derecho Administrativo, número 159, 2013, p. 35.

<sup>5</sup> Me remito a mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

<sup>6</sup> Sin olvidar el carácter estructurante del ordenamiento jurídico de esta norma, por bien ha explicado M. CARLON en su trabajo “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico”, en libro colectivo dirigido por R. GOMEZ-FERRER MORANT *Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1801-1823.

<sup>7</sup> Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a las monografías de J. A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006 y C. VIANA, *Os principios comunitarios na contratação pública*. Coimbra Editora, 2007.

<sup>8</sup> Vid. X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 50, 2014, pp. 73-101.

<sup>9</sup> Idea que expone con claridad el trabajo de J.L. MEILAN GIL, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, RAP núm. 191, 2013, pp. 11 y ss. Esta necesidad

hacerse un esfuerzo por incorporar las nuevas categorías y conceptos, pues solo así se puede consolidar el objetivo de uniformidad jurídica pretendido por la normativa comunitaria<sup>10</sup>. Lo que exige un contexto de predictibilidad de normas y de confiabilidad en el modelo de compra, vinculado a la idea o regla de la integridad. Principios alejados de una visión burocrática de la contratación pública, que lo que pretenden es modernizar y racionalizar los modelos productivos y de provisión de servicios desde una perspectiva estratégica tanto en la planificación como en la adquisición y ejecución de los contratos públicos. En pleno siglo XXI, caracterizado por una globalización económica y una competencia sobre modelos diversos de productividad, la estrategia sobre cómo realizar las adquisiciones públicas, se presenta como el principal elemento diferenciador en la propia configuración del modelo económico y social.

Por supuesto, y desde la coherencia del modelo, el contenido “armonizado” que se propone en las Directivas, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública<sup>11</sup>. Esto significa que los principios comunitarios inherentes a la contratación pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no “armonizado”, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral<sup>12</sup>.

---

de actualización es evidente en los temas de los modificados contractuales (p. 30). En el fondo, se diluye la categoría del contrato administrativo, caracterizado, por un derecho exorbitante, de tal manera que el enigma del contrato administrativo (en sugerentes palabras de ARIÑO ORTIZ, “El enigma del contrato administrativo”, RAP núm. 172, 2007, pp.79-102) parece resolverse hacia una regulación del contrato público ya no justificada en el *imperium*, sino en la transparencia para preservar un modelo de concurrencia.

<sup>10</sup>No puede olvidarse que, como bien recuerda J. B. AUBY (“Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere”, *Public Law*, spr, 2007, p. 57), los distintos ordenamientos jurídicos nacionales se enfrentan a los mismos problemas y que lo hacen con un grado de similitud superior al que uno pueda inicialmente imaginar. Por ello, un “lenguaje único” es un objetivo irrenunciable. De ahí la importancia de la jurisprudencia del TJUE, que debe seguir siendo el principal parámetro interpretativo de esta nueva normativa comunitaria (que no se caracteriza por la técnica normativa ni fácil comprensión de lo dispuesto). Sobre esta rol de la jurisprudencia comunitaria me remito al trabajo de M. COZZIO, “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 89-114.

<sup>11</sup>No en vano, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006) insistía en esta interpretación. Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

<sup>12</sup>Vid. el trabajo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, RAP núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos

Lógicamente, no pueden ser abordadas todas estas cuestiones en esta ponencia, lo que aconseja “limitar” la misma al impacto que puede y debe tener en nuestra vigente Ley de Contratos del Sector Público desde la perspectiva del principio de integridad. La realidad nos presenta como en los procedimientos y ejecución de contratos públicos concurren numerosos casos de corrupción y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas (la corrupción genera pérdidas en la economía de la UE que se estiman en unos 120.000 millones de euros al año -1% del PIB europeo- y conlleva la distorsión del funcionamiento del mercado interior - Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio, pág. 3-) y, por supuesto, pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas.

El mercado de los contratos públicos es donde existen “mayores tentaciones” y ofrecen más oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público<sup>13</sup>. De hecho, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que “el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea”, e insta a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, merced a los “efectos devastadores de la corrupción

---

un régimen par el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J.M. BAÑO LEON, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

<sup>13</sup> Estudio de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*. Madrid: INAP, 2010, como el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos, de 25 de junio de 2008- SEC(2008) 2193-). Vid. J. M. GIMENO FELIU, «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2010, núm. 147, pp. 517-535. También el estudio de A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Lo acaba de poner de manifiesto el Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE presentado por la Comisión (3 de febrero de 2014): <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>. Resultan de interés las reflexiones de J. VAZQUEZ MATILLA, “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública”, *Observatorio de la Contratación Pública*, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/chk.7d9fb65e7d35bd7a933a591d1c145585>.

en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior<sup>14</sup>.

Y el tema no puede resultar indiferente para quienes enseñamos el Derecho Administrativo y creemos en su carácter transformador de la sociedad. Por ello, frente a la opción de una descripción propedéutica de los cambios que contiene las nuevas Directivas comunitarias, parece oportuno reflexionar sobre los puntos críticos de nuestra legislación de contratos públicos, que, pese a su extensión y detalle ha fracasado en el objetivo de prevención de la corrupción. Intentaré sistematizar lo que considero “ideas fuerza” para reforzar, desde el paradigma de la integridad y buen gobierno, la legislación nacional de contratos públicos<sup>15</sup>.

### **1.- La transparencia en la contratación pública: una nueva dimensión no formal**

La contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar, y reflexionar, sobre la función y el efecto de la transparencia<sup>16</sup>. Y ello, principalmente, porque el impacto económico de los contratos públicos es de tal dimensión que afecta a la consecución del objetivo del mercado interior y desarrollo de la actividad económica transfronteriza. Los últimos estudios publicados por la Comisión Europea son elocuentes: en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del producto interior bruto (PIB) europeo y en el 2010 más del 19%<sup>17</sup>. Una adecuada y

---

<sup>14</sup> Apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7\_TA (2010) 0155 (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011).

<sup>15</sup> Los recientes casos de corrupción en España, generalmente vinculados a la contratación pública aconsejan esta visión. Fenómeno de la corrupción que no es algo nuevo ni ajeno a la práctica administrativa y política en España, si bien su dimensión cualitativa esta erosionado el sistema institucional público, lo que exige medidas contundentes de regeneración democrática que hagan del principio de integridad uno de los factores o claves del liderazgo institucional. Muy sugerente sobre esta cuestión son los trabajos de M. SÁNCHEZ MORÓN, «La corrupción y los problemas de control de las Administraciones», en Laporta, F.J. y Álvarez, S. (eds.) *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997; y libro colectivo *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004. Como obra de referencia sobre esta cuestión debe recordarse el excelente libro del profesor A. NIETO, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.

<sup>16</sup> J.M. GIMENO FELIU, “*Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos*”, en libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 27-80. Principio de publicidad (y competencia) que ya han sido recogidos en nuestra primitiva legislación de contratación administrativa, (Real Decreto de 27 de febrero de 1852, relativo a los contratos de servicios públicos), como bien explica M. BASSOLS COMA en su estudio “Evolución de la legislación sobre contratación administrativa”, en libro col. Coordinado por B. Pendas, *Derecho de los contratos públicos*, Práxis, Madrid, 1995, pp. 25 a 25.

<sup>17</sup> Son datos, respectivamente, extraídos del documento de trabajo de la Comisión Europea *Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*,

efectiva transparencia puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos —de especial interés en un contexto de reducción del déficit público y que se presenta como alternativa a políticas de recortes—, como de una gestión transparente compatible con el derecho a una buena administración (como indica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2003, Interporc). En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 abril de 1996, Autobuses Valones).

En materia de contratación pública, el significado del principio de transparencia ha sido definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relacionándolo con el principio de igualdad de trato de los licitadores. De hecho, se ha llegado a afirmar que el principio de transparencia es el corolario del principio de igualdad. Si el principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores, el principio de transparencia tiene esencialmente por objeto limitar el riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (evitar, en suma, la práctica de redes clientelares). Resulta, por tanto, que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se preserve su respeto (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, apartado 91, y de 12 de marzo de 2008, Evropaïki Dynamiki, T-345/03, apartado 142 y siguientes).

Esto explica que la publicidad no es —ni puede serlo— un mero principio formal. La publicidad, mediante los instrumentos que se utilicen —técnicos y regulatorios— debe generar competencia o concurrencia empresarial, tal y como bien advierte la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2009, Acoset, al afirmar que «los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que

---

de 27 de abril de 2010, disponible en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/indicators2008\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf) y del documento *Public Procurement Indicators 2009*, Comisión Europea (DG Mercado Interior), 11 de noviembre de 2010, en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/indicators2009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf). Conviene advertir que la importancia de los contratos públicos por estados miembros es muy variable: desde el 11,1% del PIB de Grecia, al 18,5% de España, pasando por el 19,3% de Francia o el 30,9% que significan en Holanda.

permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados». La obligación de transparencia que recae sobre cualquier ente contratante consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada y efectiva que permita abrir a la competencia el contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21)<sup>18</sup>.

Al respecto, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública:

*«66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).*

*67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas*

---

<sup>18</sup> En esta línea de exigencia de publicidad adecuada: STJUE de 13 de abril de 2010, Asunto Landgericht Frankfurt am Main; STJUE de 9 de septiembre de 2010, Asunto Ernst Engelmann ; STJUE de 3 de junio de 2010, Asunto Raad van State.

*referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».*

Resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate<sup>19</sup>. También, debe servir para evitar que mediante fraccionamiento del objeto contractual –que “alteran” el nivel de publicidad- se eludan los principios de publicidad y concurrencia<sup>20</sup>, o modificados de los contratos ya celebrados, alterando el objeto se eludan el principio de igualdad de trato, falseando la concurrencia<sup>21</sup>. Y lo mismo con una inadecuada tipificación de la prestación, lo que aconseja la extensión de la aplicación de los códigos CPV<sup>22</sup>.

La transparencia en la contratación pública, como principio instrumental, exige una implementación compatible con su finalidad. Son necesarios sistemas ágiles, accesibles y de alcance universal, que hagan posible que cualquier licitador pueda obtener información sobre una licitación y comprender las reglas de esta, sin que existan incertidumbres –o costes o cargas innecesarias- que favorezcan que se desista a presentar ofertas por entender que el procedimiento puede estar ya orientado hacia determinados licitadores<sup>23</sup>.

En este aspecto la legislación española ha manifestado una clara “debilidad”. La práctica española tras la LCSP de 2007 instrumentó el principio de publicidad mediante

---

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, «Succhi di Frutta», apartado 111.

<sup>20</sup> Me remito a mi opinión en [www.obcp.es](http://www.obcp.es) de marzo de 2012: “Unidad de mercado y contratación pública: redefiniendo los perfiles de contratante”. Por otra parte, como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 1/2009, de 25 de septiembre, existe fraccionamiento, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa.

<sup>21</sup> Como gráficamente expresa J. VAZQUEZ MATILLA en su trabajo “La modificación de los contratos públicos, un obstáculo para la transparencia y eficiencia”, Revista Estudios Locales núm. 161, 2013, pp. 551- 575.

<sup>22</sup> Por todos, A. RUIZ DE CASTAÑEDA, “La nomenclatura CPV en la contratación”, en la obra colectiva *Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 203 y ss.

<sup>23</sup> Puede también resulta interesante trabajar en técnicas semánticas para la contratación pública (como ejemplo el proyecto ContSem y ontología PPROC: [http://contsem.unizar.es/def/sector-publico/pproc-primer\\_1.0.0\\_es.html](http://contsem.unizar.es/def/sector-publico/pproc-primer_1.0.0_es.html)).



los perfiles de los contratantes, argumentado que estos medios informáticos de publicidad estaban recomendados por la propia Comisión Europea. Sin embargo, el desarrollo efectivo de esta previsión se aleja del objetivo pretendido, pues se permitió que todo ente contratante pueda crear su propio perfil de contratante (miles de ellos), lo que supone una clara fragmentación del mercado (al fragmentar la información), máxime cuando en los contratos no armonizados los poderes adjudicadores no administración pública solo publican sus licitaciones en su perfil (artículo 191 TRLCSP). Nos encontramos así ante una barrera de entrada para nuevos operadores económicos que introduce innecesarias dosis de inseguridad jurídica, que pueden conducir a la postre a un mercado «cautivo», que potencia la compra del «cercano» e impide el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad, por cuanto la actividad contractual realizada por los entes instrumentales no es en modo alguno residual, tanto por el número de entes existentes en la actualidad, como por el volumen de los contratos que realizan.

Para intentar corregir esta consecuencia, algunas Comunidades Autónomas reaccionaron intentando coordinar, mediante plataformas de contratación, la información de los contratos públicos en su ámbito geográfico. Ahora el Estado, para intentar corregir el error de fragmentación del modelo de publicidad –debilidad detectada en el Informe CORA- ha modificado el sistema de transparencia de la contratación pública mediante la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, donde aparece una disposición adicional que afirma:

*“Plataforma de Contratación del Sector Público.*

*La Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 334 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pasará a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público.*

*En la Plataforma se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público.”*

Con esta reforma legal, al margen de consideraciones de técnica normativa (hubiera sido mejor una reforma del TRLCSP y unos plazos claros de cumplimiento, así como las consecuencias jurídicas del incumplimiento), se introduce la obligación de publicar en la Plataforma de Contratos del Sector Público toda licitación pública de cualquier poder adjudicador, sea o no estatal. Y ello, sobre el fundamento de la unidad

de mercado, con apoyo en el artículo 139 CE, del que deriva esta obligación de “uniformidad jurídica de los sistemas de publicidad”. De ese modo, cualquier operador jurídico, con independencia de su procedencia, podrá conocer cuál es el objeto de la licitación y decidir si resulta de su interés o no.

Sin efectiva transparencia no hay concurrencia y sin información accesible por todos los licitadores, no hay transparencia. Esta es la patología que se corrige con la obligación introducida por la Ley de Unidad de Mercado de 2013 que, respetando, eso sí, la lógica del reparto competencial con Comunidades Autónomas, permite implementar un sistema de información conjunto sobre las licitaciones en el Estado, que resulte accesible por todos los potenciales licitadores y, en especial, por las PYMES. Este acceso único redundará en mayores oportunidades de negocio para las empresas independientemente de su ubicación geográfica, y una reducción de costes al poder acceder a toda la documentación en un solo punto de manera gratuita y sin necesidad de desplazamientos.

En todo caso, si esta reforma estatal es sin duda un gran acierto para corregir las disfunciones existentes en la contratación pública en España, la cuestión de la publicidad efectiva que se promueve por la Ley de Unidad de Mercado queda muy condicionada con la complejidad jurídica derivada del artículo 3 TRLCSP y la dualidad de regímenes jurídicos de poderes adjudicadores según sean, o no, administración pública, ya que este complejo entramado —y que parece un tanto oculto— es la consecuencia que se deriva de que en los contratos no armonizados (no sujetos al umbral fijado por la normativa comunitaria) a quienes no son administración pública se les exceptúa de las previsiones de la Ley (a modo de deslegalización) y se determina —artículo 191 TRLCSP—, que los mismos aprobarán manuales de instrucción que den plasmación, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Esta «deslegalización procedimental» ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para nuevos operadores económicos, introduciendo, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica que pueden conducir a la postre a una fragmentación del mercado que favorece que aparezcan prácticas de naturaleza clientelar, lo que impide el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala, lo que limita el principal objetivo de la reforma introducida por la Ley de Unidad de Mercado. No

hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación<sup>24</sup>. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública (más de diez mil), per se, conlleva a tal dispersión de reglas distintas (de difícil localización, por lo demás) que hace inviable que los licitadores puedan conocer los distintos procedimientos, lo que conduce a un mercado “cerrado” claramente ineficiente y alejado del objetivo de efectiva transparencia.

