

# **Integridad y Transparencia. El modelo de la contratación pública**



## **Seminario UIMP Pirineos, 2015,**

Debates sobre Gobierno abierto: transparencia y  
participación ciudadana como pilares de calidad  
democrática.

25 de septiembre de 2015.

### **José María Gimeno Feliu.**

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad  
de Zaragoza

Presidente Tribunal Administrativo de Contratos  
Públicos de Aragón

Director del Observatorio de Contratación Pública  
([www.obcp.es](http://www.obcp.es))

([gimenof@unizar.es](mailto:gimenof@unizar.es))

([www.unizar.es/gimenof](http://www.unizar.es/gimenof))

## **1.- La contratación pública como escenario actual de ausencia de integridad**

La materia de contratación pública es, hoy en día, de máxima actualidad, no sólo por novedades de índole jurídica, si no también por la incidencia que la misma tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados. Y ello por la indudable repercusión económica. 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>1</sup>. Una adecuada y 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*).

Por ello, la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo —ni mera burocracia—, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas<sup>2</sup>. En consecuencia,

---

<sup>1</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*, 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. Según datos aportados por la Comisión, en el año 2012 el porcentaje de gasto destinado a las compras públicas a nivel de la UE se han fijado en un 19 por ciento del PIB. Véase el Documento de trabajo *Public procurement indicators 2012*, de 12 de noviembre de 2014, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/modernising\\_rules/20141105-indicators-2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/20141105-indicators-2012_en.pdf) [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2015].

<sup>2</sup> J.M., GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006, pp. 15-21 y Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº. 9, 2010, pags. 50-55. También D. ORDOÑEZ SOLIS, *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 162-182, J.A. MORENO MOLINA, "Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de

la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Debe ser un instrumento principal que asegure la gestión eficiente y libre de corrupción de los contratos públicos<sup>3</sup>.

El fenómeno de la corrupción se extiende a lo largo de los tiempos y en todas las civilizaciones y supone una perniciosa influencia tanto en el correcto funcionamiento de las instituciones públicas, como en la alteración de los mercados privados. El fenómeno de la corrupción afecta en los niveles de Europa a países consolidados como Francia, Alemania, Inglaterra, etc. Por supuesto, España tampoco es ajena a fenómenos relacionados con la corrupción en la adjudicación de contratos públicos, y es que hemos tenido —

---

inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 83, 2009, pp. 37 y ss. y L. ORTEGA ALVAREZ, “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, Revista Electrónica CEMCI, núm. 3 de 2009. Igualmente, en esta línea, pueden citarse a: E. MELERO ALONSO, “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid núm.1, 1999, (artículo firmado junto a Maravillas ESPÍN SÁEZ), y J.A. BLAZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 42, 2005, p. 39. Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 17/2008, de 21 de julio. Y es que, como bien advirtiera J. MESTRE DELGADO, se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo-o fomento- para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones –no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas- contempladas en normativas sectoriales, “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, REALA núm. 291, 2003, p. 707.

<sup>3</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 está erosionando 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 A. SABAN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991; 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. Más recientes, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2014 (2ª ed) y E. Jiménez Franco, “Administración pública y corrupción: iniciativas legislativas de *lege ferenda* para una nueva cultura de integridad”, en libro colectivo *El nuevo derecho administrativo* (libro homenaje al prof. Dr. Enrique Rivero Ysern ) 2011, págs. 199-225. También el estudio de M. CACIAGLI (*Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, CEC, Madrid, 1996), que señala como un aspecto que “fomenta” la corrupción la debilidad de la regla de la moralidad pública, que debe ser un componente del control, pues no solo hay transgresión jurídica por incumplimiento formal de normas jurídicas (pp. 67 y ss).

y todavía tenemos— demasiados casos en los medios de comunicación y en los juzgados como para dejar de preocuparnos<sup>4</sup>.

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>5</sup>. De hecho la organización 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% 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

---

<sup>4</sup> R. KLITGAARD, define con una simple ecuación el gran problema de la corrupción:  $C = M + A - T$ . C es Corrupción, M Monopolio, A Arbitrariedad y T Transparencia. Cuanto menor la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción. *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Buenos Aires, Ed. Sudamerica, 1994, pp. 10 y ss. Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción. Si se añade a esto, el dato de un marco normativo complejo (o disperso, o muy cambiante), como ya sucedido en urbanismo o contratación pública, es fácil entender el elevado índice de corrupción en España. Sobre el ejemplo del urbanismo puede consultarse J.C. ALLI ARANGUREN “La corrupción mal endémico del urbanismo español”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 257, 2010, pp. 89-115; y la opinión de L. PAREJO ALFONSO, “Urbanismo y corrupción. Un problema no solo de legalidad”, en *Temas para el debate*, núm. 223, junio de 2013 (Ejemplar dedicado a: La lucha contra la corrupción), pp. 35-41.

<sup>5</sup> Estudio de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*. Madrid, INAP, 2010. *En la doctrina pueden consultarse*: 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; T. MEDINA ARZAIZ, “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en libro col. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 299-344; ibídem, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, núm. 7382, Sección Doctrina, 16 de abril de 2010. A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; R. RIVERO ORTEGA, “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana ”en el libro colectivo *Corrupción y delincuencia económica* (coord. por Nicolás Rodríguez García, Eduardo A. Fabián Caparrós) 2008, Universidad Santo Tomás (USTA), pp. 169-192; y B. ARIEL REZZOAGLI, *Corrupción y Contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Editorial Ratio legis, 2005. 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>, y 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).

adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial»<sup>6</sup>.

Asimismo, 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 en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior”*<sup>7</sup>.

La Unión Europea viene insistiendo en esta idea y es abiertamente combativa contra los supuestos de corrupción<sup>8</sup>. Por ello, en el *Informe Anticorrupción de la UE 2014*, se insiste en la necesidad de una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad en la Unión<sup>9</sup>.

Una de las principales razones que explican el avance de estas prácticas se encuentra, como ya se ha indicado, en el elevado volumen de recursos que moviliza la contratación del sector público<sup>10</sup>. Entre los tipos contractuales potencialmente más expuestos a la corrupción, se viene mencionando que son los contratos de obras los que han dejado al descubierto los escándalos más sonados de casos de corrupción. Los

---

<sup>66</sup> [http://www.transparency.org/regional\\_pages/americas/contrataciones\\_publicas](http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas).

<sup>7</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>8</sup> La Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011 [P7\_TA (2011) 0454], sobre la modernización de la contratación pública, señala en su apartado 44 que “la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas”. Al mismo tenor responde el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE), sobre el Libro Verde de la Comisión al que “uno de los objetivos de las directivas consiste en combatir el favoritismo, del fraude y la corrupción”, apartados 1.14 y 6.1 (DOUE C 318, de 29 de octubre de 2011) y el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre las Propuestas de Directivas, SEC (2011) 1585 final, de 20 de diciembre de 2011, pág. 30.

<sup>9</sup> *EU Anti-Corruption Report*, COM (2014) 38 final, de 3 de febrero de 2014.

<sup>10</sup> L. MARTÍN-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: Universidad Complutense, 2000, p. 87.

grandes proyectos de obras o infraestructuras, las telecomunicaciones o los relacionados con el sector energético y el de la defensa son igualmente considerados como propensos a prácticas corruptas, ya que la complejidad tecnológica de dichos sectores ofrece una mayor oportunidad para ocultar diversas y variadas prácticas corruptas. Pero en los últimos años han crecido exponencialmente estas prácticas indebidas en los contratos menores, que, en ocasiones, se han utilizado para financiación ilegal de partidos políticos o adjudicar directamente a personas o empresas afines.

Los efectos de la corrupción en la gestión administrativa son evidentes<sup>11</sup>. Amén de una clara ineficiencia en la gestión de fondos públicos<sup>12</sup>, es una pérdida de competencia que afecta a la solvencia cualitativa del sector empresarial. Sin una competencia real, la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos. En tiempos de crisis como los actuales son muchos más visibles estos efectos (como acaba de poner de relieve el reciente Informe de la Comisión Europea sobre corrupción<sup>13</sup>). Resulta evidente que la corrupción es inherente a cualquier sistema jurídico y no responde a ideologías; pero también resulta evidente que los niveles de prácticas corruptas son mayores cuando existen debilidades jurídicas que permiten la fuga de los principios de igualdad de trato. Por ello hay que articular una reforma legal que descansa en criterios funcionales y no formales. El fin debe ser la eficiencia y el derecho a una buena administración (tomar decisiones que permitan un eficaz cumplimiento del derecho comunitario evitando inseguridad jurídica con prácticas no conformes con la esencia de las comunitarias).

---

<sup>11</sup> Las analizo en 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", *ob. cit.*, pp. 517-535.

<sup>12</sup> Según D. STROMBOM ("Corruption in Procurement", en *Economic Perspectives*, 1998, núm. 3, p. 22) los costes añadidos al contrato pueden llegar a ser de un 20%, pudiendo alcanzar incluso un 50% del monto total del contrato.

<sup>13</sup> [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm). También interesa el trabajo de T. MEDINA ARNAIZ, "Las disposiciones financieras de la Unión Europea y su aplicación a la contratación pública: especial referencia al nuevo reglamento financiero y sus normas de desarrollo", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 165 a 191 y, en especial, 188 a 190.

Además, insistimos en la idea —más en el actual contexto de recesión económica que exige reformas estructurales— de que una regulación adecuada de la contratación pública debe tener en cuenta el impacto y rol de las pequeñas y medianas empresas (PYME), para lo que una efectiva transparencia activa puede favorecer la mayor participación de estas en las compras públicas. Ello generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos y ofrecerá a los poderes adjudicadores una mejor relación calidad-precio, por cuanto que la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las PYME desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía europea (no en vano las PYME se consideran en general la espina dorsal de la economía de la UE y, para aprovechar al máximo su potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación, se debe facilitar su acceso a los contratos públicos)<sup>14</sup>.

El objetivo de este estudio es analizar la regulación española desde la perspectiva del principio de integridad y como prevenir los supuestos de corrupción. Y ello porque la contratación pública es uno de los sectores de la economía en el que se reflejan con mayor intensidad las prácticas antiéticas<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> El Comité de las Regiones de la Unión Europea, en sesión plenaria, celebrada el pasado 3 de febrero, ha aprobado el proyecto de dictamen sobre la «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las empresas. En este documento se recogen medidas para facilitar el acceso a los mercados de la contratación pública. Este Dictamen responde a la Comunicación de la Comisión Europea de 25 de junio de 2008 sobre Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas. En esta Comunicación La denominación simbólica de «Act» de esta iniciativa subraya la voluntad política de reconocer el papel central de las PYME en la economía de la UE y de articular por primera vez un marco político completo para la UE y sus estados miembros mediante una serie de diez principios que guíen la formulación y ejecución de políticas, tanto a escala de UE como de los estados miembros; tales principios son esenciales para aportar valor añadido a escala de la UE, crear condiciones de competencia equitativas para las PYME y mejorar el marco jurídico y administrativo de la UE. Para más información me remito a mi estudio “La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMEs como estrategia de reactivación económica”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 59 a 84, y el trabajo de G. BARRIO GARCIA, “Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación Pública”, en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, ob. cit., pp. 133-160. Resultan de interés las reflexiones de M. COZZIO, “Le nuove direttive appalti e l’accesso delle piccole e medie imprese al mercato degli appalti pubblici (prima parte)”, Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici, en [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it). Ibidem. “Le scelte del legislatore europeo per favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese”, Rivista Diritto e pratica amministrativa”, núm. Especial mayo 2014, pp. 8-21

<sup>15</sup> Vid. mi trabajo “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las*

Para cumplir este objetivo, interesa conocer que patologías existen, para así poder proponer medidas de carácter “profiláctico”, que permitan reconducir el problema. Para ello resulta de especial interés el documento que a este efecto ha elaborado el Parlamento Europeo, en su Resolución de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude (DOUE C81E, de 15 de marzo de 2011), indicó 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*”.

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*<sup>16</sup>, y, por supuesto, pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas<sup>17</sup>.

---

*Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105

<sup>16</sup> Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio, pág. 3). Lo que explica el interés de las instituciones comunitarias por el control financiero de los contratos públicos. Así se explica la existencia del Reglamento financiero y de la creación de la Oficina de Lucha Anti Fraude (OLAF). Vid. T. MEDINA ARNAIZ, “Las disposiciones financieras de la Unión Europea y su aplicación a la contratación pública: especial referencia al nuevo Reglamento financiero y sus normas de desarrollo”, libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 188-190. Resultan también de especial interés los datos aportados por M. VILLORIA y F. JIMENEZ, “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos, *Reis* núm. 138, abril-junio de 2012, pp. 109 y ss.

<sup>17</sup> La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado en febrero de 2015 un documento de análisis de la contratación pública en España “*PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia*”

([http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502\\_Informe\\_ContratacionPublica.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf)). En él reconoce una serie de fortalezas así como de oportunidades de actuación orientadas a la consecución de mayores niveles de transparencia y competencia y cifra en 47 000 millones de euros al “ineficencia” del modelo de contratación pública en España. Asimismo, el *Informe del Tribunal de Cuentas* núm. 935 (pp. 228 a 230) puso de relieve una serie de deficiencias o anomalías indicando que en algunos contratos no se motivaron adecuadamente la necesidad pública que los justificaba (p. ej., cuando se recurre a un contrato de consultoría, asistencia o servicios sin concretar las razones por las que no puede asumirse con medios propios) o bien el uso de criterios discriminatorios en los pliegos (p. ej., la necesidad de contar con experiencia



El Informe Anticorrupción de la Unión Europea 2014 anima a los Estados miembros a mantener una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad en la Unión Europea<sup>18</sup>. Este informe sistematiza las principales patologías distinguiendo los momentos procedimentales<sup>19</sup>. Así, en la fase de la pre-licitación, indica como más “ordinarias” las siguientes: a) el establecimiento de especificaciones a medida para favorecer a determinados licitadores; b) la participación de licitadores en el diseño de los pliegos; c) el establecimiento de criterios de selección poco claros; d) el uso de criterios de selección injustificados y desproporcionados; e) la aplicación de criterios discriminatorios; f) el uso indebido de los acuerdos marco; g) la influencia en la reclasificación de terrenos para obtener con