El actual sistema dual normativo español en contratos armonizados y no armonizados abre, por tanto, un portillo peligroso que ha derivado en la inaplicación de las previsiones y principios del TRLCSP, y en especial del principio de transparencia, mediante la configuración, por ejemplo, de entes de derecho público con personalidad jurídica privada que, conservando prerrogativas públicas, se dotarán de un régimen *ad hoc* por debajo del umbral comunitario. La publicidad, en un contexto de «dispersión de normas jurídicas», no podrá cumplir su función, y solo servirá como argumentario formal al cumplimiento de los principios de la contratación pública. Urge, por tanto, una reforma que unifique el régimen normativo de todos los poderes adjudicadores en lo relativos a los procedimientos de adjudicación y de control, con indiferencia de su naturaleza o no de Administración pública.

## **2.- La revisión de las prácticas que permiten opacidad. Soluciones normativas**

La arquitectura jurídica de nuestra legislación de contratos desde 2007 contenía, a modo de caballo de Troya contra el principio de integridad, ciertas previsiones normativas que han amparado la opacidad y, por ende, prácticas clientelares muy alejadas de los principios inherentes a la contratación pública y, también a la actuación administrativa. Sirva de ejemplo, y paradigma de la patologías en España, la sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2013 (asunto T-384/10, *España/Comisión*). En esta sentencia se relatan una serie de irregularidades relativas al incumplimiento por parte de las autoridades españolas de las normas en materia de contratación pública tras la auditoría de determinados contratos relativos al abastecimiento de agua a poblaciones ubicadas en la cuenca hidrográfica del río Guadiana. Estas malas prácticas comprenden: el fraccionamiento artificial del contrato con el fin de eludir la obligación de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea; la inclusión entre los criterios de adjudicación

---

<sup>24</sup> Sobre esta patología vengo insistiendo desde mi trabajo “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras”, RAP 176, 2008, pp. 9-54.

el criterio de la experiencia en España, en Andalucía y con la empresa GIASA (Gestión de Infraestructuras de Andalucía S.A); el recurso al procedimiento negociado sin la concurrencia de las circunstancias que lo posibilitan; la previsión de un procedimiento de «pre-adjudicación» y, finalmente, el establecimiento de un plazo insuficiente para la presentación de las ofertas. Todas ellas incluidas en las denominadas *red flags* (banderas rojas) en el estudio que sobre corrupción y contratación pública ha elaborado la Oficina de Lucha Anti Fraude de la Unión Europea (OLAF)<sup>25</sup>.

Sobre estas cuestiones debe insistirse en varias ideas básicas. La primera, que resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate<sup>26</sup>.

Respecto a la elección de procedimientos, debe insistirse en la correcta utilización del procedimiento negociado en España. El procedimiento de licitación con negociación, regulado en el artículo 29, está contemplado en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (ACP), siempre que se contemple en el anuncio de licitación<sup>27</sup>. Pero esta opción, como bien advierte J.A. MORENO MOLINA, debe estar supeditada a la condición de que se cumplan los principios de no discriminación y procedimiento justo<sup>28</sup>. La normativa comunitaria “extiende” la aplicabilidad de este procedimiento, considerado muy útil en ciertos

---

<sup>25</sup> Resulta de interés el documento sobre Public Procurement: costs we pay for corruption Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU (2013), que se puede consultar en [http://ec.europa.eu/anti\\_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and-studies/pwc\\_olaf\\_study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and-studies/pwc_olaf_study_en.pdf)

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, «Succhi di Frutta», apartado 111.

<sup>27</sup> Los considerandos de la Directiva reconocen que existe una necesidad generalizada de mayor flexibilidad y, en particular, de un acceso más amplio a un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones, como las que regula el ACP explícitamente para todos los procedimientos. Por ello plantea que, salvo disposición en contrario en la legislación del Estado miembro de que se trate, los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de utilizar un procedimiento de licitación con negociación conforme a lo establecido en la Directiva, en situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación.

<sup>28</sup> Vid. J.A. MORENO MOLINA, “La apuesta europea por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública”, en obcp.es (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/relcategoria.121/relmenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1>).

supuestos<sup>29</sup>. Así, conforme al artículo 26 podrá acudir al procedimiento de licitación con negociación o al diálogo competitivo por motivos de adaptación, diseño, complejidad o incapacidad de precisar previamente las condiciones técnicas<sup>30</sup>. Existen, pues, varios supuestos dónde los procedimientos que incluyen negociación pueden ser especialmente útiles<sup>31</sup>:

- a) Proyectos innovadores, en la ejecución de grandes proyectos de infraestructuras de transporte integrado o en las redes o proyectos informáticos de gran tamaño que requieran financiación compleja y estructurada.
- b) Contratos de obras que incluyan obras que no sean edificios convencionales o las obras que incluyan el diseño o soluciones innovadoras.
- c) Servicios o suministros que exijan un esfuerzo de adaptación o de diseño, lo que resulta especialmente necesario en los casos de adquisiciones complejas, como por ejemplo cuando se trata de productos sofisticados, servicios intelectuales, como algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería de grandes proyectos relacionados con las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC)<sup>32</sup>.

Las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas. Por ello, sería recomendable residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser

---

<sup>29</sup> S. ARROWSMITH ha sido una de las más firmes defensoras de esta opción de que la mayor flexibilidad en las licitaciones se produzca a través de la conversión del procedimiento negociado con publicidad en un procedimiento ordinario. Según la citada profesora, las negociaciones pueden mejorar la relación calidad/precio por varias razones, y la adopción de esta solución para toda la contratación pública permitiría a los Estados miembros ampliar las posibilidades de negociación a sus poderes adjudicadores en todas las situaciones en las que lo consideren útil. A la vez, permitiría eliminar la inseguridad existente en relación a la delimitación de los supuestos en los que puede utilizarse el procedimiento negociado y el procedimiento competitivo, así como el alcance de las negociaciones en el ámbito de los distintos procedimientos. “Modernising the European Union’s public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility”, *Public Procurement Law Review*, vol. 21 (3), 2012, pp. 71 a 82.

<sup>30</sup> El considerando 42 de la Directiva 2014/24 es claro al afirmar que «es realmente necesario que los poderes adjudicadores gocen de mayor flexibilidad a la hora de elegir un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones».

<sup>31</sup> En este sentido se expresan los Considerandos 42 y 43 de la Directiva 2014/24.

<sup>32</sup> Como se ha destacado, en estos casos la dificultad en fijar las especificaciones no justifican la eliminación de la concurrencia, pero hace que un procedimiento formal y rígido sea inadecuado. Vid. S. ARROWSMITH, “The Public Sector Directive 2004/18-Contract award procedures», en Arrowsmith (ed.), *Introduction to EU Procurement Law*, [www.nottingham.ac.uk](http://www.nottingham.ac.uk), pág. 195.

útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación<sup>33</sup>. Los elementos que en ningún caso se podrán modificar en el transcurso de la negociación son la descripción de la contratación, la parte de las especificaciones técnicas que defina los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación. Por supuesto, durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato, por lo que no podrán facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Y tampoco revelarán a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de este<sup>34</sup>.

Como bien ha advertido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2010, (C-337/1998) Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, establece que «las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato [...]»<sup>35</sup>. Es este, por tanto, un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente<sup>36</sup>. La negociación debe respetar la igualdad de trato y por ello las condiciones de la negociación y del contrato deben ser conocidas y no susceptibles de modificación. En consecuencia, en las negociaciones de un procedimiento negociado no se pueden variar las prescripciones técnicas obligatorias, tal y como acaba de afirmar el TJUE en su sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013, relativo a una licitación pública de un contrato con objeto de «Concepción y construcción del tramo de carretera Aruvalla-Kose de la E263» que licitaba un Organismo público del Estado de Estonia mediante procedimiento negociado con publicidad. Una prescripción técnica obligatoria era que el ancho de la carretera a construir fuera de seis metros y medio pero durante la fase de negociación atendiendo que una de las empresas realiza su oferta ofreciendo que

---

<sup>33</sup> Sobre esta cuestión debe tenerse en cuenta la doctrina de la STJUE de 15 de octubre de 2009. Sobre la misma, es de interés el comentario de I. GALLEGO CORCOLES, “Procedimiento negociado con publicidad y competencia efectiva (Comentario a la STJCE de 15 de octubre de 2009)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 332, año 2012, pp. 119 a 128.

<sup>34</sup> Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de soluciones específicas u otra información confidencial.

<sup>35</sup> Igual consecuencia se infiere de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de junio de 2011, *Evropaïki Dynamiki contra Banco Central Europeo*.

<sup>36</sup> Y es que, sin efectiva negociación no hay un procedimiento negociado, que devendría, por ello, en ilegal. Sobre cómo negociar resulta de interés el trabajo de F. BLANCO, «El procedimiento de negociación de adjudicación de contratos administrativos. La negociación como elemento esencial y configurador del procedimiento», en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, 2011, núm. 111, pp. 34 a 41, e *ibidem*, «El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de nueva regulación legal», núm. 116, pp. 36 a 43.

el ancho sea de seis metros el órgano de contratación invita a todos los candidatos a que realicen nueva oferta variando la prescripción técnica inicial. El TJUE declara en los considerandos 37 y 38 que:

*"37. Así pues, si bien la entidad adjudicadora dispone de una capacidad de negociación en el marco de un procedimiento negociado, tiene en todo caso la obligación de garantizar que se cumplen las exigencias del contrato que el mismo ha calificado de imperativas. De no ser así, se incumpliría el principio según el cual las entidades adjudicadoras obran con transparencia y no se cumpliría el objetivo que se recuerda en el anterior apartado de la presente sentencia.*

*38. Asimismo, admitir en las negociaciones una oferta no conforme a los requisitos imperativos privaría de utilidad a la fijación de requisitos imperativos en el anuncio de licitación y no permitiría a la entidad adjudicadora negociar con los licitadores sobre una base común a todos ellos formada por dichos requisitos, ni, en consecuencia, darles un trato igualitario."*

Cuando el poder adjudicador piense concluir las negociaciones, informará a los licitadores restantes y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas. De esta forma, se prohíbe así designar a un licitador preferente (*preferred bidder*) que tenga la oportunidad exclusiva de finalizar la negociación y hacer la oferta final, ya que ello implicaría una discriminación de los licitadores que no han sido excluidos de manera objetiva.

Se “relanza”, pues, un modelo de adjudicación, flexible, que permite, bien gestionado, una mejor relación *valey por money*, y que preserva los principios inherentes a toda compra pública. Frente a las reservas que en España pueda suscitar tal posibilidad, conviene advertir que es la publicación del anuncio de licitación la que viene a preservar el respeto del principio de la concurrencia necesaria al no condicionarse la posibilidad de presentar ofertas (funcionando en fase de selección como un procedimiento restringido). La necesaria transparencia que ésta implica supone un contrapeso al riesgo de utilización fraudulenta del procedimiento (más propia, por motivos evidentes, en los procedimientos negociados sin publicidad)<sup>37</sup>.

Obviamente, este procedimiento negociado se debe motivar en la conveniencia, a la vista de la prestación, de negociar sucesivamente (en fases o tiempo, explicando el pliego con detalle suficiente los aspectos formales y sustantivos de la negociación y la ponderación de los distintos aspectos) con la finalidad de mejorar las ofertas y conseguir la mejor relación calidad/precio. Conviene insistir en ello porque se ha detectado en nuestro país un incorrecto uso del procedimiento negociado –preferentemente en los

---

<sup>37</sup> En los casos del art. 26.2 b) de la Directiva 2014/24, se permite que no se publique anuncio de licitación. No obstante, el riesgo de fraude se elimina ya que en estos casos sólo pueden presentar ofertas los candidatos que previamente respondieron al anuncio de licitación del procedimiento ordinario.

casos de sin publicidad por cuantía-, no solo porque se ha entendido que, para estas cuantías existe libertad de elección, sin necesidad de una motivación especial<sup>38</sup>, sino, principalmente, porque se ha convertido, de hecho, una “consulta simplificada” (y en ocasiones contratación directa) sin que exista en el condicionado ni en las actuaciones de la mesa de contratación actuación alguna relacionada con la negociación de las ofertas que se presentarán a la licitación<sup>39</sup>. Lo que es manifiestamente incorrecto pues, como recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 50/2011, este es un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente, y sin ésta, existe vicio de nulidad de pleno derecho. Por ello, sería conveniente “ajustar” la normativa nacional, eliminando la posibilidad de este procedimiento en los supuesto de determinado importe, y reconducir dichos supuestos a una tramitación simplificada del procedimiento abierto (opción ya regulada por la Ley 3/2011, de medidas de contratos del Sector Público de Aragón)<sup>40</sup>.

Existe también un riesgo especial de prácticas calificadas como *red flags* en la fase de los criterios de adjudicación. El artículo 67 de la Directiva 2014/24 establece que los criterios de adjudicación de los contratos públicos, vinculados al objeto de la prestación, se adjudicarán a la oferta económicamente más ventajosa. Se mantiene la necesidad de vinculación al objeto contractual -aunque extiende su ámbito al proceso

---

<sup>38</sup> Como bien advierte la *Recomendación 1/2011*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, aun cuando la ley posibilite la utilización de este procedimiento el órgano de contratación debe motivar el porqué de su elección atendiendo, lógicamente, a las ventajas que se derivarían de la utilización de este procedimiento —más complejo en tanto obliga a una negociación, y cuyo desarrollo debe incluirse en el expediente— tal y como exige el artículo 109.4 TRLCSP. Todo ello conduce a la conclusión de que este procedimiento solo será posible cuando se justifique debidamente en el expediente la insuficiencia de una respuesta adecuada mediante el procedimiento abierto o restringido, para lo que debe tenerse en cuenta el riesgo de distorsión de la competencia con este procedimiento, que se incrementa con una incorrecta praxis. *Vid.* J.F FERNÁNDEZ GARCÍA, «Contratación administrativa y libre competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2013, núm. 158, p.103 y C. RUIZ RUBIA, «La justificación del procedimiento negociado», *Contratación Administrativa Práctica*, 2012, núm. 12, pp. 60-62.

<sup>39</sup> Acuerdo 10/2013, de 14 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra. Esta ausencia de negociación decide la anulación del procedimiento por existir vicio de nulidad de pleno derecho. El Tribunal de Cuentas viene criticando de forma reiterada la «ausencia de auténtica negociación en los contratos adjudicados por procedimiento negociado» entre otros en su informe nº 947, donde critica que el órgano de contratación fiscalizado «se limitó a invitar a diversas empresas a presentar ofertas para sin ulterior negociación adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos de adjudicación predeterminados en el correspondiente pliego, sin establecer con esas empresas la negociación exigida tanto por el artículo 92.3 TRLCAP como por el artículo 162.4 LCSP».

<sup>40</sup> Asimismo, frente a las posibles ventajas de una mayor flexibilidad de la figura del contrato menor (diseñado como procedimiento simplificado) deben contraponerse los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores. Por ello, exigir por medios electrónicos al menos tres ofertas válidas atendiendo al criterio precio (es el caso de Aragón o Galicia) puede servir de “freno” a un uso indebido o las patologías del mismo así como de estímulo a cierta concurrencia efectiva



de producción o comercialización del producto-, lo que excluye, per se, la posibilidad de criterios sociales en tanto no se vinculen directamente al objeto<sup>41</sup>. La oferta económicamente más ventajosa se determinará sobre la base del *precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales* vinculados al objeto del contrato público de que se trate<sup>42</sup>. *Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:*

a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, *las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;*

b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, *en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato; o*

c) el servicio posventa y la asistencia técnica y *condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución;*

El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad.

En definitiva, se busca un elemento de comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala a fin de conseguir una óptima eficiencia de fondos públicos que ponga en valor la relación calidad/precio<sup>43</sup>. El elemento común a todos los

---

<sup>41</sup> Este criterio es uniforme en los Tribunales y órganos administrativos de recursos contractuales. Así, El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, ha destacado la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora: *“La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios”*.

<sup>42</sup> De gran interés el trabajo sobre esta cuestión de R. FERNANDEZ ACEVEDO y P. VALCARCEL FERNANDEZ, “Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector”, en libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 199-274.

<sup>43</sup> No se contempla el criterio de experiencia –contrario a derecho por no estar vinculado al objeto del contrato- sino la mejor calidad que en ciertas prestaciones personales puede aportar la cualificación personal. Lo explica bien el considerando 94 de la Directiva 24/2014: *“Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores*

criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse, tal como los que se citan expresamente, a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán<sup>44</sup>. Debe, además, exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato. En resumen, la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo que supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl; y el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

La previa concreción de los distintos criterios de adjudicación que serán objeto de valoración es un requisito esencial pues como ha recordado STJUE de 24 de noviembre de 2008, *Alexandroupulis*, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores<sup>45</sup>. Así,

---

*deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad.”* Resulta de interés el trabajo de R. FERNANDEZ ACEVEDO y P. VALCARCEL FERNANDEZ, “Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector”, en libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 239-261. Como bien precisa P. VALCARCEL, este criterio no supone más que una precisión al criterio calidad en prestaciones personales muy cualificadas, donde el valor proviene no de la empresa sino del concreto personal que se adscribe al contrato. “Valoración de la experiencia en el marco de los criterios de adjudicación”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 131, 2014, pp. 22-24.

<sup>44</sup> Vid. G. DOMENECH PASCUAL, “La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos Públicos”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 30, 2012. En este trabajo se realiza un exhaustivo repaso de la jurisprudencia en la materia.

<sup>45</sup> La Resolución 107/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 15 de abril de 2011, analiza la cuestión de la necesaria precisión en el Pliego de cláusulas Administrativas

cada criterio tiene asignado un máximo de ponderación; lo que explica la utilización del adverbio «hasta», con el que se limita el peso total que puede alcanzar. Tras la ponderación fijada para cada criterio, hay que precisar mediante conceptos métricos el peso relativo que, en la valoración global de la oferta, se asigna a cada uno de los criterios de adjudicación fijados a fin de que las valoraciones parciales —efectuadas a la luz de cada uno de ellos— puedan ser agregadas aritméticamente, de manera exacta, transparente y controlable. Por ello, en su concreta aplicación para la asignación de la puntuación, debe preservarse que no se altera indebidamente el sistema de valoración diseñado por el órgano de contratación, pues se corre el riesgo de incurrir en discriminación y falta efectiva de transparencia, tal y como ha recordado la Sentencia TJUE de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06)<sup>46</sup>.

Conviene insistir en la necesidad de que los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJUE de 4 de diciembre de 2003 (*EVN y Wienstrom*), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores. Criterios que, lógicamente, deben ser comprensibles y de sencilla ponderación, pues de lo contrario existe el riesgo de generar una complejidad que impida la efectiva concurrencia<sup>47</sup>. Por ello, el criterio de producto “innovador” o medida innovadora, exige una clara precisión en el pliego de lo que es innovación y de la forma de su valoración (advirtiendo que el concepto innovación solo puede tener una única interpretación y que esta nunca puede depender del “desconocimiento” del órgano de contratación sobre los aspectos técnicos de la licitación, de manera que puede decidirse, por desconocimiento previo, que una solución merece ese carácter innovador).

---

particulares sobre los criterios concretos que se seguirán por el órgano de evaluación de ofertas en relación con la determinación de los criterios de adjudicación, siendo insuficiente la simple mención en los Pliegos de la puntuación máxima a otorgar.

<sup>46</sup> Especial interés sobre esta cuestión tiene el Informe 6/2014, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la Posibilidad de establecer fórmulas en la ponderación del criterio precio que no asignen necesariamente la totalidad de la puntuación prevista a la oferta de menor precio.

<sup>47</sup> Un ejemplo lo son los criterios ambientales, pues si bien su utilización es, sin duda, una buena práctica, debe intentarse utilizar fórmulas que permitan una parametrización objetiva sencilla. Sobre esta cuestión me remito al excelente tratamiento que realiza J. PERNAS GARCIA, en su trabajo “Contratación pública y eficiencia energética”, en libro col. *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 292- 327.

En todo caso, como bien recuerda la STJUE de 24 de enero de 2008 (*Lianakis*) cuya doctrina confirma la STJUE de 12 de noviembre de 2009, Comisión República Helénica, no pueden confundirse los criterios de aptitud con los de oferta económicamente más ventajosa:

“26 Se desprende de la jurisprudencia que, si bien es cierto que la Directiva 92/50 no excluye, en teoría, que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente, no lo es menos que ambas operaciones son operaciones distintas y que se rigen por normas diferentes (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 15 y 16).

27 En efecto, la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») especificados en los artículos 31 y 32 de dicha Directiva (véase, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia *Beentjes*, antes citada, apartado 17).

28 Por el contrario, la adjudicación del contrato se basa en los criterios establecidos en el artículo 36, apartado 1, de dicha Directiva, a saber, o bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia *Beentjes*, antes citada, apartado 18).

29 Si bien es cierto que, en este último supuesto, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (véanse, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, las sentencias *Beentjes*, antes citada, apartado 19; de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 35 y 36, así como, respecto de los contratos públicos de servicios, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartados 54 y 59, y de 19 de junio de 2003, *GAT*, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 63 y 64).

30 Por consiguiente, se excluyen como «criterios de adjudicación» aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión”.

Esto significa, como ya hemos advertido- que no puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa la experiencia del contratista, pues ese aspecto, al ser de aptitud no puede ser de adjudicación, tal y como ha venido a recordar la STJUE de 4 de junio de 2003 (*GAT*)<sup>48</sup>. Así debe interpretarse la mención del apartado b) citada, que lo

---

<sup>48</sup> Recuérdese que esta era ya la doctrina fijada en la STJUE de 20 de septiembre de 1988, Asunto *Beentjes*. La STJUE de 9 de octubre de 2014, (España/Comisión As. T-2/07), que desestima el recurso interpuesto por el Reino de España contra la sentencia - del Tribunal General - mediante la cual se desestimó su pretensión de anulación de la Decisión de la Comisión de reducción de la ayuda financiera concedida mediante el Fondo de Cohesión, por incumplimiento de determinadas normas de la Unión Europea sobre adjudicación de contratos públicos, al haber previsto la experiencia, las cualificaciones y los medios a emplear como criterios de adjudicación, insiste en que bajo ningún concepto puede admitirse como criterio válido la experiencia. El Tribunal (apartado 35) declara que la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se basa en la capacidad técnica de los licitadores y esta experiencia constituye un criterio pertinente de verificación de la aptitud de los contratistas, de acuerdo con las disposiciones relativas concretamente a los criterios denominados de «selección cualitativa». Y recuerda que:

que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido “intelectual”, y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continua siendo un criterio de solvencia.

Por último, aunque no puedo extenderme, al ser esta una de las ponencias de este Seminario a cargo de la profesora I. GALLEGO, conviene reseñar en que una de las principales “puertas” de la corrupción en España ha sido la generosa interpretación del derecho a modificar los contratos, no solo por imprevisibilidad, sino por nuevas necesidades o conveniencias políticas, alterando el precio final hasta en porcentajes de más de 200 por cien<sup>49</sup>. Debe insistirse en la limitación de la potestad de los modificados (regulados en el artículo 72 de la Directiva 2014/24 y artículo 43 de la Directiva 2014/23). Ya no existe el *ius variandi*, al ser esta una posibilidad que exige el cumplimiento de unos criterios estrictos (que deben ser interpretados de conformidad a la doctrina TJUE, tal y como advierte el considerando 107 de la Directiva 2014/24) que tratan de evitar que existan adjudicaciones ilegales. Por ello, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato y se pueda inferir de forma clara su significado y funcionamiento<sup>50</sup>. Así, el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación<sup>51</sup>. Previsión que se deberá tener en cuenta a efectos de calcular el valor estimado del contrato<sup>52</sup>.

---

*“los apartados 30 a 32 de la sentencia Lianakis y otros, relativa a normas análogas en materia de contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia ha distinguido claramente los criterios de adjudicación de los criterios de selección cualitativa que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión y ha considerado que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión pertenecen a esta última categoría y, por tanto, no tienen el carácter de criterios de adjudicación. De este modo, el Tribunal de Justicia ha excluido que el criterio de la experiencia pueda servir como criterio de adjudicación, contrariamente a lo alegado por el Reino de España” (apartado 36).*

<sup>49</sup> Esta cuestión de la modificación de los contratos ha sido objeto de especial atención en mi trabajo “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, 99. 83-140.

<sup>50</sup> El TJUE insiste en que los anuncios y pliegos deben tener una clara redacción para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular, consecuentemente, su oferta.

<sup>51</sup> Vid. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón núm. 27/2011, de 23 de noviembre, donde se concluye, a la luz de la doctrina del TJUE, que: a) las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes, b) el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía

No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios que ocultará una nueva adjudicación decidida directamente y, por tanto, ilegal. En definitiva, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –entendida como una potestad condicionada- en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada<sup>53</sup>. Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia<sup>54</sup> -como recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* “un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación” (apdos. 116-118)-. De especial interés es la citada Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11) que enjuicia un recurso del Reino de España<sup>55</sup>. La sentencia condena al Reino de España y critica que la legislación española permitiera

---

máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. En el supuesto concreto, en cuanto la previsión del modificado no figuraba en el pliego, no es posible al alterarse si no el objeto del contrato. Lo contrario supondría una contravención del principio de publicidad y de igualdad de trato, y equivaldría a una adjudicación ilegal, y c) que procederá una nueva licitación, previa resolución, cuando el objeto del modificado no puede licitarse de forma individualizada sin afectar al objeto del contrato principal. No se trata de incorporar al pliego una cláusula de estilo, entendiéndose que es ésta una mera exigencia formal y que no ha de afectar a la modificación. Es una auténtica regla sustantiva de obligado cumplimiento. Sin previsión expresa no puede existir un modificado.

<sup>52</sup> En la carta de emplazamiento al Reino de España por el régimen de modificación contractual la Comisión exigía que su posibilidad se debía detallar de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse (lo que guarda relación con su importe).

<sup>53</sup> Vid. J.L. MEILAN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, ob. Cit., p. 243. También BAÑO LEÓN, “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 142-145.

<sup>54</sup> Criterio de la diligencia ya apuntado por BARRERO RODRIGUEZ, C., *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2000, p. 100. También A.R. RODRÍGUEZ CASTAÑO, “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, en libro col. *La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009, pp. 411-412. Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LOPEZ, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, 2ª ed. La Ley, 2010, p. 1035.

<sup>55</sup> El litigio tiene por objeto, con carácter principal, la anulación de la Decisión de la Comisión C(2011) 1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a las fases de proyectos: «Suministro y montaje de materiales de vía en la Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Madrid-Lleida» (CCI nº 1999.ES.16.C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad ferroviaria Madrid-Barcelona. Tramo Lleida-Martorell (Plataforma, 1ª fase)» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Accesos a Zaragoza» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.003); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Lleida-Martorell. Subtramo X-A (Olérdola-Avinyonet del Penedés)» (CCI nº 2001.ES.16.C.PT.007), y «Nuevo acceso ferroviario de Alta Velocidad a Levante. Subtramo La Gineta-Albacete (Plataforma)» (CCI nº 2004.ES.16.C.PT.014), y, con carácter subsidiario, la anulación parcial de dicha Decisión por lo que se refiere a las correcciones aplicadas por la Comisión. Se confirma la sanción de casi 24 millones de euros.

la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad: *“el uso de un criterio relativo a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio , durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación”*.

Desde esta perspectiva es como, entiendo, debe analizarse la problemática administrativa analizada recordando que toda autoridad pública tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario<sup>56</sup>. Por ello, sin concurrir los requisitos de la modificación debe licitarse la nueva necesidad<sup>57</sup>.

Para ello, además de una regulación precisa, que permita como excepción la modificación del contrato se debe regular la publicidad de los modificados así como la posibilidad de impugnación. Esta medida (ya reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014. Asunto C-161/13) permitirá, no solo transparencia, sino una mejor praxis al tener que explicar y justificar que no es una nueva adjudicación, pues podría ser anulada por los órganos de control competentes. Frente a quienes argumentan que esta regulación de los modificados condiciona al interés público y que supone aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se les puede razonar que de lo que se trata es de articular un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato (del que es elemento esencial las posibles modificaciones), en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración.

### **3.- La simplificación administrativa en la valoración de la solvencia como instrumento de concurrencia.**

La correcta exigencia de solvencia y su adecuada proporcionalidad- que debe

---

<sup>56</sup> L. MARTIN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación del TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008, ob. Cit., pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las Sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C - 165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39-, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en el TRLCSP.

<sup>57</sup> Como bien se concluye en el Informe 10/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 11 de abril de 2012, *“Procede licitar un nuevo procedimiento de adjudicación que respete los principios que deben regir la contratación en el Sector Público, sin que la vigencia del contrato inicial pueda verse afectada por la contratación de forma independiente de las prestaciones no cubiertas en su objeto”*.

preservar el principio de igualdad de trato- es uno de los elementos clave para una correcta licitación y ejecución de la prestación. Y debe primar un concepto funcional, y no formal, del contratista (operador económico, en la terminología de las Directivas)<sup>58</sup>. Así, el artículo 63 de la Directiva 2014/24 viene a aclarar la discrepancia sobre qué tipo de solvencia puede acreditarse utilizando recursos ajenos adoptando la regla de que se pueden integrar todo tipo de solvencia, incluida la económica, *“un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar al poder adjudicador que dispondrá de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. En cuanto a su solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán exigir que el operador económico y dichas entidades sean responsables solidarios de la ejecución del contrato”*.

Por supuesto, puede tenerse en cuenta, en esta fase de valoración de solvencia, la concreta subcontratación, que se regula en el artículo 71 de la Directiva 2014/24. Opción admitida ya por la doctrina del TJUE. Así, en sentencia de 23 de diciembre de 2009, (CoNISMa), se reconoce que: *“tanto de las normas comunitarias como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para la ejecución del contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación”*<sup>59</sup>. En todo caso, como bien advierte el considerando 102 de la Directiva 2014/24, debe garantizarse también adecuada transparencia en esta fase:

---

<sup>58</sup> Estos requisitos deben ser proporcionales al objeto del contrato y no debe exigirse una forma jurídica determinada, tal y como ha recordado la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2007, Frigerio Luigi.