---

o medios vinculados a una Comunidad Autónoma). También se advierte la falta de justificación para utilizar la tramitación de urgencia o de emergencia o el fraccionamiento de la cuantía del contrato usando el contrato menor, todo ello con la finalidad de eludir la publicidad y la concurrencia. Por lo que respecta a los conflictos de intereses, se pone de manifiesto que dicho problema es especialmente relevante en el ámbito local, lo que genera unas ganancias privadas en detrimento de los intereses públicos (pág. 31). Igualmente se advierte se daba una *“falta de justificación de la concurrencia de los supuestos legales que permiten la utilización de procedimientos negociados sin publicidad, que implican la exclusión de los contratos así adjudicados de los principios de publicidad y libre concurrencia, la mayor discrecionalidad en la selección de los adjudicatarios y en los que, además, no suelen obtenerse bajas apreciables, particularmente, cuando se invocó la existencia de una imperiosa urgencia o de un único empresario capacitado para la realización de las correspondientes prestaciones”* (pág. 230). Finalmente, se constata hace referencia a los retrasos en la ejecución de los contratos, especialmente los de obras, la deficiente constancia de la conformidad tanto de los productos suministrados en bienes fungibles o material sanitario (contrato de suministro) como de los contratos de consultoría, asistencia o servicios. En este último caso, se pone de manifiesto la subida de los precios en función de las subidas salariales, lo que rompe con el principio de riesgo y ventura y la revisión de precios conforme a las fórmulas predeterminadas (p. 230).

<sup>18</sup> 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>. El informe consta de: I. Introducción; II. resultados de la encuesta Eurobarómetro 2013; III. un capítulo horizontal sobre tendencias de corrupción y conclusiones; IV. un capítulo transversal centrado en la contratación pública; V. Anexo sobre metodología; VI. Capítulos nacionales que se recogen en Anexos para cada Estado miembro, completado con futuras medidas y seguimiento. El aspecto más destacado del *Informe 2014* es la especie de vademécum que proporciona de prácticas contrarias a la integridad, lo que permitirá reaccionar, prevenir y poner solución a los problemas que plantean. Aquel consta materialmente de dos partes. La primera de ellas realiza una visión global de la corrupción, mientras que la segunda se dedica específicamente a la contratación pública. Ese estudio se acompaña de un análisis singularizado para cada Estado, que en caso español es el *Anexo 9*.

<sup>19</sup> En 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.

posterioridad futuros contratos de obras<sup>20</sup>; h) los conflicto de intereses; i) el soborno. En cuanto al resto de infracciones, la encuesta Eurobarómetro de 2013 realizada para hacer el *Informe 2014*, señala que las empresas españolas consideran que las prácticas más extendidas en esta fase de pre-licitación eran los pliegos a medida para determinadas empresas (80%) y el establecimiento de criterios de selección y evaluación poco claros (72%)<sup>21</sup>.

En fase ya de licitación (donde se concentran el mayor número de infracciones al principio de integridad), el Informe constata numerosas anomalías<sup>22</sup>. Unas se refieren a la infracción de las normas *publicidad y el procedimiento* a utilizar: a) excepciones injustificadas de publicación; b) la aplicación incorrecta sobre normas de cooperación entre públicos (encargos a medios propios); c) la utilización injustificada del procedimiento negociado sin publicidad; d) el fraccionamiento del objeto del contrato para eludir la publicidad; e) las adjudicaciones directas; f) el abuso del procedimiento de urgencia y de emergencia; g) el uso indebido de la excepción de seguridad y defensa. Unas segundas anomalías afectan a los *licitadores*: a) la confusión de criterios de selección y adjudicación; b) la exclusión injustificada de licitadores; c) la licitación fraudulenta (supresión de ofertas complementarias, rotación de ofertas, subcontratación sin controles, promesa de contrato); d) la reclasificación para obtener el contrato; e) la división en lotes más pequeños (fraccionamiento) para evitar procedimientos competitivos; f) la licitación

---

<sup>20</sup> Se critica especialmente en el Informe la alta discrecionalidad de la Administración en la reclasificación de terrenos, al mismo tiempo que se destaca la presión de determinados empresarios para influir en la decisión administrativa (pág. 30). En nuestro país estos dos ámbitos –urbanismo y contratación pública- van de la mano en muchas ocasiones, tal y como se pone de manifiesto en el *Anexo* relativo a España (pp. 11 y 12).

<sup>21</sup> Anexo 9 sobre España al *Informe 2014*, pág. 13.

<sup>22</sup> En esta fase también pueden aparecer problemas generados por conflicto de intereses y soborno. En la encuesta Eurobarómetro de 2013, las empresas españolas indicaron que la percepción de las infracciones que se realizaban en esta fase eran, por orden de importancia, el abuso de los procedimientos negociados (72%), los conflictos de intereses en la evaluación de las ofertas (71%) y la licitación colusoria (71%). Por centrarnos en los tres principales problemas destacados a nivel español, sin duda el más recurrentes a lo largo del informe es el uso abusivo del procedimiento negociado; “*a juzgar por el tipo de casos en los que la Comisión incoa procedimientos de infracción por presunta vulneración de las normas de la UE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, el procedimiento negociado sin publicidad es el tipo de procedimiento donde más irregularidades se comenta. La mayor parte de los casos de aplicación incorrecta se refieren al sector de infraestructuras, seguido de las aguas residuales y residuos, contratación de servicios de TI, ferrocarriles, sanidad y energía*” (págs. 25-26). Añadiéndose más adelante, como es lógico, que en la mayoría de los casos “*se hace con el fin de eludir las obligaciones del procedimiento abierto*” (pág. 29).

colusiva. Y otras inciden sobre el *precio* del contrato: a) el cálculo inadecuado del valor de los contratos; b) la confianza en el precio más bajo cuando con ello no queda asegurado el interés público.

En fase de ejecución, el Informe destaca dos patologías: a) la modificación injustificada del contrato (se alteran pliegos y presupuesto); y b) el fallo en las potestades de supervisión y control. Asimismo, también en esta fase pueden constata la existencia de problemas por conflicto de intereses y de soborno (las empresas españolas consideraron que la causa más destacada en esta fase eran las modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración del contrato (69%), en relación con todas las infracciones que pudieran darse en el conjunto del ciclo de la contratación)<sup>23</sup>.

El escenario expuesto no puede resultar indiferente para quienes gestionan o controlan la contratación pública, por lo que 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<sup>24</sup>. Los efectos nocivos de la corrupción que se manifiestan claramente en el ámbito económico ya que suponen o comportan claras ineficiencias en la compra pública, pero igualmente inciden a nivel social y político hasta el extremo de cuestionarse la legitimidad democrática de las instituciones públicas.

Es necesario revisar el modelo de la contratación pública desde el paradigma de la integridad y buen gobierno<sup>25</sup>. Máxime cuando está en juego la protección del derecho fundamental a una buena administración en la aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos

---

<sup>23</sup> Anexo 9 sobre España al Informe 2014 (p. 13), siendo uno de los porcentajes más altos entre los países de la UE.

<sup>24</sup> Por mucho que el fenómeno de la corrupción sea muy antiguo. Basta recordar la celebre frase de Cicerón expuesta para defender la acusación contra el pretor de Sicilia Gaio Licinio Verre, acusado de corrupción y apropiación indebida (Verrem, 70 a.C, Actio Prima, I, 4): "*Nihil esse tam sanctum quod non violari, nihil tam munitum quod non expugnari pecunia posset*".