<sup>59</sup> Tal posibilidad puede desempeñar una gran importancia práctica pues permite que realmente se seleccionen a las empresas más capaces desde una visión global del contrato, con lo que, a la vez que garantizar una verdadera concurrencia, se favorecería el mejor cumplimiento de la prestación contractual, evitando, por lo demás, los característicos problemas que se derivan siempre que este aspecto se difiere a la fase de ejecución. Ésta es, por lo demás, la solución adoptada por Francia en su Código de Contratos públicos aprobado por Decreto 2001/2010, de 7 de marzo, que entró en vigor el 9 de septiembre. Posibilidad que si se recoge expresamente en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, en su artículo 42: *“En el pliego de condiciones, la entidad contratante podrá pedir al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que, en su caso, tenga la intención de subcontratar con terceros. Dicha comunicación tendrá carácter meramente informativo correspondiendo al contratista asumir la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la entidad contratante.”* Y ahora se recoge expresamente en el artículo 25 de la Directiva 18/2004: *“En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos. Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal.”*



*“Asimismo, es preciso velar por que haya cierta transparencia en la cadena de subcontratación, pues así se facilita a los poderes adjudicadores información sobre quién está presente en los lugares en que se realizan las obras de construcción encargadas por ellos o qué empresas están prestando servicios en edificios, infraestructuras o zonas tales como ayuntamientos, escuelas municipales, instalaciones deportivas, puertos o autopistas que dependen de los poderes adjudicadores o sobre los que ejercen una supervisión directa. Es necesario aclarar que la obligación de facilitar la información necesaria incumbe en cualquier caso al contratista principal, tanto en función de cláusulas específicas que cada poder adjudicador debe incluir en todos los procedimientos de contratación como en función de obligaciones impuestas por los Estados miembros a los contratistas principales mediante disposiciones de aplicación general”<sup>60</sup>.*

Para valorar la solvencia, podrán exigirse uno, diversos o todos los medios de acreditación que ofrecen las Directivas. El órgano de contratación deberá considerar qué medios permiten valorar adecuadamente la solvencia económica y técnica o profesional de las empresas licitadoras. En general, será conveniente establecer diversos criterios, con carácter complementario, para tener una visión más amplia de la capacidad de la empresa y permitir que exista una concurrencia empresarial suficiente. Todos estos criterios pretenden comprobar los aspectos económicos y técnicos generales de la empresa que se consideren suficientes para ejecutar contratos de un determinado tipo y/o los medios materiales y/o humanos con que cuenta la mencionada empresa para la ejecución del contrato en particular que se licita. La sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2012 aclara como se debe realizar y afirma al respecto lo siguiente:

*“Para la elección de estos elementos, el artículo 47 de la Directiva 2004/18 deja un margen bastante amplio a las entidades adjudicadoras. En contra de lo que dispone el artículo 48 de la misma Directiva, que, en relación con las capacidades técnicas y profesionales, establece un sistema cerrado que limita las opciones de evaluación y de verificación con que cuentan dichos poderes y, por lo tanto, su posibilidad de formular exigencias (véase, en lo que respecta a disposiciones análogas de directivas anteriores a la Directiva 2004/18, la sentencia de 10 de febrero de 1982, Transporoute et travaux, 76/81, Rec. p. 417, apartados 8 a 10 y 15), el apartado 4 del citado artículo 47 autoriza expresamente a las entidades adjudicadoras a elegir las referencias probatorias que deben aportar los candidatos o licitadores para justificar su capacidad económica y financiera. Dado que el artículo 44, apartado 2, de la Directiva 2004/18 se refiere a dicho artículo 47, existe la misma libertad de elección por lo que se refiere a los niveles mínimos de capacidad económica y financiera.*

---

<sup>60</sup> El artículo 71.3 de la Directiva prevé que los Estados miembros puedan disponer que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público (el contratista principal). Tales disposiciones podrán incluir mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos. Las disposiciones relativas a este modo de pago se establecerán en los pliegos de la contratación. Se trata de la acción directa, recogida en nuestro Código Civil en el artículo 1597. Sobre esta cuestión, de indudable interés en las relaciones contractuales públicas, me remito a las observaciones de F. BLANCO LOPEZ, “La subcontratación administrativa. Ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 del Código civil”, Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 38, 2011, pp. 221-257.

*29 No obstante, esta libertad no es ilimitada. Conforme al artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, el nivel mínimo de capacidad debe estar vinculado y ser proporcional al objeto del contrato. Por consiguiente, el elemento o los elementos del balance elegidos por la entidad adjudicadora para formular el nivel mínimo de capacidad económica y financiera deben ser objetivamente apropiados para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad en el operador económico y este nivel debe adaptarse a la importancia del contrato en cuestión, de manera que constituya objetivamente un indicio positivo de la existencia de una base económica y financiera suficiente para la ejecución del contrato, sin ir más allá de lo razonablemente necesario a este respecto.”(negrita nuestra).*

Con el fin de permitir la mayor concurrencia de licitadores, el artículo 59 de la Directiva 2014/24, prevé la obligación de aceptar las declaraciones responsables de los licitadores como prueba suficiente a efectos de participación en la licitación (opción ya contemplada en el artículo 6 de la ley de Aragón 3/2011 de medidas de Contratos del Sector Público y en la Ley 6/2006, de contratos públicos de Navarra, e introducida parcialmente por la Ley 13/2013, de Emprendedores)<sup>61</sup>. Se confirma así la tesis de que son aplicables los principios de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, porque la aparente exclusión no lo es para las otras previsiones del artículo 5 (simplificación administrativa)<sup>62</sup>. En nada se cuestiona las reglas de capacidad del contratista con este modelo, pues los criterios de solvencia lo son para poder contratar y no para poder licitar. Esto justifica que exista ahora un primer trámite de declaración responsable para posterior comprobación antes de la adjudicación al licitador seleccionado. En pleno siglo XXI y en un contexto de simplificación parece lógico posponer a un trámite posterior más sencillo la comprobación documental, lo que se traduce en un ahorro de costes no solo para la administración sino para los potenciales licitadores, facilitando el que puedan presentar ofertas y funciones adecuadamente el principio de economías de escalas (advuértase que las PYMES no suelen disponer de gran capacidad administrativa

---

<sup>61</sup> Me remito a mi trabajo “La Directiva Servicios y la contratación pública: hacia la simplificación administrativa”, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XII, 2010, pp. 409-443.

<sup>62</sup> Así debe entenderse el considerando 57 de la Directiva “Servicios”. No en vano ambas Directivas – impulsadas por el mismo Comisario europeo, Bolkenstein, - tienen o persiguen un mismo objetivo: la consecución efectiva del mercado interior europeo mediante la simplificación, flexibilización y modernización. Vid. T.MEDINA ARNAIZ, “Impacto sobre la Administración autonómica en cuanto a la simplificación de los trámites a los prestadores de servicio”, en Libro colectivo Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León, núm. 13, dedicado al IMPACTO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN CASTILLA Y LEÓN dirigido por D.J. Vicente Blanco y R. Rivero Ortega, 2010, p.435. También A. SANMARTIN MORA defiende la necesidad de simplificación del marco de la contratación pública. “Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias”, en libro colectivo *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*. Zaragoza, 2010 p. 419.

especializada, por lo que resulta imprescindible reducir al mínimo los requisitos administrativos). Con esta opción, propia del procedimiento abierto, se permite efectuar propuestas de adjudicación, que no adjudicaciones, condicionadas a la presentación de determinados documentos antes de la adjudicación. Así, esta última fase se configura como momento clave del proceso contractual, puesto que presupone la previa comprobación de los requisitos exigidos para contratar y abre el camino a la fase de ejecución.

#### **4.- Confidencialidad y control preventivo de los conflictos de intereses.**

Cualquier ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto<sup>63</sup>. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos<sup>64</sup>. Los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de la contratación pública un ámbito expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción. La nueva normativa europea pretende mejorar las salvaguardias existentes

---

<sup>63</sup> Me remito a mi monografía *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, ob. cit. , pp. 297-313.

<sup>64</sup> Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo *La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública*“, REDA núm. 147, 2010, pp 517-535. También. T MEDINA ARNÁIZ, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, N° 7382, Sección Doctrina, 16 Abril 2010 y, muy especialmente, ibidem. “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española, en libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 299- 344. Interesan las reflexiones de A.F. MADARIAGA VENEGAS, “Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública”, en obcp.es (21 de octubre de 2013).

Transparencia Internacional afirma que “La corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10 por ciento del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial. Recientemente, en extenso, se ocupa de esta cuestión el trabajo de A. CERRILLO, *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

contra tales riesgos –son muchos los casos de *red flags* en esta fase- y ofrece una protección suplementaria<sup>65</sup>.

La confidencialidad viene a ser regulada (artículo 21 de la Directiva 2014/24), a modo de complemento, para evitar políticas de competencia desleal o uso indebido de la información obtenida en el procedimiento<sup>66</sup>. Sin garantía de confidencialidad se genera inseguridad jurídica y se pervierte un modelo que se ancla en la confianza. Por ello, hay que preservar que se protege este principio.

Por otra parte, la Directiva 2014/24 contiene en su artículo 24 una regulación específica sobre los conflictos de intereses (a desarrollar de forma pormenorizada por los Estados<sup>67</sup>), que se refiere a situaciones de conflicto de intereses reales, potenciales o percibidos, que afecten al personal del poder adjudicador o de los prestadores de servicios contratados que intervienen en el procedimiento y a miembros de la dirección del poder adjudicador que pueden influir en el resultado de un procedimiento de contratación pública aunque no participen en él oficialmente<sup>68</sup>.

El concepto de conflicto de intereses (también contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción)<sup>69</sup>,

---

<sup>65</sup> Vid. T., MEDINA ARNAIZ, “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en libro colectivo coord. Por Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 299-344.

<sup>66</sup> Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008, VAREC, el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. Sobre esta cuestión resulta de interés el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre “Confidencialidad de las proposiciones de los licitadores, donde se recuerda que la necesidad de coexistencia y equilibrio necesarios entre este derecho de confidencialidad y el principio de transparencia, antes apuntada, de tal manera que la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario. Vid. el trabajo de A. I. BELTRAN GOMEZ, “El derecho de acceso a un expediente de contratación y la confidencialidad de las propuestas”, en núm. Extraordinario Revista Estudios Locales núm. 161, 2013, pp. 287-308 y M. RAZQUIN LIZARRAGA, *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*, Iustel, 2013.

<sup>67</sup> Sobre este régimen de conflicto de intereses en la Directiva nos remitimos a A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad...*, ob. cit., pp. 157-250.

<sup>68</sup> Según la jurisprudencia europea, la facultad de un licitador de influir en las condiciones de licitación en un sentido que le sea favorable, aunque sea involuntariamente, es constitutiva de una situación de conflicto de intereses. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C-21/03 y C-34/03, apartados 29 y 30, y las sentencias del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, *AFCon Management Consultants y otros/Comisión*, T-160/03, apartado 74 y de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy*, T-415/10, apartado 114.

<sup>69</sup> Asimismo, el artículo 8 incluye una serie de exigencias generales respecto de los códigos de conducta para funcionarios públicos desde la promoción de la integridad, la honestidad y la responsabilidad, además de procurar “*sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos*” (artículo 8.5).

comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

La percepción de objetividad es un elemento necesario de cara a la credibilidad del modelo, por lo que, con carácter preventivo y didáctico deben tenerse muy en cuenta los conflictos de interés<sup>70</sup>. La solución que se propone no es de exclusión automática, ya que se reconoce, como posibilidad, la denegación de la participación del miembro del personal público en donde exista el conflicto de interés del procedimiento de contratación en cuestión, o en la reasignación de sus funciones y responsabilidades (abstención); pero si el conflicto de intereses no puede solucionarse de manera eficaz por estos medios, el licitador en cuestión será excluido del procedimiento (prohibición de contratar)<sup>71</sup>. En todo caso, conviene advertir que los intereses privados que colisionan con el interés público no debieran limitarse a aquellos de contenido económico, sino que también deben incluir todo interés que pueda generar en el servidor público un beneficio directo o indirecto respecto de sus querencias<sup>72</sup>.

Como explica T. MEDINA,– en atención a garantizar la máxima apertura posible a la competencia – es preciso que el riesgo de conflicto de intereses sea efectivamente constatado, tras una valoración en concreto de la oferta y de la situación

---

<sup>70</sup> Los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores. Por tanto, deben instaurarse mecanismos eficaces para prevenir, detectar y solucionar los conflictos de intereses. Es necesario implementar un mapa de riesgos - y las señales de alerta- en la tramitación de las distintas fases de la contratación pública y “monitorizar” dichas fases de forma activa para evitar conductas patológicas. A estos efectos resulta de interés el *Informe anual de Tribunal de Cuentas europeo relativo al ejercicio 2011* (DOUE C344, de 12 de noviembre de 2012). En este Informe se identifican incumplimientos de la normativa nacional y de la UE en materia de contratación pública en cuanto a la utilización de adjudicaciones directas sin justificación; adjudicaciones directas de obras adicionales en ausencia de circunstancias imprevisibles; adjudicación del contrato a un único licitador sin obtener reducción del precio durante las negociaciones; división artificial de las ofertas; incumplimiento de requisitos de información y publicidad (así como la publicación tardía de los anuncios de adjudicación); deficiencias en los pliegos de condiciones e insuficiencias en la aplicación de criterios de selección y adjudicación.

<sup>71</sup> A. CERRILLO I MARTÍNEZ argumenta, con razón, que “los conflictos de interés pueden ser un indicador, un precursor o, incluso, un motor que acabe generando un caso de corrupción si no se hace nada al respecto”. *El principio de integridad en la contratación pública*, ob. cit., p. 30.

<sup>72</sup> Es una opinión compartida con A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad (...)*, ob. cit., pág. 33.

del licitador<sup>73</sup>. Para ello, sirve e pauta interpretativa la doctrina del TJUE<sup>74</sup>:

a) El concepto de conflicto de intereses tiene un carácter objetivo y se requiere, para caracterizarlo, hacer abstracción de las intenciones de los interesados.

b) No existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores.

c) La exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia<sup>75</sup>.

Con todo, la experiencia práctica en España obliga a repensar el sistema de prohibiciones y exclusiones de la licitación, muy formal pero poco operativo. Debe vincularse además las exclusiones de las licitaciones en función del grado de cumplimiento de los contratos y extender las prohibiciones en mayor grado de consanguineidad.

## **5.- El sistema de recursos en contratación pública: tutela y buena administración. La experiencia española**

---

<sup>73</sup> T. MEDINA ARNAIZ, “Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública”, en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2013, 2014, pp. 271-300.

<sup>74</sup> Sentencias del TJCE de 10 de julio de 2001, *Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas*, C-315/99 P; de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C-21/03 y C-34/0316; de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07; de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*, C-376/08. Sentencias del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, *AFCon Management Consultants y otros/Comisión*, T-160/03; de 12 de marzo de 2008, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, T-345/03 y de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy*, T-415/10.

<sup>75</sup> Conviene advertir, que la Directiva ha eliminado la disposición específica contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento que si se contenía en la versión inicial (artículo 22). Resulta de especial interés la opinión de P. VALCARCEL “Acuerdos colusorios entre licitadores: un problema sin resolver en la normativa de contratación pública española” publicada en [www.obcp.es](http://www.obcp.es), (11 de marzo de 2013), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.92/reلمenu.3/chk.ce79f7126b46bafe20017646abf71e3f>. Las consultas del mercado son un instrumento que resulta útil a los poderes adjudicadores para obtener información sobre la estructura y la capacidad de un mercado, al mismo tiempo que informa a los agentes del mercado sobre los proyectos y los requisitos de contratación de los compradores públicos. Sin embargo, los contactos preliminares con los participantes del mercado no deben dar lugar a ventajas desleales y falseamientos de la competencia. Por lo tanto, la propuesta contiene una disposición específica de protección contra el trato de favor injustificado a participantes que hayan asesorado al poder adjudicador o hayan participado en la preparación del procedimiento.

Por motivos evidentes, el sistema de control de la contratación continúa siendo el principal eje sobre el que pivota la normativa comunitaria para preservar la integridad. Idea en la que insisten el nuevo paquete legislativo comunitario (y que se pretende reforzar con la implementación de un modelo de gobernanza<sup>76</sup>), De ahí la importancia de las Directivas “recursos” , que tienen una vocación de mejora en la gestión de la contratación pública –más allá de instrumento para la tutela de los licitadores<sup>77</sup>- como se refleja claramente en el Considerando 21 de Directiva de 2007/66, de reforma de las Directivas 89/665 y 92/13, al afirmar que: “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, la presente Directiva tiene por objeto garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo de la Carta”<sup>78</sup>.