<sup>25</sup> J.C. ALCALDE HERNÁNDEZ, "La nueva normativa de contratación pública: propuestas de la IGAE para el rigor presupuestario y contra la corrupción", Revista de Obras Públicas: Organo profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos, núm.3560, 2014 , pp. 17-26. En este trabajo se analiza la reforma normativa de la contratación pública sobrevenida a raíz de la trasposición de las Directivas Comunitarias argumenta las propuestas que la propia Intervención del Estado plantea para cumplir sus principales objetivos, que son conseguir el mayor rigor presupuestario y luchar denodadamente contra la corrupción, lo que requiere un control eficaz y exhaustivo de los recursos públicos.

(artículo 41 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)<sup>26</sup>. En ese contexto deben interpretarse las nuevas Directivas comunitarias sobre contratación pública (números 23, 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero), cuya necesaria transposición deben ser una oportunidad para dar soluciones jurídicas<sup>27</sup>.

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>28</sup>.

---

<sup>26</sup> EL TJUE ha utilizado ya este principio relación a procedimientos de adjudicación de contratos públicos, en la STJUE de 11 de mayo de 2010, *PC-Ware Information Technologies/Comisión*, STJUE de 19 de marzo de 2010 *Europaiki Dynamiki/Comisión Europea* o STJUE de 20 de septiembre de 2011, *Evropaiki Dynamiki/BEI*. Vid. en este sentido, J. PONCE SOLÉ, y O. CAPDEFERRO VILLAGRASA, “El Órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del Derecho a una Buena Administración”, en BASSOLS COMA, M. (Dir.): *Documentación Administrativa 288*: monográfico dedicado a Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, 2010, pp. 193 a 206.

<sup>27</sup> Sobre su contenido, pueden consultarse los trabajos de 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; J.A. MORENO MOLINA, y DOMÍNGUEZ ALONSO, “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M.M. RAZQUIN, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, RAP núm. 196, 2015, pp. 97-135 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, e, ibidem, *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>28</sup> Sigo la sistemática de mi trabajo “Regole e strumenti per la prevenzione della corruzione nell’ordinamento spagnolo con particolare riferimento al sistema di contrattazione pubblica”, DIRITTO E PRATICA AMMINISTRATIVA, Numero speciale del mensile di documentazione giuridica e gestionale: “Appalti e contratti pubblici appalti pubblici e legalità”, a cura di M. Agostina Cabiddu y M. Cristina Colombo, 2014; así como mi opinion . Interesa en trabajo de M. COZZIO (tambien en este monográfico), “Gli strumenti giuridici per contrastare la corruzione nelle nuove Direttive europee”. En la doctrina española, sobre esta concreta cuestión de prevención en la contratación pública resultan de interés los trabajos de I. GALLEGO CORCOLES “La prevención de la corrupción en la contratación pública”, en la obra colectiva *Prevención de la corrupción en las Administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, pp. 61-92 y T. MEDINA ARNAIZ, “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 295-340. Desde la perspectiva del Derecho penal, puede consultarse V. MUSACCHIO, “Corrupción y adjudicaciones públicas en el ámbito europeo”, Revista General de Derecho Penal, núm. 19, mayo 2013. Desde la perspectiva del derecho comparado: S. WILLIAMS-ELEGBE, *Fighting corruption in public procurement: A comparative analysis of disqualification measures*, Hart Publishing, Oxford, 2012; y G. RACCA, C. YUKINS (eds), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, 2014..

## **2.- La transparencia en la contratación pública como herramienta de integridad. La necesaria revisión del modelo español de la Ley de 2007.**

La contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar, y reflexionar, sobre la función y el efecto de la transparencia<sup>29</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<sup>30</sup>. Sin transparencia existe el riesgo de la corrupción, que es la más grave patología en un estado de derecho y que supone negar el derecho a una buena administración. Por el contrario, una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada<sup>31</sup>. Sin olvidar, claro, que esta materia que guarda íntima relación con la cultura de nueva gobernanza<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Vid. 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 habían 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>30</sup> La importancia de la transparencia en la contratación pública ha constituido uno de los ámbitos de preocupación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) quien ha llevado adelante activamente un programa de trabajo sobre el tema de la transparencia de la contratación pública. Véase al respecto [http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/min01\\_s/brief\\_s/brief14\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/brief_s/brief14_s.htm) (última visita: septiembre de 2012).

<sup>31</sup> El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre “*Contratación pública y gestión de la hacienda pública*”, donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

<sup>32</sup> 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. El objetivo es lograr 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. *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001. Esta

En estos dos contextos conviene analizar las posibilidades del principio de transparencia en la contratación pública. Y son varias las estrategias a adoptar para hacer de la transparencia el eje de la contratación pública<sup>33</sup>.

En materia de contratación pública, el significado del principio de transparencia ha sido bien definido (y dimensionado) 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)<sup>34</sup>.

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, *Acosef*, al afirmar que «los principios de igualdad de

---

nueva no es solo una moda que pasará. Debe ser uno de los paradigmas sobre los que reformar nuestro modelo de organización y actividad administrativa. Vid. R. GARCÍA MACHO, Presentación del libro, *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 8.

<sup>33</sup> S. ARROWSMITH ha identificado certeramente los cuatro ejes esenciales: a) asegurar una publicidad adecuada de las licitaciones que garantice el conocimiento por los potenciales interesados de las posibilidades de contratación; b) garantizar que los poderes adjudicadores ponen en conocimiento de los potenciales licitadores las reglas o criterios de adjudicación de los contratos; c) favorecer la consolidación de un sistema que limita en lo posible las facultades discrecionales de los órganos de contratación; d) facilitar que se pueda verificar que se han cumplido las reglas que han de observarse y, en su caso, poder garantizar su respecto a través de un sistema de recursos que tenga por finalidad hacer cumplir las normas observables. "The revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions", *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*; Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pág. 286.

<sup>34</sup> Sobre esta cuestión, vid. el trabajo de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, "Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública", en el libro: *Por el Derecho y la libertad*, Vol. II, Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, Lustel, Madrid, 2014, pp. 1901 a 1931. 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, apartado 91, y de 12 de marzo de 2008, *Evropaiki Dynamiki*, apartado 142 y siguientes).

trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que 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>35</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).*

---

<sup>35</sup> En esta línea de exigencia de publicidad adecuada pueden recordarse las sentencias del TJUE de 13 de abril de 2010, *Landgericht Frankfurt am Main*; de 9 de septiembre de 2010, *Ernst Engelmann* y de 3 de junio de 2010, *Raad van State*.

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 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>36</sup>. También, debe servir para evitar que mediante fraccionamiento del objeto contractual –que “alteran” el

---

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, apartado 111. También STJUE de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, apartado 44 y STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, apartados 33 y 34.



nivel de publicidad- se eludan los principios de publicidad y concurrencia<sup>37</sup>, o modificados de los contratos ya celebrados, alterando el objeto se eludan el principio de igualdad de trato, falseando la concurrencia<sup>38</sup>. Y lo mismo con una inadecuada tipificación de la prestación (lo que aconseja la extensión de la aplicación de los códigos CPV)<sup>39</sup>.