Esto significa que el sistema de recursos, además de la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción atendiendo al parámetro de respeto al derecho

---

<sup>76</sup> El artículo 83 de la Directiva 24/2014, aunque muy limitada en el texto definitivo tras las críticas de las autoridades nacionales- que obligaría a que los Estados miembros designasen a una única autoridad nacional, de naturaleza independiente, con funciones de supervisión y control de la contratación pública en lo que se pretende sea una nueva gobernanza de la contratación pública. Solo un organismo único en cada Estado, para proporcionar una visión de conjunto de las principales dificultades de aplicación, con competencia expresa para proponer soluciones adecuadas para los problemas de carácter más estructural. Entidad que asumiría, además, una competencia de vigilancia para los contratos de un valor relativamente elevado: 1 000 000 de euros para los suministros y los servicios, y de 10 000 000 de euros para el resto. A tal fin, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas - además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos- lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas –que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática- conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos públicos.

Este organismo de supervisión, en tanto pueda contar con medios y preparación suficiente, es un instrumento fundamental en el cambio de los paradigmas de la gestión de los contratos públicos en tanto sea capaz de proporcionar información real e inmediata sobre el funcionamiento de la política y los posibles defectos de la legislación y las prácticas nacionales, postulando con rapidez las soluciones más adecuadas.

<sup>77</sup> Especial interés tiene la monografía de S. DIEZ, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, que analiza con detalle el régimen comunitario y su transposición en España.

<sup>78</sup> Me remito a mis trabajos, "El derecho a tutela judicial efectiva mediante recursos rápidos y eficaces: el modelo de los contratos públicos ", en Libro Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín Retortillo Zaragoza, Ed. Justicia de Aragón, 2008, pp. 1473-1498 y El nuevo sistema de recursos en materia de contratación”, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 211-258.

fundamental de la Unión Europea a una buena administración. En consecuencia, el sistema de recursos en materia de contratación pública exige una interpretación compatible con estos derechos (incorporados ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio), atendiendo a las pautas interpretativas determinadas por los tribunales, de la Unión o nacionales.

Cobra así especial importancia el sistema de recursos, como instrumento de integridad y mejora en la gestión, lo que obliga a que existan órganos de control independientes y especializados que resuelvan las cuestiones que se susciten en los plazos previstos, de forma motivada para poder corregir las irregularidades detectadas y evitar que se vuelvan a producir en futuras licitaciones. Por ello, aun sin ser una acción pública, la legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos.

Del sistema diseñado se infiere que los poderes adjudicadores estarán obligados a cancelar una adjudicación declarada ilegal por el órgano de control (STJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN AG), sin que sea admisible la regla general de que un contrato nulo continúe su ejecución (STJUE de 3 de abril de 2008, Comisión/Reino de España). Y así debe interpretarse el régimen del recurso especial contenido en el TRLCSP, con el fin de garantizar su efecto útil. Es decir, dentro del plazo de recurso especial, el incumplimiento del plazo suspensivo de la formalización no puede derivar en una cuestión de nulidad. Así, la estimación del recurso especial dará lugar a la anulación de la adjudicación y “arrastrara a esa invalidez sobrevenida” lógicamente, al contrato indebidamente formalizado. Por lo tanto, la formalización del contrato sin esperar la resolución del recurso supone directamente incurrir en una nulidad absoluta de pleno derecho<sup>79</sup>. Con ello no solo se impide alcanzar el efecto útil del recurso preconizado por

---

<sup>79</sup> Así lo ha entendido el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, del TACPA, donde se afirma, ante un supuesto de formalización incumpliendo el periodo de espera que “En el diseño inicial de la «Directiva Recursos» de 1989 se establecía que los efectos de la declaración de invalidez de la adjudicación se determinarían con arreglo al Derecho nacional. Era, por tanto, este derecho el que determinaba la sanción que anudaba a la declaración de invalidez de los actos precontractuales (artículo 1.6), que, en consecuencia, podía ser bien la conservación del contrato, bien la declaración de ineficacia de los contratos celebrados con vulneración del Derecho europeo, como ha sido la solución tradicional en nuestro ordenamiento. Es decir, la Directiva permitía la declaración de invalidez de un contrato aun en impugnación de un acto de adjudicación. Sin embargo, las prácticas nacionales eludían el efecto del recurso, permitiendo que un contrato nulo pudiera continuar desplegando efectos, lo que fue considerado ilegal en la STJUE de 3 de abril de 2008, por la que se condenaba al Reino de España por este motivo.



las Directivas comunitarias, sino que también se afecta gravemente a la perfección del contrato y a los aspectos financieros que le son propios, pues en los contratos llamados de pasivo (obras públicas, suministros y servicios, entre otros) la disposición del compromiso del gasto se produce no con la adjudicación del contrato sino con su formalización por lo cual si esta se hace irregularmente los pagos al contratista serían nulos y otro tanto ocurriría con los contratos de activo como son los contratos de gestión de servicios públicos que convertirían las tarifas de los usuarios y los cánones concesionales percibidos por las Administraciones públicas como manifiestamente ilegales.

La opción española se ha decantado por crear Tribunales administrativos, a los que se les reconoce facultades, de plena jurisdicción con posible restablecimiento de la situación jurídica individualizada y, en su caso, indemnización, se manifiestan en el

---

El objetivo explicitado por la vigente Directiva 2007/66/CE es reforzar los mecanismos de recurso, para matizar la regla tradicional de indiferencia del Derecho europeo en relación con la suerte que habría de correr el contrato adjudicado con vulneración de las normas europeas sobre contratación pública. La actual Directiva de recursos pretende incorporar una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria que funcione como mecanismo de cierre del sistema y que garantice el cumplimiento de todo el sistema de garantías de las normas sustantivas sobre contratación (de hecho, en la propuesta original de la Comisión la ineficacia era una posibilidad sólo en la circunstancia de que el período de suspensión no se observase por parte de la entidad contratante). De esta forma, el Derecho de la Unión Europea obliga ahora a los Estados miembros a sancionar con «ineficacia» lo que la norma considera violaciones más groseras del Derecho de la Unión Europea. Estos supuestos de especial gravedad son dos: las llamadas adjudicaciones directas —es decir, las adjudicaciones de contratos sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, siempre que ello sea preciso— y los casos en los que, además de haberse producido una infracción de una norma sustantiva que hubiese impedido al recurrente obtener la adjudicación a su favor, no se respete el período de suspensión previo a la formalización del contrato, o la suspensión automática de la adjudicación en los supuestos de interposición del recurso, establecidos en nuestro ordenamiento en los artículos 40.3 y 45 TRLCSP, respectivamente.

Es cierto que el recurso especial se limita a los actos de preparación y adjudicación. Sin embargo, para garantizar el efecto útil del recurso, y atendiendo a los principios de *favor actionis* y de economía procedimental, conviene acumular a este recurso la acción de nulidad —que no la cuestión de nulidad— derivada de nuestra resolución, tal y como aparece en el *petitum* de la UTE recurrente. Opción compatible con una tradición jurídica como la española, en la que se ha admitido con naturalidad que la invalidez de la adjudicación se transmite como lógica consecuencia al contrato, se haya perfeccionado o no.

Procede, en definitiva, una interpretación integradora del sistema de control por el Tribunal Administrativo de los distintos incidentes del contrato impugnado, con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva que deriva del artículo 24 CE y la eficacia del sistema de control administrativo diseñado por el TRLCSP (con fundamento en la Directiva 2007/66).

En definitiva, procede la tramitación del recurso especial. Y siendo ilegal la adjudicación, que debe recaer a favor de la UTE recurrente, al ser el operador económico que realiza la oferta económicamente más ventajosa no incurrir en anormalmente baja, debe declararse igualmente, y de forma simultánea, la nulidad del contrato del IASS con la empresa ARALIA por infracción del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, al ser un acto que no ha respetado el procedimiento debido. Así se deriva por lo demás de la doctrina del TJUE en la Sentencia de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España, que considera contrario al derecho de la Unión que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos. En consecuencia, de conformidad con el artículo 35 TRLCSP, el contrato indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo”.

contenido de la resolución final<sup>80</sup>. La novedad es ciertamente relevante, tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica<sup>81</sup>. No en vano, como se ha venido recordando, un ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto<sup>82</sup>. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos<sup>83</sup>. Es éste un tema crucial, pues del mismo depende la esencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el adecuado equilibrio de las prerrogativas en más y menos de la Administración.

La función de los órganos de control de los contratos públicos es la de control del procedimiento de licitación, pudiendo pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. Y, con la nueva

---

<sup>80</sup> Me remito a mis trabajos ( y la bibliografía allí citada) “Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva, Revista Derecho Público de Cataluña núm. 47, 2013” y Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?“, en libro colectivo coord. Por Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014; pp. 25-138.

<sup>81</sup> M.A. BERNAL BLAY, “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, REDA núm. 160, 2013, pp. 190-213. La opción ha sido, no obstante, cuestionada por S. DE LA SIERRA (“Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública”, REDA núm. 149, 2011, pp. 107-1089) o A. SERRANO PASCUAL (“La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar”, El Consultor de los Ayuntamientos, Rev. 12/2011, 1539), al considerar que no se cumple con las reglas de la Directiva 2007/66, al exigir que en nombramiento del presidente sea equivalente al de juez. Opinión que no comparto, por formalista, y entiendo que no hay infracción en tanto la persona reúna las cualidades y estatus propio de la función jurisdiccional. Por el contrario, entiendo ajustada a la Directiva 2007/66 esta regulación M.A. BERNAL BLAY, quien recuerda que el TJUE ya ha aplicado estos parámetros –STJUE de 4 de febrero de 1999, Köllensperger, apartado 29- admitiendo como válidos órganos administrativos en donde actuara en calidad de Presidente “una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos”.

<sup>82</sup> Me remito a mi monografía *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 297-313.

<sup>83</sup> Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública“, REDA núm. 147, 2010, pp. 517-535.

regulación comunitaria, también de las cuestiones que puedan esconder actuaciones que afecten al procedimiento de licitación, como los modificados, convenios que sean contratos públicos o encargos a entes instrumentales si no se cumplen los requisitos para tener la consideración de medio propio. En todo caso, su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulta racional y razonable<sup>84</sup>. En definitiva, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente. Si de ello deriva que la adjudicación se realice a favor de otro licitador, se concederá al órgano de contratación un plazo un plazo de diez días hábiles para que requiera al licitador seleccionado para que se presente la documentación pertinente para la adjudicación del contrato (art. 47.2 TRLCSP).

La novedad del nuevo recurso especial y de los tribunales administrativos, tras la puesta en funcionamiento y más de tres años de “recorrido”, puede ser calificada como de relevante tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica<sup>85</sup>. El cumplimiento de plazos con carácter general y contenido de las resoluciones han permitido validar el sistema, como se acredita en el volumen de recursos. La creación y puesta en funcionamiento de estos órganos de recursos contractuales ha supuesto un notable avance en la necesidad de un efectivo control que, además de garantizar el derecho a la tutela, permita una gestión más eficiente de los fondos públicos y posibilite la eficacia del derecho a una buena administración<sup>86</sup>.

Aunque este sistema pueda resultar cuestionable desde la perspectiva del derecho comparado, donde mayoritariamente se ha optado por un modelo jurisdiccional<sup>87</sup>. Esta opción, desde la lógica del sistema quizá parece la más coherente

---

<sup>84</sup> Acuerdo TACPA 13/2011, de 14 de julio.

<sup>85</sup> Vid. M.A. BERNAL BLAY, “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, REDA núm. 160, 2013, pp. 190-213.

<sup>86</sup> Así lo advierte J. PONCE en su trabajo “El órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración”, Revista Documentación Administrativa nº 288, 2010, p. 206.

<sup>87</sup> En el Derecho comparado europeo tenemos los ejemplos del “référé précontractuel” francés (Ley de 4 de enero de 1992, modificada por la Ley de 30 de junio de 2004), inspirador de las directivas comunitarias sobre recursos 42 o del contencioso precontractual portugués regulado en el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos (Ley 15/2002, artículos 100 a 103, que conforman la sección II del capítulo I, “De las impugnaciones urgentes”, del Título IV, “De los procesos urgentes”). Véase sobre

J.M. Gimeno Feliu. Ponencia AEPDA. Madrid, febrero de 2015.

-como bien destaca el profesor BAÑO LEON<sup>88</sup>- aunque desde la realidad práctica quizá no resulta tan desacertada la opción del tribunal administrativo, a la vista de los tiempos que actualmente marcan los Tribunal contencioso-administrativos en la resolución de los recursos<sup>89</sup>.

El cumplimiento estricto de los plazos, la publicidad de los acuerdos y resoluciones -y su fundamentación- han dotado de credibilidad el sistema al cumplirse con las notas de rapidez, eficacia e independencia que se pretendía con este nuevo recurso. Sistema de recursos que lejos de la idea de gasto, debe contemplarse como una eficaz y rentable inversión, pues está permitiendo una mejor gestión en la administración, corrigiendo prácticas viciadas, lo que se traduce en importantes ahorros económicos<sup>90</sup>.

No es menos cierto que junto a las luces se observan ciertas sombras. Una, es el escaso conocimiento por los licitadores de esta posibilidad de recurso, que deriva, quizá, de la no visualización pública de este nuevo mecanismos de recurso y sus especiales características.

Además, como principales “lagunas” podemos señalar lo siguiente<sup>91</sup>. La primera, la no extensión integral del sistema ya que este recurso no debe depender del importe del contrato<sup>92</sup>. Eso significa que para los contratos no armonizados no existe

---

este recurso, que se destaca junto a los de Francia y Alemania y en contraste con la ausencia de una regulación similar en España, NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, en J.M. GIMENO FELIÚ (Ed): El Derecho de los contratos públicos, Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, pág. 329.

<sup>88</sup> J. M. BAÑO LEON, “Jurisdicción y recursos”, *Diccionario Contratación Pública* (Dir. J. BERMEJO), Iustel, Madrid, 2008, p. 390.

<sup>89</sup> Basta con analizar los datos elaborados por el CGPJ. *La Justicia dato a dato. Año 2008*, Madrid, 2009. Sobre la dimensión sociológica de la jurisdicción contencioso administrativa, con un pormenorizado análisis de la congestión de los Tribunales y su lentitud en la resolución de asuntos, resulta de gran interés consultar las ediciones anuales elaboradas por MARTÍN REBOLLO, L. de las *Leyes administrativas*, Aranzadi, Pamplona (16 ed., 2010), “Estudio preliminar. Introducción a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

<sup>90</sup> Vid. M.A. BERNAL BLAY, “El sistema de tutela...”, ob. cit., pp. 210-211.

<sup>91</sup> También crítico por cierta insuficiencia, se manifiesta J.A RAZQUIN LIZARRAGA, “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector público”, *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010”, pp. 50 a 52.

<sup>92</sup> Basta recordar lo afirmado por el profesor J.M. BAÑO LEÓN a propósito del sistema de recursos previsto en las Directivas de la Unión Europea de las que se infiere que en la medida que se considere el mismo como un reflejo de los principios de libre prestación de servicios y de no discriminación, los países como España, que establecen un sistema de menor protección jurídica en los contratos no sujetos a la Directiva inculpen el Derecho europeo de contratos públicos, “Tutela judicial precontractual”, en J. Bermejo Vera/M.A. Bernal Blay, *Diccionario de contratación pública*, Iustel, 2008, pág. 689. Igual análisis en la doctrina en mi monografía *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, Civitas, 2011, p. 93-101; y los trabajos de J.A. MORENO MOLINA, *La reforma de la ley de contratos del sector público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley,

este recurso y el TRLCSP remite a la legislación general<sup>93</sup>, lo que genera una dualidad de recursos con reconocimiento de la doble jurisdicción –civil o administrativa- en función de su naturaleza o no de Administración pública, con la quiebra del principio de los actos separables<sup>94</sup>. Convendría, por ello, diseñar un concreto régimen de recursos único al margen del importe del contrato<sup>95</sup>. Y, en todo caso, recuperar la unidad de

---

Madrid, 2010, p.173-182; y M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, “La Ley de contratos del Sector público: Balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para las Entidades locales”, *Revista de Administración Pública* núm. 186, 2011, p. 59.

<sup>93</sup> La Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado mediante Informe 48/08, de 29 de enero de 2009, analiza qué recursos proceden en la adjudicación provisional en contratos no sometidos a regulación armonizada afirmando que sólo pueden interponerse los recursos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; artículo 107 de la misma: “Contra las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición”. Se recuerda que el recurso a interponer será normalmente el potestativo de reposición como previo al contencioso administrativo, pues por regla general las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa. Sin embargo, existe un supuesto en el que esto no es así. En efecto las Juntas de Contratación, tienen el carácter de órganos de contratación pero no ponen fin a la vía administrativa por lo que sus resoluciones, antes de ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, deberán ser objeto de recurso de alzada ante el superior jerárquico de la misma, debiendo entenderse por tal el órgano del que han recibido las competencias que tengan atribuidas. Interesa destacar la naturaleza del acto de a provisional (cuestión analizada ya con detalle por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 18/2008, de 21 de julio) afirmando: En primer lugar debe ponerse de manifiesto, en contra de lo que parece decir la consulta, que los actos de adjudicación provisional del contrato no son propiamente actos de trámite ni se acuerdan por la Mesa de contratación.

Por el contrario, son actos resolutorios del procedimiento de adjudicación tal como se desprende del artículo 135 de la Ley de Contratos del Sector Público en sus apartados 4 y 5 en los que al hablar de la elevación a definitiva de la adjudicación provisional en ningún caso contempla la posibilidad de que ésta sea modificada por aquélla, limitándose a admitir la posibilidad de que no se convierta en definitiva sólo en el caso de que el adjudicatario no cumpla las obligaciones complementarias que la Ley le impone a este efecto.

Con independencia de ello, o tal vez precisamente por ello, las adjudicaciones provisionales se acuerdan por el órgano de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.3 LCSP.

De igual modo conviene indicar que entre la adjudicación provisional y la definitiva no existe ningún acto administrativo propiamente dicho, sino el mero transcurso de un plazo que en los casos contemplados en este informe no tiene más finalidad que permitir la presentación de la documentación complementaria contemplada en el precepto mencionado. Sentado lo anterior, y en cuanto al régimen jurídico de los recursos que pueden interponerse contra los actos de trámite previos a la adjudicación provisional del contrato, fuera de aquellos casos en que se admite la interposición del recurso especial del artículo 37 de la Ley, procede señalar que serán los indicados en el artículo 107 de la Ley 30/1992 antes mencionado. Ello supone que el plazo de interposición de los recursos que tal artículo contempla será el de un mes (artículo 115.1 y 117.1) sin que por el mero hecho de interponerlos se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado.

Como consecuencia es posible, desde el punto de vista legal, que la resolución del recurso se dicte después de haber concluido el procedimiento de adjudicación del contrato e incluso, podría ocurrir que el contrato se encontrase al menos parcialmente ejecutado. Ésta es una situación que sólo se puede evitar si el recurrente solicita la suspensión y el órgano de contratación encargado de resolver el recurso acordase concederla antes de resolver sobre el fondo".

<sup>94</sup> S. DEL SAZ, “La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?”, *RAP*, 174, 2007, p. 349. Vid. también GIMENO FELIU, José María, “El ámbito subjetivo de aplicación TRLCSP: luces y sombras”, *RAP* núm. 176, 2008, pp. 9-54.

<sup>95</sup> Postulan un recurso especial de alcance general, con independencia de la cuantía del contrato, entre otros, J.M. BAÑO LEÓN, *El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional*”, en

jurisdicción a favor del contencioso administrativo para las fases de preparación y adjudicación, con indiferencia del carácter o no de Administración pública del poder adjudicador<sup>96</sup>.

Por último, es cierto que la articulación práctica en España pone de manifiesto ciertas disfunciones, en tanto la planta autonómica de estos Tribunales a fecha de hoy no está cerrada, generando asimetrías poco compatibles con el principio de seguridad jurídica. Y la extensión -a mi juicio sin justificación legal- al ámbito local genera indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo<sup>97</sup>. Además, las restricciones presupuestarias actuales condicionan la función de control que puede afectar a la consecución de la rapidez de este recurso, con los perjuicios desde la perspectiva de la eficacia que se ocasiona para el órgano demandante de la prestación suspendida hasta la resolución expresa.

En todo caso, conviene insistir en que el correcto funcionamiento de la contratación pública con objetivos de política pública como vectores de su concreto diseño exige la existencia de mecanismos de control efectivos y rápidos por autoridades independientes ya sean judiciales -mediante la oportuna reforma procesal-, o mediante “arbitrajes administrativos” independientes y con estatus de juez (así lo exige la Directiva “recursos”). De esta manera se puede avanzar en un modelo que preserve el principio de integridad<sup>98</sup>. Y la experiencia del modelo español a través del recurso especial ante los tribunales administrativos, con las insuficiencias descritas, ha supuesto un notable avance, que en modo alguno puede ser considerado como gasto innecesario o prescindible<sup>99</sup>.

---

el libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ob.cit, p. 337; NOGUERA DE LA MUELA, “El recurso especial...”, cit., 105-106.

<sup>96</sup> Vid., por todos, sobre esta interesante cuestión, el clásico trabajo del profesor L. MARTIN-RETORTILLO, “Unidad de Jurisdicción para la Administración Pública”, RAP núm. 49, 1966, pp. 196 y ss.

<sup>97</sup> Igualmente, P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Organos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, ob. Cit., p 373.

<sup>98</sup> Me remito a mi trabajo “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar al integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación Pública”, REDA núm. 147, 2010, pp. 517-535. Igualmente critico con la escasa regulación del arbitraje en el artículo 320 LCSP (ahora 50 TRLCSP) y su no extensión en la fase de ejecución a las Administraciones Públicas, se muestra J.A. MORENO MOLINA, *La reforma de la Ley...*, ob.cit., p. 138.

<sup>99</sup> Esta opinión favorable es también defendida por P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, ob. Cit., p. 371-373: “...estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se está comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato”. También por M. A. BERNAL BLAY, que destaca la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la *auctoritas* de su doctrina. “Observatorio de la actividad de los órganos de recursos

Lo importante, en definitiva, es preservar un control útil, basado en la pronta respuesta y en la especialización e independencia de estos tribunales administrativos, estatal o autonómicos, regulando una planta de carácter cerrada, que impida su extensión en el ámbito local o institucional, y que incluya mecanismos de coordinación que favorezcan la unidad de doctrina y, por ello, la predictibilidad y seguridad jurídica<sup>100</sup>. Ese debe ser, en definitiva, el eje de reforma que avance en la senda del control efectivo y sirva de herramienta efectiva frente a la corrupción y dote de credibilidad al sistema<sup>101</sup>. Este sistema de “justicia administrativa especial” ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), lo que supone reconocer que estos Tribunales administrativos –con fundamento en la Directiva 89/665 y su reforma por Directiva 66/2007-, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, tienen carácter de permanentes, aplican un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C- 54/96 Dorsch Consult).

Este reconocimiento de órgano jurisdiccional a efectos del derecho comunitario, tiene especial consecuencia en lo relativo al obligado cumplimiento de sus Acuerdos o resoluciones, que tiene el carácter de ejecutivos y ejecutorios. Aspecto sobre el que interesa dar cuenta de la Sentencia del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm 3014/2013 (asunto de la Privatización Aguas Ter-Llobregat en Cataluña)<sup>102</sup>, donde se

---

contractuales en 2011”, en libro col. *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331.

<sup>100</sup> Sobre la cuestión de la seguridad jurídica, entre otros, es cita imprescindible en trabajo de J.

BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Madrid, 2005.

<sup>101</sup> Esta es la conclusión defendida en mi trabajo “Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva, Revista Derecho Público de Cataluña núm. 47, 2013”, donde se viene a argumentar sobre la complementariedad del modelo ( y no duplicidad) y el efecto útil en el control y su función profiláctica. Por ello, encaja mal con esta filosofía la exigencia de una tasa para la interposición del recurso (opción adoptada en Cataluña mediante Ley 2/2014, de 27 de enero)

<sup>102</sup> Se recurre el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en auto de fecha 26 de marzo de 2013 razona que: “*Sin embargo, no puede dejar de señalarse ya a priori la profunda influencia que tiene en esta materia el Derecho europeo, que ha establecido unos estándares que deben seguir los Estados miembros en cuanto se refiere a los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, contenidos en las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007 /66/CE.*

*La normativa europea pretende asegurar la existencia de mecanismos eficaces de garantía para los licitadores, de modo que se eviten las situaciones relativamente frecuentes en que el tiempo necesario para sustanciar los procedimientos ordinarios hace inviable revertir una situación ilegal, que se convierte por ello en un hecho consolidado. A tal fin, se establece la paralización inicial de los acuerdos de adjudicación de los contratos públicos, a fin de que un órgano independiente del poder adjudicador*

concluye, en relación a los efectos de las resoluciones dictadas en estos recursos especiales que en su fundamento octavo afirma:

*“Se trata éste de un recurso de tramitación ágil pensado para, según la Directiva, poner remedio a la práctica observada en los poderes adjudicadores y las entidades contratantes de proceder a la firma acelerada de los contratos para "hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida" (considerando 4º). Por eso, el artículo 2.8 requiere a los Estados velar "por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz".*

*Así, pues, la perspectiva, desde la que debemos enjuiciar este litigio es la querida por los legisladores europeo y, en consonancia con él, español. Esto es, la de preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial en el que, por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa (artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).”(negrita nuestra)*

Interesa mucho esta afirmación pues el efecto útil del mecanismo del recurso especial exige respetar y hacer cumplir lo resuelto, salvo que se suspenda por órgano jurisdiccional competente, que atenderá, tras petición de tutela cautelar por quien recurre (la Administración), como juegan los distintos interés públicos. Por lo que respecta al caso consultado, el Tribunal Supremo confirma la decisión del TSJ de no conceder tutela cautelar al advertir que:

*“Es correcta la ponderación de intereses efectuada por la Sala de Barcelona. Ante todo, debemos confirmar el punto de partida desde el que los autos se pronuncian sobre la cuestión, que no es otro que el adoptado por la Directiva 2007/66/CE de la que trae causa el recurso especial en cuya virtud se adoptó la resolución que ACL quiere ver suspendida. Punto de partida que consiste en dar preferencia al interés público cuya satisfacción se ha buscado instituyendo ese remedio. O sea el de hacer posible una revisión eficaz de la legalidad de la adjudicación de contratos como la disputada por una instancia especializada, dotada de independencia, mediante un procedimiento ágil que lleve a una decisión rápida que, además, se lleve a efecto. Por eso, insisten tanto los considerandos de la Directiva en que este recurso debe ser eficaz y su artículo 2.8 lo enfatiza cuando ordena a los Estados velar para que las resoluciones que lo resuelvan sean ejecutadas de modo eficaz.”*

Para finalizar afirmado, dato muy relevante, que las resoluciones de los tribunales y órganos de recursos contractuales, tienen una “singular relevancia” por haberlo querido así el legislador europeo y, en consonancia, el español, resaltando que *“Y es que, frente a la indicada especial significación de las decisiones del órgano llamado a impedir las adjudicaciones precipitadas y los hechos consumados en materia de contratos del sector público, no nos ha ofrecido razones bastantes para desvirtuar las que llevaron a la Sala de Barcelona a denegar la medida cautelar”*.

---

*pueda resolver el recurso antes de que aquéllos desplieguen sus efectos. Además, se otorga una especial eficacia ejecutiva a las resoluciones de dicho órgano independiente,(...)”*



Así, una resolución de estos Tribunales, en tanto órganos jurisdiccionales (lo que explica que no tengan la condición de demandado, tal y como previene la LJ), deben ser cumplidas en sus propios términos<sup>103</sup>. Máxime cuando se ha incumplido con la regla de la suspensión *ex lege* en los supuestos de adjudicación y se ha procedido a formalizar, de forma indebida, un contrato<sup>104</sup>.

Esto significa que, salvo que el Tribunal competente de la jurisdicción contencioso, haya dictado auto concediendo tutela cautelar donde se suspenda la eficacia de lo resuelto por estos Tribunales administrativos, sus resoluciones deben ser cumplidas de forma directa y sin demora, sin que pueda condicionarse en modo alguno al fallo definitivo del Tribunal contencioso. Solo así se da cumplimiento a la arquitectura jurídica del recurso especial y su fundamento, no se olvide, en las

---

<sup>103</sup> Téngase en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, C-212/02, apartado 20 y jurisprudencia citada). El TJUE ha manifestado en abundantísima y uniforme jurisprudencia que el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión y las eventuales dificultades en esa aplicación que pueden derivar de disposiciones procesales de un Estado miembro, deben considerarse atendiendo al lugar que ocupan dichas disposiciones nacionales en el conjunto del ordenamiento jurídico y sus peculiaridades (por ejemplo, apartado 35 de STJUE de 8 de julio de 2010, asunto C-246/09, Susanne Bulicke. Igualmente apdo. 38, STJUE de 18 de enero de 2011, asunto C-272/10, Souzana Berkizi-Nikolakaki). El fundamento del recurso especial exige, pues, una interpretación que facilite el control de las posibles ilegalidades, de tal manera que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJCE de 28 de enero de 2010, Uniplex, C-406/08, apartados 30 a 32). En ese sentido, en mi opinión, la interpretación que se está haciendo del concepto de Pliegos «puestos a disposición» de los licitadores a que se refiere el art. 44.2.a) TRLCSP –posiblemente por la deficiente redacción normativa– para determinar el *dies a quo* del plazo para interponer el recurso, se opone al efecto útil de la directiva 89/665 y a la protección de los derechos que dicha directiva propugna. En primer lugar, porque veta la posibilidad de interponer recurso contra el pliego más allá de los quince días tras su publicación en el perfil de contratante, aun cuando el plazo de presentación de ofertas se encuentre todavía abierto, dejando desprovisto al interesado de un mecanismo rápido y eficaz para corregir posibles infracciones, o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados. Y en segundo lugar, porque una interpretación *secundum directivam* de las normas nacionales que incorporan a los Ordenamientos nacionales el art. 2 quater de la Directiva 89/665 exige que el recurrente haya tenido conocimiento del acto a recurrir para iniciar el cómputo del plazo para la interposición del recurso. Los conceptos de «comunicación», «envío» o «recepción» de las actuaciones recurribles que utiliza el mencionado precepto evocan esa idea de acceso efectivo al acto recurrible, y exigen algo más que una mera «puestos a disposición» al licitador materializada en la publicación del acto recurrible en una página web. De ahí que el cómputo del *dies a quo* del plazo para interposición del recurso no pueda comenzar, salvo que haya certeza del acceso previo al pliego, hasta el último día de presentación de ofertas, momento último en que un interesado en la licitación ha podido tener conocimiento del pliego, si éste fue dado a conocer mediante su publicación en el perfil de contratante.

<sup>104</sup> Cuestión analizada y resulta por el Tribunal Administrativo de Contratos públicos de Aragón en su Acuerdo 55/2013, en relación a la formalización de un contrato sin respetar el plazo de *stand hill* que exigen las Directivas, de tal manera que tramitando el recurso especial, al aceptar las pretensiones del mismo y declarar ilegal el acto de adjudicación, acuerda declarar la nulidad del contrato indebidamente celebrado, acordando, ex artículo 35 TRLCSP, que el contrato indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo.