La transparencia en la contratación pública, como principio instrumental, exige una implementación compatible con su finalidad<sup>40</sup>. 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>41</sup>. Los medios electrónicos y la transición hacia la compra pública electrónica, se manifiestan, en este contexto, como un eje de reforma irrenunciable, si bien parece existir, como destaca M. CAÑO, cierta falta de

---

<sup>37</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>38</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>39</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>40</sup> Interesa la Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública, que da cuenta de posibles acciones para asegurar la máxima concurrencia.

<sup>41</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)).

visión<sup>42</sup>. Lo que puede explicarse, como ha advertido M. RAZQUIN, por la lenta puesta en marcha de la administración electrónica<sup>43</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 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

---

<sup>42</sup> M. CAÑO, “La nueva contratación pública: cuadro para una exposición”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.177/relcategoria.121/reldata.3/chk.4308fc461a71df71b1729e420f574f9b>. Sobre las posibilidades de la contratación electrónica resulta de interés la monografía de R. MARTINEZ RODRIGUEZ, *La contratación pública electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. El *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación electrónica en la UE* (Documento COM 2010 (571) Final), publicado por la Comisión Europea en octubre de 2010 ha definido la contratación pública electrónica de forma general, incluyendo no sólo los procedimientos de contratación efectuados íntegramente por medios electrónicos (noción estricta) sino también la utilización de las TIC en cualquier fase de los procedimientos de contratación pública (noción amplia). Resulta de interés la Comunicación de la Comisión de 2013 titulada “Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública” (Documento COM (2013) 453 final).

<sup>43</sup> M. RAZQUIN LIZARRAGA, “La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales”, RAP núm. 186, 2011, p. 57.

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<sup>44</sup>. 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

---

<sup>44</sup> Sobre la Plataforma de contratación del sector público puede consultarse GARCÍA JIMÉNEZ, A., “La Plataforma de contratación del Sector Público y su incidencia en las Entidades Locales”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 24, 2014, p. 2661 a 2670. Y R MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “La transparencia (y la reserva de información) en el urbanismo y la contratación pública. límites legales a las potestades discrecionales y la aportación de las TIC”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 34, 2014

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>45</sup>. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por

---

<sup>45</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.

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<sup>46</sup>.

### **3.- La revisión de las prácticas que permiten opacidad y favorecen la corrupción. Posibles 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

---

<sup>46</sup> Nos encontramos así ante una barrera de entrada para nuevos operadores económicos que introduce, a mi juicio, 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.

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 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>47</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>48</sup>.

Respecto a la elección de procedimientos, debe insistirse en la correcta utilización del procedimiento negociado en España<sup>49</sup>. El procedimiento de licitación con negociación, regulado en el artículo 29, está contemplado en el

---

<sup>47</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>48</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, apartado 111.

<sup>49</sup> El Dictamen nº 4/2011 del Tribunal de Cuentas Europeo sobre el Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Literalmente se afirma que: «cabe señalar que, aun cuando la generalización de los procedimientos negociados considerada en el Libro Verde constituye una herramienta valiosa para la apertura de los mercados y el incremento de la eficiencia de los procedimientos, también es cierto que pueden tener efectos nocivos para el objetivo de prevenir el fraude y la corrupción al conceder más facultades discrecionales a los poderes adjudicadores. El posible uso generalizado del procedimiento negociado entraña riesgos que pueden requerir un esfuerzo desproporcionado para su control. [...] demasiada flexibilidad en los procedimientos presenta un riesgo de abuso y discriminación».

Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (ACP) , siempre que se contemple en el anuncio de licitación<sup>50</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>51</sup>. La normativa comunitaria “extiende” la aplicabilidad de este procedimiento, considerado muy útil en ciertos supuestos<sup>52</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>53</sup>. Existen, pues, varios supuestos dónde los procedimientos que incluyen negociación pueden ser especialmente útiles<sup>54</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.

---

<sup>50</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>51</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>).

<sup>52</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>53</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>54</sup> En este sentido se expresan los Considerandos 42 y 43 de la Directiva 2014/24.

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>55</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 útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación<sup>56</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

---

<sup>55</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.

<sup>56</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. GALLEGRO 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.



negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de este<sup>57</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>58</sup>. Es este, por tanto, un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente<sup>59</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, *Nordecon AS*, 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 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.*

---

<sup>57</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>58</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>59</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.

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>60</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 casos de sin publicidad por cuantía-, no solo porque se ha entendido que, para estas

---

<sup>60</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.

cuantías existe libertad de elección, sin necesidad de una motivación especial<sup>61</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>62</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 (en este mismo sentido el Acuerdo 8/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). 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>63</sup>. En esta línea de “reducción de opacidad” conviene revisar la conveniencia del mantenimiento (o, al menos, sus cuantías) de procedimiento simplificado del contrato menor —

---

<sup>61</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>62</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>63</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

que en muchas ocasiones sirve para fragmentar el objeto del contrato<sup>64</sup>— por mucho que convenza desde la utilidad práctica de la gestión<sup>65</sup>) en tanto se restringe indebidamente la concurrencia (se confunde gasto menor con contrato menor identificando éste con la adjudicación directa sin concurrencia)<sup>66</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 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>67</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,*

---

<sup>64</sup> El Informe 9/2009, de 15 de junio de 2009, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía sobre fraccionamiento y contratos menores señala sobre esta cuestión lo siguiente: «[...] Los diversos aspectos planteados por el órgano consultante en torno a la problemática del fraccionamiento en la contratación pública, se encuentran íntimamente unidos a la categoría legal de los contratos menores ya que, en la generalidad de los casos, el uso de la contratación menor y su apariencia de legalidad constituye el cauce habitual que se emplea para incumplir los correspondientes preceptos legales sobre publicidad y sobre procedimiento de adjudicación.». Y más adelante prosigue: «[...] debe comprenderse que la tramitación del contrato menor exige cumplida acreditación de su objeto e importe; requisitos estos que, si bien son exigibles de cualquier tipo de contrato, en éste son absolutamente relevantes por su carácter definitorio y por constituir factores que condicionan su propia existencia, validez y operatividad, en tanto que se eligen en presupuesto normativo para acudir al régimen jurídico excepcional que le es propio.»

<sup>65</sup> Así lo valora positivamente J.M. GALÁN DEL FRESNO, «La regulación del contrato menor en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, 2009, núm. 84, pp. 57 y ss.

<sup>66</sup> Idéntica opinión sostiene 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», *op. cit.*, p. 212. Esta figura exigirá consulta vía correo electrónico en tres licitaciones y limitar la acumulación de contratos idénticos en un mismo contratista.

<sup>67</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.*»

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>68</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. El elemento común a todos los 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>69</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

---

<sup>68</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>69</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.

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>70</sup>. Así, 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>71</sup>.

---

<sup>70</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 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>71</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.

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>72</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).

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).*

---

<sup>72</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.