Directivas recursos<sup>105</sup>. En consecuencia, la Administración afectada por una resolución de estos tribunales, en tanto son decisiones ejecutivas y ejecutorias en sus propios términos (y que no responden a criterios jerárquicos, pues debe insistirse en la nota de independencia), no puede justificar la inaplicación de la misma bajo ningún concepto. Así lo ha destacado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 28/2013, de 14 de junio de 2013, en relación a la decisión de no cumplir lo acordado con carácter previo por el Ayuntamiento al alegar este que era un tema todavía *subiudice* por que lo había impugnado un particular (aunque no existía auto cautelar de suspensión)<sup>106</sup>. El argumento del Tribunal administrativo, instando a cumplir en sus propios términos lo acordado, es el siguiente:

*“El principio de lealtad institucional, así como el de buena fe en la actuación de las Administraciones Públicas quedan en entredicho por las actuaciones adoptadas por el Ayuntamiento de Huesca, y pueden comprometer los fines de una justicia administrativa que debe ser eficaz. Esta actuación implica el mantenimiento del estatus jurídico de la empresa recurrente, en su condición de mediador con el Ayuntamiento de Huesca, que*

---

<sup>105</sup> Téngase en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, C-212/02, apartado 20 y jurisprudencia citada). El TJUE ha manifestado en abundantísima y uniforme jurisprudencia que el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión y las eventuales dificultades en esa aplicación que pueden derivar de disposiciones procesales de un Estado miembro, deben considerarse atendiendo al lugar que ocupan dichas disposiciones nacionales en el conjunto del ordenamiento jurídico y sus peculiaridades (por ejemplo, apartado 35 de STJUE de 8 de julio de 2010, asunto C-246/09, Susanne Bulicke. Igualmente apdo. 38, STJUE de 18 de enero de 2011, asunto C-272/10, Souzana Berkizi-Nikolakaki). El fundamento del recurso especial exige, pues, una interpretación que facilite el control de las posibles ilegalidades, de tal manera que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJCE de 28 de enero de 2010, Uniplex, C-406/08, apartados 30 a 32). En ese sentido, en mi opinión, la interpretación que se está haciendo del concepto de Pliegos «puestos a disposición» de los licitadores a que se refiere el art. 44.2.a) TRLCSP –posiblemente por la deficiente redacción normativa– para determinar el *dies a quo* del plazo para interponer el recurso, se opone al efecto útil de la directiva 89/665 y a la protección de los derechos que dicha directiva propugna. En primer lugar, porque veta la posibilidad de interponer recurso contra el pliego más allá de los quince días tras su publicación en el perfil de contratante, aun cuando el plazo de presentación de ofertas se encuentre todavía abierto, dejando desprovisto al interesado de un mecanismo rápido y eficaz para corregir posibles infracciones, o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados. Y en segundo lugar, porque una interpretación *secundum directivam* de las normas nacionales que incorporan a los Ordenamientos nacionales el art. 2 quater de la Directiva 89/665 exige que el recurrente haya tenido conocimiento del acto a recurrir para iniciar el cómputo del plazo para la interposición del recurso. Los conceptos de «comunicación», «envío» o «recepción» de las actuaciones recurribles que utiliza el mencionado precepto evocan esa idea de acceso efectivo al acto recurrible, y exigen algo más que una mera «puestos a disposición» al licitador materializada en la publicación del acto recurrible en una página web. De ahí que el cómputo del *dies a quo* del plazo para interposición del recurso no pueda comenzar, salvo que haya certeza del acceso previo al pliego, hasta el último día de presentación de ofertas, momento último en que un interesado en la licitación ha podido tener conocimiento del pliego, si éste fue dado a conocer mediante su publicación en el perfil de contratante.

<sup>106</sup> Este Tribunal administrativo, desde sus inicios, viene exigiendo a la Administración a la que se le anula un pliego o acto de exclusión o adjudicación que informe de las decisiones adoptadas para el efectivo cumplimiento

*deriva de un Convenio originario con la FEMP, celebrado al margen de la legislación de contratos públicos.*

*El Ayuntamiento de Huesca pudo, de considerarlo adecuado a sus intereses, recurrir ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón el referido Acuerdo. No ha sido así, y por ello el Acuerdo ha adquirido firmeza administrativa y existe cosa juzgada. Y esa debió ser la respuesta jurídica ante la pretensión de recurso de AON.*

*El Ayuntamiento de Huesca, al no recurrir ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón el Acuerdo 51/2012 consintió la decisión adoptada por este Tribunal administrativo. Y debió poner en conocimiento de este Tribunal administrativo el recurso interpuesto por AON, pues no es admisible que este Tribunal administrativo conozca, seis meses después, la interposición del recurso contencioso-administrativo, y lo sea por el requerimiento de información derivado del incumplimiento de lo establecido en el acordando Tercero del Acuerdo”.*

Y, quizá lo más significativo, el TACPA acuerda requerir al Ayuntamiento de Huesca la ejecución del Acuerdo 51/2012 en sus justos y precisos términos, teniendo por anulados con todas sus consecuencias los pliegos de la licitación. La respuesta del Ayuntamiento fue inmediata y declaró la nulidad de sus actuaciones contrarias al Acuerdo del TACPA.

Pudiera ser que una Administración, a pesar de todo lo expuesto, decida no cumplir las resoluciones de estos tribunales administrativos. Tal decisión, que, por arbitraria, puede encajar en alguno de los supuestos de nuestro Código penal, no debe ser consentida, pues dejaría sin efecto todo el modelo de recursos en materia de contratos públicos. En esa situación, claramente patológica desde la lógica procedimental, puede ser corregida si la parte interesada insta, en primer lugar, a que el Tribunal administrativo requiera a la Administración el cumplimiento de su acuerdo de forma inmediata en sus propios términos (advirtiendo, incluso, si fuera el caso, de que un contrato indebidamente perfeccionado como consecuencia de la anulación del acto de adjudicación, debe entrar en liquidación por nulidad ex artículo 35 TRLCSP).

Y de no dar adecuada respuesta, al ser un claro supuesto de inactividad material de una Administración, se podrá utilizar por los interesados el artículo 29.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa<sup>107</sup>, al ser la decisión del órgano de recursos contractuales título ejecutivo firme<sup>108</sup>. Así, los afectados podrán solicitar el

---

<sup>107</sup> Recordamos que este precepto indica que “Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”.

<sup>108</sup> Recuérdese que la Exposición de Motivos de la Ley de 1998, en relación a este recurso por inactividad afirma que “Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso

cumplimiento y ejecución de esta Resolución por parte de la Administración “condenada”, y si ésta no se produce en el plazo de tres meses desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, para que el juez contencioso inste, con su *auctoritas*, al cumplimiento inmediato<sup>109</sup>. De no admitirse esta interpretación, la aplicación formal de la LJ de 1998 para un supuesto no previsto, conduciría a una inaplicación de facto de los principios de control útil, rápido y eficaz en contratos públicos y consolidaría una práctica de incumplimiento, solo atenuada por la tutela resarcitoria de los Tribunales contencioso, alejada de los fines del control de la contratación pública y, en especial, de protección de la integridad.

### **EPILOGO.- HACIA LA TRANSPOSICION EFECTIVA DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION PÚBLICA Y, EN ESPECIAL DEL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD**

A modo de conclusiones finales, puede afirmarse que la cuarta generación de Directivas de contratos públicos puede ser el fin de un primer ciclo de la regulación en la materia (alcanzada ya una visión completa y “estratégica” de todas las fase de la contratación<sup>110</sup>), máxime cuando existe una importante doctrina del TJUE que ya se ha incorporado y que, en todo caso, sirve de pauta interpretativa de cara a la integración y armonización de los Derechos atendiendo a los principios, categorías e instituciones de los Ordenamientos nacionales<sup>111</sup>. A modo de sucinto catálogo de decisiones a tener en cuenta podemos concluir lo siguiente:

a) Este nuevo paquete legislativo exige del Estado español una depuración normativa antes del fin de abril de 2016. El contenido de esta nueva normativa, y la experiencia práctica de nuestra legislación nacional aconsejan una nueva normativa, completamente distinta del actual TRLCSP en tanto parece lógico que existan tres normas legales distintas o bien un “Código de Contratos Públicos” con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos

---

contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración” (Apartado V. párrafo 1). Sobre esta cuestión, por todos, me remito al excelente trabajo de M. GOMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, 2ª ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 739-763.

<sup>109</sup> Por lo demás, si el 136 LJ ya privilegia esta acción limitando los casos de tutela cautelar, debe advertirse que ni siquiera podrá ser alegado por la Administración si la tutela cautelar le ha sido denegada con carácter previo (por ejemplo, en el citado asunto Aguas Ter-Llobregat).

<sup>110</sup> Me remito aquí a los trabajos sobre distintas cuestiones “estratégica” de los contratos públicos al libro colectivo dirigido por J. PERNAS, *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

<sup>111</sup> Recuerda este proceso de mutuas influencias, con cita de las sentencias más significativas, S. GONZÁLEZ VARAS en su *Tratado de Derecho administrativo. Tomo II El Derecho administrativo europeo*, Thomson, Pamplona, 2012, 2ª ed., págs. 36 y ss.

excluidos. Un “Código” que dote de seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social<sup>112</sup>.

b) Son tiempos de cambios que exigen reformas en profundidad de las normas administrativas y en concreto de las de contratación pública, que permitan, ahora sí, configurar un modelo armonizado y uniforme de contratación pública en Europa que permita una adecuada optimización de los fondos públicos para consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, y que incorpore como premisas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad. Simplificación y uniformidad de regímenes con independencia de su carácter o no de Administración pública, pues lo que urge es encontrar un escenario común para todo poder adjudicador, simplemente sencillo, eficiente y garante tanto de los principios constitucionales como de los específicos principios de la contratación pública que derivan del TFUE<sup>113</sup>.

c) Por otra parte, si la necesaria estabilidad del marco normativo es deseable, también resulta necesaria abordar el reto de la profesionalización en aras a promover una nueva “cultura” de la contratación pública, que haga de la misma un instrumento de políticas públicas activas alejado de prácticas clientelares o de validación de proyectos claramente insostenibles ya desde una perspectiva financiera ya desde la propia lógica de la conveniencia y su sostenibilidad<sup>114</sup>. La necesidad derivada de la nueva regulación aconseja la adecuada profesionalización. Objetivo que se recoge en la Declaración de Cracovia, que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad los días 3 y 4 de octubre de 2011, y que entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, propone *profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación*.

Y para ello, las Directivas de contratación pública contemplan la obligación de constituir tanto estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda para preparar como órganos especialmente preparados llevar a cabo los procedimientos de contratación. Además, y como consustancial a la

---

<sup>112</sup> Al menos, la transposición debería tener esta visión “codificadora” y presentar un texto de fácil comprensión y aplicación práctica, compatible con el derecho comunitario.

<sup>113</sup> F. BLANCO LOPEZ, “Procedimientos de adjudicación de los contratos en la LCSP”, en libro col. *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, en Colás Tenas, J. y Medina Guerrero, M. (Coords.), Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico (Cátedra Royo Villanova), 2009.p. 185.

<sup>114</sup> En este punto resulta de gran interés el trabajo contenido en este libro de M.A. SANMARTIN MORA, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, ob.cit., pp. 407-434.

idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan<sup>115</sup>. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad<sup>116</sup>. Obviamente, los medios y procedimientos electrónicos deben ser herramienta principal de simplificación y transparencia<sup>117</sup>. Las experiencias europeas han demostrado los beneficios de las mismas: mayor rapidez de tramitación y adjudicación, reducción de costes y mayor eficiencia y mejor valoración social desde la perspectiva de integridad. En todo caso, debe tenerse presente que estamos también en un mercado de servicios electrónicos muy diversificado y, por ello, muy sensible a soluciones de “concentración” que conduzcan hacia un único proveedor. Sería aconsejable, en todo caso, la opción de homologación de las empresas que pueden prestar estos servicios para que cada Administración, a la vista de sus características organizativas, pueda decidir cuál es el modelo que prefiere, lo que, a su vez, fomentará una cultura de innovación, especialmente útil en este sector.

d) Otra idea a destacar con relación al fin de integridad de los contratos públicos, es que no basta con una regulación reaccional de carácter penal (mediante la tipificación como ilícita de la información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos<sup>118</sup>), que, siendo necesaria, no es suficiente<sup>119</sup>. Como bien advirtiera D. KAUFMANN, la corrupción no

---

<sup>115</sup> Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>. También. A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad...*, ob. cit., pp. 192-198.

<sup>116</sup> Vid. GIMENO FELIU, J.M., “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?”, ob. cit., pp. 518 y ss.

<sup>117</sup> La nueva normativa comunitaria pretende un sistema completamente electrónico, al menos en lo referente a la presentación telemática de ofertas o solicitudes en todos los procedimientos de contratación en un plazo de transición de dos años. La Directiva 2014/24 establece la obligación de transmitir los anuncios en formato electrónico, poner la documentación de la contratación a disposición del público por medios electrónicos y adoptar una comunicación totalmente electrónica (lo que obliga a estándares comunes de interoperabilidad), en particular por lo que respecta a la presentación electrónica de ofertas o solicitudes, en todos los procedimientos de contratación. Vid. J. PUNZÓN MORALEDA, “Simplificación en la contratación administrativa. Especial referencia a la contratación electrónica administrativa”, en libro colectivo *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 413 y ss.

<sup>118</sup> A este respecto, resultan de interés CASTRO CUENCA, C.: *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2009 y JAREÑO LEAL, Á.: *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011. Especial interés, por su vinculación a la contratación pública, el trabajo de A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la contratación pública*, ob. cit., pp. 37-53.

<sup>119</sup> La ciudadanía “exige” esta depuración de responsabilidades penales, pero lo importante es evitar que las conductas patológicas se produzcan. Sobre la responsabilidad penal y administrativas de empresas resulta de interés en estudio de S. BACIGALUPO y J. LIZCANO, *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas*, ed. Programa EUROsociAL, Colección Estudios núm. 1, 2013.

se combate combatiendo la corrupción<sup>120</sup>. Es necesaria una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil (mediante planes preventivos de la corrupción). La lógica de un Derecho Administrativo garantista moderno, vinculado al derecho a una buena administración<sup>121</sup>, aconseja reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva, tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas (a los que debería reforzarse sus potestades, permitiendo investigación de oficio en cualquier momento y con posibilidad de suspender procedimientos)<sup>122</sup>,

---

en delitos relacionados con la corrupción”.

<sup>120</sup> D. KAUFMANN, “Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción”, *Revista Finanzas & Desarrollo*, septiembre de 2005, pp. 41-43.

<sup>121</sup> Sobre esta cuestión es ineludible la cita al trabajo de J.PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Sobre las consecuencias y sentido del derecho a una buena administración, sin ánimo exhaustivo, se pueden consultar los trabajos de J. TORNOS MAS, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública”, libro Homenaje al profesor L. Martín-Retortillo, Zaragoza, 2008, pp. 629 a 641; B. TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: INAP, 2005; J. RODRÍGUEZ ARANA, *El Buen gobierno y la buena administración de las Instituciones Públicas*, Madrid: Aranzadi, Cizur Menor, 2006; J.B. LORENZO DE MEMBIELA, «La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2007, núm. 30, pp. 445 y ss; y J. CARRILLO DONAIRE, «Buena administración ¿un principio, un mandato, un derecho subjetivo?», *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley, 2010, pp. 1137-1165.