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 ya se recordaba en la STJUE de 4 de junio de 2003 (GAT)<sup>73</sup>. Cuestión distinta es que

---

<sup>73</sup> Recuérdese que esta era ya la doctrina fijada en la STJUE de 20 de septiembre de 1988, *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: “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



se valore la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido "intelectual", y para ello resulte relevante los medios personales que se adscriben al contrato, tal y como pone de relieve la STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13, en el que se considera una licitación de un organismo portugués que incluía la experiencia del equipo profesional como

---

*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). Criterio consolidado igualmente en España. La Sentencia Tribunal Supremo de 31 octubre 2014 (RJ 2014\5440) insiste en la doctrina sobre ilegalidad de la experiencia como criterio de adjudicación: "En la Sentencia de 11 de julio de 2006 (RJ 2006, 8471) , recurso de casación 410/2004, FJ 7º de la Sección Cuarta de esta Sala se recordaba que " este Tribunal en Sentencia de 24 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4013) , recurso de casación 7759/1999 , ha sostenido que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa esencial en nuestro ordenamiento. Criterio que se reiteró en la Sentencia de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7426) , recurso de casación 2029/2000 al declarar que "si el criterio de la experiencia está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea resulta indiscutible que no podrá ser consignado en los Pliegos de Condiciones Particulares". Asimismo en la de 28 de febrero de 2005 (RJ 2005, 3453) , recurso de casación 161/2002 se afirmó que la valoración de la experiencia no se compadece estrictamente con la legislación comunitaria pero en dicha cuestión no se entraba al no haber sido alegada por las partes.*

*Por ello en la Sentencia de 5 de julio de 2005 (RJ 2005, 5205) , recurso de casación 852/2003 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valencia que anulaba el Pliego de condiciones de un concurso recurrido por un licitador, entre otros puntos, por la valoración de la experiencia en contratos de gestión de servicios similares. Otro tanto acontece con la Sentencia de 28 de abril de 2005 (RJ 2005, 4702) , recurso de casación 418/2003 , al rechazar asimismo un recurso de casación deducido por un Ayuntamiento contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había estimado un recurso del Abogado del Estado contra un acuerdo de un Ayuntamiento relativo a la adjudicación de un concurso en que se valoraba la experiencia de empresas que la hubiesen adquirido precisamente en Cataluña. Se declaró que no cabía acoger la alegación municipal relativa a que la escasa puntuación asignada a la experiencia hacía que el citado criterio resultase prácticamente irrelevante. También en la Sentencia de 10 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3495) , recurso de casación 44/1999 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento frente a sentencia dictada por la Sala de lo contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife que anula el pliego de condiciones económico administrativas y el acuerdo de adjudicación de un concurso impugnado por un licitador dado que se exigía una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable lo que infringía el principio de libre concurrencia ya establecido en el art. 13 de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965, 771 y 1026) .*

*La pervivencia de cláusulas como la aquí controvertida en los Pliegos de Condiciones resulta notoria a este Tribunal al haber examinado recursos de casación en que era objeto de impugnación la puntuación derivada de los criterios de valoración asignados al concepto experiencia (entre otras Sentencias las de 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8416) , recurso de casación 7065/1994 ; 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 31) , recurso de casación 5769/2001 ; 23 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3460) , recurso de casación 2129/2002 ) , o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase ( sentencia 13 de abril de 2005, recurso de casación 7987/2000 ; sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511/2002 ; sentencia de 24 de enero de 2006 (RJ 2006, 2726) , recurso de casación 7645/2000 ; sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677/2003; sentencia de 5 de junio de 2006 (RJ 2006, 3211) , recurso de casación 9067/2003 )".*

criterio de adjudicación<sup>74</sup>, que concluye que no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros<sup>75</sup>.

Todas estas medidas deben conducir a laminar la corrupción. Y como complemento necesario, debe asumirse la nueva cultura de la “contratación electrónica”, que permite (bien utilizada), reducir los espacios a la arbitrariedad o prácticas clientelares. No solo porque favorece una mayor concurrencia (al eliminar obstáculos burocráticos), sino porque con los mismos no hay espacio para la opacidad, lo que obliga a explicar y motivar las decisiones que se adoptan<sup>76</sup>.

#### **4.- La transparencia en la ejecución de los contratos públicos.**

Interesa destacar una importante medida introducida por la Directiva sobre contratación pública al regular los modificados contractuales<sup>77</sup>, se refiere a la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego (artículo 72.1, último inciso)<sup>78</sup>. Posibilidad ya

---

<sup>74</sup> Se fijaba el criterio valoración del equipo un cuarenta por ciento en la ponderación. La puntuación se asignará teniendo en cuenta la constitución del equipo, la experiencia probada y el análisis curricular.

<sup>75</sup> Así debe interpretarse la mención del apartado 67.2 b) de la Directiva 2014/24, que lo 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.

<sup>76</sup> Como bien indica M. CAÑO, “*la transición a la contratación pública electrónica es un reto adaptativo. No es un reto tecnológico. Como reto adaptativo requiere la intervención de todos los individuos del grupo al que afecta la contratación pública para que pueda llevarse a cabo la transición al formato electrónico*”. “El ecosistema necesario para una transición óptima a la Contratación Pública electrónica en Europa”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.97/relcategoria.121/relmenu.3/chk.c84bba67f9ba4e8678930afa9ec8f962>.

<sup>77</sup> Por todos, J.M. GIMENO FELIU, “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.; I. GALLEGO CORCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública” en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167 y J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015, pp. 65-89

<sup>78</sup> Así se prevé en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que ex artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado –independientemente de su importe– y su modificación a los licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de

reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica*. En esta Sentencia, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Tribunale amministrativo regionale per la Puglia* (Italia), mediante resolución de 19 de diciembre de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de marzo de 2013, en el procedimiento entre *Idrodinamica Spurgo Velox srl* (y otros) y *Acquedotto Pugliese SpA* (empresa pública cuyo único accionista es la Regione Puglia). El TJUE argumenta lo siguiente:

*“ 39. A este respecto, debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña una modificación de la decisión de adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trata, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación. En dicho supuesto, habrían de aplicarse las medidas pertinentes previstas por el Derecho nacional para remediar tal situación irregular, que pueden llegar hasta la organización de un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia Wall, C-91/08, EU:*

*40 Además, procede señalar que una posibilidad, como la prevista en el artículo 43 del Decreto Legislativo nº 104/2010, de plantear «nuevos motivos» en el marco de un recurso inicial interpuesto dentro de los plazos contra la decisión de adjudicación del contrato, no constituye siempre una alternativa válida de protección jurisdiccional efectiva. En efecto, en una situación como la del asunto principal, los licitadores estarían obligados a impugnar in abstracto la decisión de adjudicación del contrato, sin conocer en dicha fase, los motivos que justifican dicho recurso.*

*41 En consecuencia, el plazo de 30 días establecido por la normativa nacional para interponer recurso contra la decisión de adjudicación del contrato debe correr de nuevo para permitir comprobar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora por la que se autorizó la*

*modificación de la composición de la unión adjudicataria, que puede incidir en la legalidad de la decisión de adjudicación del contrato. Dicho plazo empieza a correr a partir de la fecha en la que el licitador recibió la notificación de la decisión por la que se autorizaba la modificación de la composición de la unión adjudicataria o en la que tuvo conocimiento de la misma”.*

Por ello, el TJUE concluye que:

*“el plazo para la interposición de un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato debe empezar a correr de nuevo cuando la entidad adjudicadora adopta una nueva decisión, con posterioridad a esa decisión de adjudicación pero antes de la firma del contrato, que pueda afectar a la legalidad de dicha decisión de adjudicación. Ese plazo empieza a correr a partir de la comunicación a los licitadores de la decisión posterior o, en su defecto, a partir del momento en que éstos tienen conocimiento de la misma.*

*Cuando un licitador llega a conocer, tras el vencimiento del plazo establecido por la normativa nacional para interponer recurso, una irregularidad supuestamente cometida antes de la decisión de adjudicación de un contrato, sólo puede recurrir contra dicha decisión dentro ese plazo, salvo disposición expresa del Derecho nacional que garantice tal derecho con arreglo a la normativa de la Unión.”*

La finalidad de esta exigencia (que en España ya se aplica en Aragón y Navarra), es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales<sup>79</sup>, así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal<sup>80</sup>. Para ello

---

<sup>79</sup> Vid. A. I. BELTRAN GOMEZ, “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, en [www.obcp.es](http://www.obcp.es), 8 de octubre de 2012.