<sup>122</sup> Sin duda puede ser una importante herramienta función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. Sobre ello resulta de interés el trabajo de J. MEDINA GUIJARRO y J.C. LÓPEZ LÓPEZ, “La fiscalización de la contratación administrativa por el Tribunal de Cuentas”, *Documentación Administrativa* núms. 275-276, 2006, pp. 407-424 y el libro de J.A. FERNANDEZ AJENJO, *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas, Cizur Menor, 2011. Obviamente se deberá “incentivar” la aplicación del procedimiento de responsabilidad contable regulado en la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, para los casos de daños al erario público por una “mala práctica” de la normativa de contratación pública (incluida la contable y presupuestaria. C. CUBILLO RODRÍGUEZ, “Las responsabilidades jurídicas derivadas de la contratación del sector público”, en libro col. *La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007*, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 634-638. La dificultad de exigir responsabilidades está siendo un factor que “incentiva” el incumplimiento de las reglas y principios que quiebran con los modificados ilegales. Labor de control que va a resultar más difícil a raíz de la STS núm. 8506/2012, de 28 de noviembre de 2012 (que casa y anula otra de la Sala de justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (TCu) dictada el 17 de marzo de 2010 resolviendo el procedimiento de reintegro por alcance en relación con el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, de Madrid), que limita la capacidad de control por alcance y lo condiciona a la existencia de un recurso contencioso previo. El argumento de que “no siendo impugnado dicho convenio, ni habiendo sido reparados tales pagos por la Intervención Municipal, ni habiéndose emitido informe con tacha alguna por parte de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento” no hay responsabilidad contable puede condicionar la función de control del Tribunal de Cuentas y sus homólogos, máxime cuando, hasta ahora, en el caso de los modificados nunca se ha acudido ante los tribunales. Queda el control, no obstante, remitido a la función de asesoramiento de intervención y servicios jurídicos que han de ser la pieza clave en el cumplimiento de la legalidad.

Agencias de Lucha antifraude<sup>123</sup>, creación de autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos<sup>124</sup> y, sobretodo, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido<sup>125</sup>.

Extender la acción pública –o al menos amplia, más allá de los potenciales licitadores- en defensa del derecho a una buena administración puede ser, como sugiere J. PONCE, una solución muy efectiva<sup>126</sup>.

e) Esta nueva visión “ética” de la contratación pública no solo corresponde a los poderes adjudicadores. El sector empresarial debe dar un paso al frente. Lo advierte C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, al postular la idoneidad de adaptar los programas de cumplimiento «anti-corrupción» al ámbito de público, apuntando “una exigencia legal futura para la contratación pública”. El autor entiende que la experiencia norteamericana parece conducir indefectiblemente a la necesidad de que cualquier empresa que desee contratar con la administración pública debería instaurar de manera efectiva un programa de cumplimiento «anti-corrupción» como exigencia legal<sup>127</sup>. Sin

---

<sup>123</sup> Un ejemplo es la Ley 14/2008, del 5 de noviembre (modificada por 7/2009, de 13 de mayo), por la que se crea la Oficina Antifraude de Cataluña, entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con el fin de prevenir e investigar posibles casos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público (sobre sus funciones, son de interés las reflexiones de A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad...*, ob. cit., pp. 300-330).

En Portugal, desde hace un par de años existe el Consejo para la Prevención de la Corrupción, que es un órgano administrativo independiente que trabaja “con” el Tribunal de Cuentas de Portugal para la prevención de la corrupción y los delitos conexos (art. 1º da Lei nº 54/2008).

<sup>124</sup> Es el caso de Italia, que regula esta figura en su Código de contratos públicos. De interés el trabajo de S. TORRICELLI, “L’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia”, en libro colectivo coord. Por Rafael Fernandez Acevedo y Patricia Valcarcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 493-509. La carencia de una agencia anticorrupción en España es una evidente carencia, tal y como también advierte A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad...*, ob. cit., pp. 331-332.

<sup>125</sup> Me remito a mi trabajo “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe CORA. Balance y prospectiva”, *Revista Catalana de Dret Public* núm. 47, 2013.

<sup>126</sup> J. PONCE, “La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local”, en *Anuario de Derecho Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 136-137. Esta vinculación de la contratación pública al derecho a una buena administración fue expresamente advertida en el Acuerdo 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Esta opinión, que liga la funcionalidad institucional a la dimensión colectiva del derecho a una buena administración es la que mantiene J. PRATS CATALA, en su trabajo “La lucha contra la corrupción como parte integrante del derecho, el deber y las políticas de buena administración”, *Cuadernos de Derecho Público* núm. 31, 2007, p. 21.

<sup>127</sup> C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los *compliance* programas “anti-corrupción” como exigencias legales de contratación pública”, en libro colectivo *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, dirigido por Mario Garcés Sanagustín y Alberto Palomar Olmeda, Aranzadi, Cizur Menor, 2013. Gómez-Jara recuerda que desde el año 2008, la Administración estadounidense exige a los grandes contratistas revisar sus procedimientos internos de control y auditoría, así como de denuncias, en términos de diligencia debida (*Due Diligence*) sobre conductas ilegales de fraude, cohecho o cualquier otro tipo de actividad ilícita detectados en el seno de su empresa: “Esta regulación, especialmente la obligatoriedad de denuncia, han



duda, la prevención ética es una cuestión exigible a todas las partes de la contratación pública.

f) La transparencia en la contratación pública, además de fomentar la concurrencia y la eficiencia, debe servir como instrumento de rendición de cuentas. A tal efecto el artículo 8 de la Ley 19/2013, de Transparencia obliga a que el portal de transparencia contractual contenga información sobre todo contrato público —y todo contrato patrimonial— al margen de su importe y tipo. Es decir, que aun en los procedimientos sin publicidad que permite el TRLCSP, debe publicarse en transparencia que ese contrato se ha celebrado. Esta información permitirá analizar la política de compra pública. Esto significa que hay que publicar la prestación licitada —concreción del tipo de contrato—, publicidad utilizada, número de licitadores, importe de licitación y adjudicación y adjudicatario. No se trata de replicar la información del perfil de contratante, sino de sistematizar de forma adecuada todos estos conceptos<sup>128</sup>. Obviamente, la información debe poder ser objeto de «tratamiento» mediante sistema de búsquedas que permita, por ejemplo, determinar el número de contratos adjudicados en un mismo licitador; o la baja entre presupuesto de licitación y de adjudicación, o comparar la política de compras entre entes contratantes. Interesa destacar que se debe dar información de todos los contratos menores realizados, con los datos generales de importe, objeto y adjudicatario, lo que supone «sacar» de la penumbra esta modalidad contractual. Además, debe indicarse los motivos de elección del procedimiento (de especial interés en el procedimiento negociado). Como una matización en los contratos menores es su remisión trimestral (agrupada, claro), pero cumpliendo los mismos requisitos. Esta información pretende ser una herramienta de rendición de cuentas que permita explicar a la ciudadanía en qué, cómo y cuánto se invierten los recursos públicos mediante contratación pública. Además, debe servir para legitimar la actuación administrativa al existir un control político de su actuación. Y, por ello, en tanto que

---

dado un vuelco significativo al panorama anterior, de tal manera que las denuncias de los propios contratistas están comenzando a fluir hacia las autoridades públicas. Más aún, el hecho de que los tribunales están considerando que la certificación que expresa la inexistencia de conductas ilícitas cuando el contratista debía estar al tanto de las mismas, constituye una falsedad documental que es perseguible por las autoridades”. Parece el momento de evaluar esta propuesta en aras a la consecución efectiva del principio de integridad en la contratación pública.

<sup>128</sup> Vid. Por todos J.M GIMENO FELIU, “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 27-80; y A. SANMARTIN MORA, “Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno”, *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 81-122.

permite «dar luz» a ciertas prácticas, debe servir de avance en la idea de integridad en la contratación pública. A tal fin 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, lo que nos permitirá detectar la corrección o no de la utilización de las formas de provisión. Interesa destacar que igualmente debería informarse sobre importe y número de contratos que recaen en los licitadores, desagregando el dato, por tipo de administración, con el fin de detectar prácticas restrictivas o «posiciones privilegiadas» en un concreto mercado público.

La transparencia se comporta aquí como instrumento principal de rendición de cuentas y de legitimación del buen hacer administrativo, directamente vinculado al principio de “buena gobernanza”<sup>129</sup>. Pero no se cumple este principio con un portal que sea mero repositorio de información no sistematizada y lista interminable de datos<sup>130</sup>. Se exige una información accesible y comprensible, que permita una fácil valoración de la gestión contractual de los distintos poderes adjudicadores. Información que debe servir para «modificar y corregir» aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> En el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. A lo largo del documento, se aprecia que se busca integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea. Cfr., *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, COM (2001), 428, Bruselas, 25.7.2001.

<sup>130</sup> La Comunidad Autónoma de Aragón ha dado un primer paso en este sentido. El Portal de Servicios del Gobierno de Aragón ofrece a los ciudadanos el canal Transparencia con la intención de informar y formar a una ciudadanía sensible, responsable y participativa, para que conozca y ejerza sus derechos y obligaciones y colabore activamente en el fomento de una sociedad mejor. La Administración plantea la transparencia en la comunicación de su actividad diaria, porque facilita la confianza y el control directo por parte de la ciudadanía que puede ejercer un mayor control sobre sus gestores y realizar acciones constructivas. La finalidad de este Portal es transmitir información de manera comprensible, sencilla de entender por el conjunto de los ciudadanos/as, de tal forma que estén informados y conozcan las responsabilidades, procedimientos, reglas, normas y demás información generada por el Gobierno de Aragón, en un marco de abierta participación social. En materia de contratación pública, a través del canal Transparencia, del Gobierno de Aragón, se ofrece información sobre contratos adjudicados, contratos modificados y datos estadísticos.

<sup>131</sup> Y muy ligada a esta idea de transparencia -vinculada con la de seguridad jurídica y predictibilidad- debería, como bien han sugerido P. VALCARCEL y R. FERNANDEZ ACEVEDO, consolidar un adecuada transparencia de los informes o resoluciones dictados por los órganos consultivos en materia de contratación o los especializados en la resolución de los recursos contractuales. La publicación en las distintas páginas web de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública estatal -y de los emanados de los equivalentes órganos autonómicos-, así como de las resoluciones de los Tribunales u órganos especializados en recursos contractuales, ya estatal ya autonómicos, garantizando un acceso fácil y rápido a su doctrina constituye una pieza seminal para el mejor engranaje de un funcionamiento transparente del sistema. “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, en libro col dirigido por D. Sorace *Amministrazioni Pubbliche dei contratti*, Ed. Scientifica, Nápoles, 2013. Y ello porque, como bien indican, estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la

g) El nuevo marco regulatorio de la Unión no solo obliga a repensar en cómo articular una nueva normativa de contratos que satisfaga los intereses públicos con respeto a los principios de igualdad de trato, eficacia, transparencia, eficiencia y rendición de cuentas. Obliga, también, a repensar la organización administrativa y, también, parte de los propios fundamentos del derecho público<sup>132</sup>. En lo que se refiere a la contratación pública -ya no solo contrato administrativo- se constata como se diluyen las prerrogativas públicas (como paradigma la regulación de los modificados contractuales), se reorienta el problema de la privatización de formas jurídicas, al ser indiferente para la aplicación de los principios y reglas inherentes a la contratación pública y se “escora” la regulación hacia el paradigma del derecho a una buena administración como elemento del control (y de un nuevo sistema de justicia administrativa) y de rendición de cuentas. El interés público como justificación a los privilegios del contrato administrativo, se subordina al principio de transparencia, libre competencia y eficiencia de los fondos públicos. La ecuación caracterizadora del Derecho Administrativo como “privilegios en más, privilegios en menos” se inclina hacia este último aspecto.

Estos son los retos de la transposición de las nuevas Directivas cuyo diseño debe permitir implantar una nueva gobernanza pública –junto con otras reformas estructurales-, incorporar como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad que permita impulsar un modelo armonizado y transparente de gestión de los fondos públicos, que ayude a consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, impulsar la reactivación económica y empresarial y, por supuesto, a legitimar democráticamente nuestro modelo político<sup>133</sup>. Sólo así, en

---

contratación del sector público. Además, se está comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato” (p. 371-373). M. A. BERNAL BLAY ha destacado también la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la *auctoritas* de su doctrina. “Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011”, en libro col. *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331.

<sup>132</sup> Un factor es, sin duda, la globalización jurídica, que esta modulando las propias relaciones entre Estado y sociedad, como bien explica J.L. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo”, RAP núm. 193, 2014, 31-44. En este excelente estudio –a cuya completa bibliografía me remito- se da cuenta de la nueva deriva del Derecho público.

<sup>133</sup> Como ha destacado A. CERRILLO ( “Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local”, Anuario de Derecho local 2011, IDP, Barcelona, 2012, pp. 277 y ss.), el diseño normativo de adecuadas estructuras organizativas, debidos procedimientos de toma de decisión y

J.M. Gimeno Feliu. Ponencia AEPDA. Madrid, febrero de 2015.

palabras del profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, se podrá evitar el fantasma de la corrupción<sup>134</sup>. Nueva gobernanza de la contratación pública que debe coordinarse con las necesarias medidas de regeneración democrática que permitan asentar nuestro modelo institucional público.

Como conclusión, puede afirmarse que nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo<sup>135</sup>.

Las nuevas Directivas de contratación pública nos ofrecen una nueva oportunidad para intentar acotar las malas prácticas y la corrupción en los contratos públicos. Es momento de revisar en profundidad nuestro modelo (es una oportunidad) pues, como ya advirtiera Albert Einstein, *“no podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo”*. Y, desde la enseñanza del Derecho Administrativo debemos dar un paso al frente. No podemos aspirar a ser meros exegetas acríticos de la realidad normativa ni a conformarnos con ser meros cronistas de nuestra historia jurídica. La sociedad nos reclama un papel activo y crítico. Y hoy más que nunca dado que la globalización, la crisis económica nos presentan un mundo complejo donde la realidad nos enseña cada día situaciones que nos obligan a posicionarnos y aportar nuestras ideas, pues como bien ha advertido el profesor S. MUÑOZ MACHADO (en el interesante Prólogo al libro colectivo dirigido por M.J. Alonso, *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado*, La Ley, 2014), *“Estamos asumiendo, sin contestar, textos normativos relevantes hechos a toda prisa, apoyados en las urgencias impuestas por la crisis económica o por la necesidad de arreglar defectos en la organización y funcionamiento de nuestro Estado, que contienen regulaciones improcedentes e inviables en las que, por lo que dicen sus exposiciones de motivos, se espera apoyar*

---

mecanismos de refuerzo de la transparencia administrativa son las vacunas frente a la corrupción pública. Y el escenario de los contratos públicos es especialmente idóneo para medidas profilácticas de este tipo.

<sup>134</sup> L. MARTIN-RETORTILLO “Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción”, en libro colectivo Don Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa, Madrid, 2000, pp. 87 y ss. Un decálogo sucinto de medidas se pueden ver en mi opinión “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos” publicada en [www.obcp.es](http://www.obcp.es) (12 de noviembre de 2014).

<sup>135</sup> Resultan de especial interés las reflexiones de R. CANCINO, “La transición de China hacia una economía de mercado en el 2016 y sus implicaciones para la contratación pública”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 130, 2014, pp. 42-53.

*nuestro inmediato progreso. Y no hay una posibilidad entre mil de que el bienestar pueda depender de textos tan poco valiosos”.*

Nuestra principal función, desde la libertad de pensamiento, debe ser la de advertir patologías, orientar pautas de actuación y realizar propuestas de mejora normativa. Es necesaria nuestra implicación directa para conseguir la evolución de las normas administrativas e implantar una nueva gobernanza pública que incorpore como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad.

La importancia del Derecho Administrativo como elemento transformador de la sociedad, y, en concreto, de la materia de la contratación pública, su marcado carácter horizontal, así como la carga dogmática de las distintas soluciones jurídicas, nos aconsejan a estar pendientes en este tiempo de transposición para, con nuestras aportaciones, mejorar y actualizar una normativa como la contractual.