<sup>80</sup> El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que «II. *Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1 000 000 € para los contratos de obras, y de 100 000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley*

estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados<sup>81</sup>.

Frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración<sup>82</sup>. No en vano una modificación ilegal es una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, apdo 34), y por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial<sup>83</sup>. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad<sup>84</sup>. El concepto amplio de decisión se

---

29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos».

<sup>81</sup> La posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «*ius variandi*» en la medida en que esta juega la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA: “Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «*ius variandi*»”.

<sup>82</sup> Vid. las oportunas reflexiones al respecto de I. GALLEGO CÓRCOLES «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, nº 113 (2011), p. También. M.A BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución...”, ob. Cit., pp. 203-208.

<sup>83</sup> Como bien ha recordado J.A. MORENO MOLINA, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (*La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, 101.. Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

<sup>84</sup> Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad *ex artículo 37 TRLCSP*, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e

impone, optando, nuevamente, por criterio funcionales relacionados con la causa del contrato.

Desde esta perspectiva es como debe analizarse la problemática administrativa analizada recordando que toda autoridad pública tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario<sup>85</sup>. Por ello, sin concurrir los requisitos de la modificación debe licitarse la nueva necesidad<sup>86</sup>.

Por lo demás, y como ya hemos advertido en anteriores trabajos, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes<sup>87</sup>, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras –exigiendo el replanteo previo antes de la aprobación del proyecto<sup>88</sup>- y,

---

instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción.)

<sup>85</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>86</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*”.

<sup>87</sup> Sorprende, cuando menos, que en los supuestos de contratos de colaboración pública privada, donde realmente existe transferencia de riesgos en la construcción, no suele darse los supuestos de modificación contractual. Y ello porque el beneficiado con este cumplimiento correcto es el propio contratista. Por todos, sobre esta ventaja del contrato de CPP en el cumplimiento en fase de ejecución, me remito a T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 665 y 666. En el Reino Unido se exploró ya esta modalidad contractual a través de los *Project Finance Initiative* (PFI), que se configuran como instrumentos para un efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión de sector privado y donde el criterio rector de estas PFI es el “*Value for Money*” en tanto parámetro de eficiencia. Al respecto resulta de interés el estudio de J. DE LA CRUZ FERRER, “Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 2 y 3, 2000, pp. 471-486 así como el trabajo de E. NIETO GARRIDO, “La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido”, *RAP* núm. 164, 2004, pp. 389-406.

<sup>88</sup> Como bien proponía R. CASTAÑEDA SÁNCHEZ en su trabajo *Reflexiones sobre la supervisión de proyectos: ¿cuándo y cómo la supervisión de proyectos?*”. *Revista de Obras*

en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto<sup>89</sup>. Como indica J. COLAS, es obvio, pues, que no sirven las tradicionales «*cláusulas de estilo*», que pueblan y anidan en los pliegos de las entidades del sector público, para dar por cumplido el requerimiento de previsión que el precepto exige. Se exige rigor, no improvisación, objetividad, no mero parecer; y posibilidad de verificación, no adivinación o intuición<sup>90</sup>.

### **5.- Conclusiones: la necesidad de “rearmar” un modelo de contratación pública desde la lógica de los principios de transparencia y de integridad.**

El objetivo de integridad - reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>91</sup> - forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley orgánica 1/2008, de 31 de julio)<sup>92</sup>. Hay que corregir y laminar el riesgo de la corrupción, que es la más grave patología en un estado

---

Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos, Número 3443, 2004, pp. 19-30.

<sup>89</sup> La cuestión de la responsabilidad del autor del proyecto es un elemento clave para regular esta problemática. Así lo habían entendido ya en el Derecho Romano. Como indica J.M. DE LA PEÑA OLIVAS, ya antes de Cristo, debían ser corrientes los modificados de obra. Según Vitrubio, que fue arquitecto de Julio Cesar, en Éfeso existía una ley por la que se obligaba al arquitecto cuando se le encargaba dirigir una obra pública, a fijar el coste máximo y, fijada esta cantidad quedaban hipotecados todos sus bienes ante el magistrado hasta que la obra estuviera totalmente terminada. Acabada ésta, si el coste había respondido a lo estipulado, quedaba el arquitecto libre y era premiado con decretos honoríficos; en caso contrario, si el exceso no sobrepasaba el 25%, la diferencia se pagaba con dinero público y el arquitecto no quedaba sometido a pena alguna, mientras que el exceso del 25% se abonaba con cargo a los bienes del arquitecto. “Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano (Nuevos Elementos de Ingeniería Romana)”, III Congreso de las Obras Públicas Romanas. Astorga 2006, Junta de Castilla y León - Colegio de Ingenieros T. de O. P , p. 354.

<sup>90</sup> J. COLAS TENAS, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible”, ob. Cit., p. 269.

<sup>91</sup> La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción entró en vigor en diciembre de 2005, y la UE se adhirió a ella en septiembre de 2008, concretamente en virtud de la Decisión 2008/801/CE del Consejo, de 25 de septiembre (DOUE L 287, de 29 de octubre).

<sup>92</sup> Por todos, J. PONCE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2001; 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; J. TORNOS MAS, «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor doctor Lorenzo Martín-Retortillo. Volumen I*. Zaragoza: Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y otros, 2008, pp. 629-642 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.

de derecho y que supone negar el derecho a una buena administración<sup>93</sup>. Por el contrario, una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada<sup>94</sup>.

La importancia económica de la contratación y su marcado carácter estratégico alejado de una visión burocrática, justifica este interés de las instituciones comunitarias, que han diseñado una arquitectura institucional del nuevo “paquete legislativo comunitario”, que tiene como pilares los principios de transparencia, eficiencia e integridad<sup>95</sup>. Principios que no se limitan a las

---

<sup>93</sup> 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. Sin duda, la prevención ética es una cuestión exigible a todas las partes de la contratación pública. “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 Garces 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 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>94</sup> El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre “*Contratación pública y gestión de la hacienda pública*”, donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

<sup>95</sup> Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al excelente trabajo de J.A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II. Resultan de interés las aportaciones de J.M.



fases de preparación y adjudicación ya que la “eficiencia contractual” también está ligada a la obtención del fin perseguido por el contrato<sup>96</sup>.

Estos principios –que son la filosofía de la contratación pública- son de aplicación para cualquier tipo de contrato público al margen de su importe y no es admisible una interpretación “relajada” por tal circunstancia. Desde el primer considerando de la nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, se resalta la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos por o en nombre de las autoridades de los Estados Miembros (una previsión similar, como es sabido, se recogía el considerando segundo de la Directiva 2004/18/CE). Se identifican estos principios con los reconocidos por “el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia” y se hace alusión reiterada a los mismos a lo largo de toda la exposición de motivos de la Directiva (considerandos 12, 31, 40, 58, 68, 101, 114 y 136)<sup>97</sup>. Principios que, debe insistirse, se aplican a todo contrato, al margen del concreto importe, en tanto tienen su fundamento en el TFUE. Esto significa que los referidos principios comunitarios inherentes a la contratación pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no

---

BAÑO LEÓN, “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 151. Enero-abril 2000, pp. 11-37; D. ORDOÑEZ SOLIS, *La contratación pública en Europa*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 36-51.

<sup>96</sup> Vid. J.M., GIMENO FELIÚ, *Las reformas Legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 24. En la doctrina italiana puede consultarse a G. RACCA, “La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici”, *Rivista Diritto Amministrativo* 2010, p. 325. No en vano los cambios y variaciones en la ejecución suelen comportar un beneficio indebido para el contratista adjudicatario, rompiendo los principios comunitarios. Así lo afirman G. RACCA, R. CAVALLLO y G. ALBANO en “Competition in the execution phase of public procurement”, en la revista *Public Contract Law Journal*, vol. 41, núm. 1, 2011, p. 89

<sup>97</sup> Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J.A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II. Igualmente es interesante el Dictamen del Comité Económico y Social europeo sobre la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales», la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación pública», y la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión» (DOUE C 191, de 29 de junio de 2012), y el Dictamen del Comité de las Regiones — Paquete en materia de contratación pública (2012/C 391/09), publicado en DOUE de 18 de diciembre de 2012.

“armonizado”, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral. Para ello, deben articularse, en la próxima norma de transposición en España, las ideas expuestas<sup>98</sup>.

La transparencia en la contratación pública, además de fomentar la concurrencia y la eficiencia, debe servir como instrumento de rendición de cuentas<sup>99</sup>. 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>100</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

---

<sup>98</sup> Sorprende, no obstante, el escaso interés político hasta fechas recientes sobre esta materia. Testimonialmente puede recordarse la *Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción* presentada por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia, publicada en Boletín Oficial de las Cortes Generales (Serie B, nº 36-1) de fecha 5 de enero de 2012. Por el contrario, en Italia destaca la aprobación del Informe de la Comisión Para el Estudio de elaboración de medidas para la prevención de la corrupción (octubre 2012), coordinado por R. GAROFOLI, *“La corruzione in Italia - per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma”*.

<sup>99</sup> La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública. Ya lo explicaba Platón —cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad— en el segundo libro de la República expone el mito del pastor GIGES. (República, L. II, 359c-360d). En este mito se plantea el dilema moral del hombre, que en caso de poseer un anillo de invisibilidad que le brinda todo el poder para actuar en secreto y con total impunidad, va a actuar, desafortunadamente según muestra la experiencia general, en beneficio propio y de forma deshonesto e injusta.

<sup>100</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.

supone «sacar» de la penumbra esta modalidad contractual. 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 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”. Pero no se cumple este principio con un portal que sea mero repositorio de información no sistematizada y lista interminable de datos<sup>101</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>102</sup>. Para este objetivo puede resultar muy útil la incorporación de

---

<sup>101</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>102</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

sistemas de auditoría de costes y precios de contratos públicos (o auditoría de contratos)<sup>103</sup>. De esta manera el precio de los contratos respondería a una realidad y racionalidad del coste de producción y en donde la retribución del contratista sería un beneficio equilibrado y adecuado al valor, el esfuerzo y el riesgo asumido. La auditoría de contratos contribuye a conseguir el objetivo de transparencia en las compras públicas, previene la corrupción y propicia que los responsables de las adquisiciones públicas hagan compras prudentes y eficaces, porque dispondrían en su mano de una información económica y financiera apropiada relacionada con las materias objeto de los contratos; y una información acerca de la eficiencia y economía de las operaciones de los contratistas.

Los cambios propuestos obligan a una “profunda” reforma normativa. Pero no es suficiente, pues el cambio que se propone obliga a abordar de forma ineludible 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>104</sup>. Objetivo que

---

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 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>103</sup> Propuesta que viene defendiendo, sobre la experiencia norteamericana, J.C. GOMEZ GUZMAN. Pueden consultarse sus opiniones “Auditoría de costes y precios de contratos públicos” (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.144/relcategoria.121/relmenu.3/chk.4b6869f339a2390b6c9b541de0690529>) y “Directiva 2014/24/UE y auditoría de contratos”, (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.151/relcategoria.208/relmenu.3/chk.c1c348625fbaea50fef3371f7782ff79>). Más información se puede encontrar en: <http://www.auditoriadecontratos.com>.

<sup>104</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. Aquí, el principio de

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*.

Además, y como consustancial a la 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>105</sup>. Una adecuada profesionalización –y “descontaminación política” de decisiones estrictamente administrativas, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad<sup>106</sup>.

Son tiempos de necesarios cambios. El nuevo marco regulatorio de la Unión debe ser una oportunidad para acotar las malas prácticas y la corrupción en los contratos públicos y repensar tanto 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

---

transparencia engarza con el derecho-deber a una buena administración, del que resulta consustancial una gestión íntegra. Vid. L. PRATS I CATALÀ, «La Lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración», *Cuadernos de Derecho Público*, 2007, núm. 31, pp. 13 y ss. Como concluye (p. 29): «Sin duda el establecimiento de principios de buena administración apropiados para cada ámbito de actuación administrativa, elaborados deliberativa y en consulta con todos los concernidos, interiorizados por políticos, funcionarios y usuarios, y bajo la vigilancia atenta de los órganos de control administrativo, social y judicial, son un buen camino para el objetivo aristotélico de impedir que a los corruptibles, que somos todos, no nos salga a cuenta convertirnos en corruptos y que éstos, que habrían de ser pocos, sean conscientes de que lo son y de que harta es la probabilidad que caiga sobre ellos el peso de la ley y de la infamia».

<sup>105</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>106</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.

cuentas, además de repensar cual debe ser la “mejor” organización administrativa<sup>107</sup>.

Sólo así, en palabras del profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, se podrá evitar el fantasma de la corrupción<sup>108</sup>. Nueva gobernanza de la contratación pública que debe coordinarse con las necesarias medidas de regeneración democrática (y de ejemplaridad pública)<sup>109</sup>, que permitan asentar nuestro sistema institucional público<sup>110</sup>.

Es momento de revisar en profundidad nuestro modelo jurídico y práctico (es una oportunidad) pues, como ya advirtiera Albert Einstein, “*no podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo*”.

---

<sup>107</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 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. Muy elocuente sobre esta visión relativa a la organización como obstáculo, el trabajo de F. FRACHIA, “L’amministrazione come ostacolo”, en Rivista Il diritto dell’economia, vol. 26, n. 81 (2-2013), pp. 357-393. Como advierte con carácter general, pero claramente aplicable a la contratación pública, sin transparencia ni concurrencia, con regímenes excepcionales, se pone en peligro la democracia

<sup>108</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>109</sup> Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo Javier Gomá, en su obra *Ejemplaridad pública*, Taurus, 2009.

<sup>110</sup> No puede desconocerse el dato de 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. Vid. el libro colectivo dirigido por J. PERNAS *Contratación pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 y mi monografía *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., en especial, pp. 39-60.