

REGLAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Texto ponencia V Seminario de contratación pública. Formigal, septiembre de 2014

José María Gimeno Feliu.

**Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza
Presidente Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón**

(gimenof@unizar.es)

(www.unizar.es/gimenof)

I.- INTRODUCCION: Significado de los contratos públicos.

El sector de los contratos públicos es, hoy en día, de máxima actualidad no sólo por novedades de índole jurídica, sino también por la incidencia que el mismo tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados¹. La contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar y reflexionar la función y el efecto de la transparencia y de la igualdad de trato (y de su función de implementación de políticas públicas). Y ello por dos motivos principales. Primero, por que el impacto económico de los contratos públicos es de tal dimensión que afecta a la consecución del objetivo del mercado interior y desarrollo de la actividad económica transfronteriza. Los últimos estudios publicados por la Comisión Europea son elocuentes: en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del Producto Interior Bruto (PIB) europeo y en el 2010 más del 19 por ciento². Este impacto económico explica, por sí, los motivos de esta normativa de contratos públicos, que debe servir para construir el mercado interior y consolidar un modelo de relaciones contractuales orientadas a la máxima eficiencia de los fondos públicos. Y, para ello, desempeñan un papel muy importante los principios de la contratación pública de igualdad de trato y no discriminación, si bien pueden destacarse como ejes vertebradores del modelo de compra pública los siguientes:

La primera, que el objetivo principal de esta normativa comunitaria garantizar la eficiencia de los fondos públicos. Para ello, resulta necesario fomentar una concurrencia efectiva que permita un mayor número de ofertas competitivas. A tal fin debe procurarse un modelo de transparencia que permita una concurrencia y efectiva comparación de ofertas. Lo que exige un contexto de predictibilidad de normas y de confiabilidad en el modelo de compra, vinculado a la idea o regla de la integridad. Principios alejados de una visión burocrática de la contratación pública, que lo que pretenden es modernizar y racionalizar los modelos productivos y de provisión de servicios desde una perspectiva estratégica tanto en la planificación como en la adquisición y ejecución de los contratos públicos. En pleno siglo XXI, caracterizado por una globalización económica y una competencia sobre modelos diversos de productividad, la estrategia sobre como realizar las adquisiciones públicas, se presenta

¹ Vid mi monografía *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 16 a 18.

² 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 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, 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, 19.3% de Francia o 30.9% que significan en Holanda. En 2011, se ha medido en un impacto del 15.5 del PIB. *Public Procurement Indicators 2011*, de 5 de diciembre de 2012. El valor estimado de los contratos que no superan los umbrales de aplicación de las Directivas de contratos públicos se estima en 102 billones a nivel de la Unión Europea, aunque no hay datos disponibles de lo que suponen en España según el Documento de trabajo de la Comisión *Annual Public Procurement Implementation Review 2012* (SWD(2012) 342 final, de 9 de octubre de 2012), p.15.

como la principal elemento diferenciador en la propia configuración del modelo económico y social. Muy directamente relacionado con el principio de integridad, debe reseñarse la importancia del principio de transparencia, como instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 e diciembre de 2000, ARGE). Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta: a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales; b) como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados.

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

Esto explica que la publicidad no es —ni puede serlo— un mero principio formal. La publicidad, mediante los instrumentos que se utilicen —técnicos y regulatorios— debe generar competencia o concurrencia empresarial, tal y como bien advierte la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, al afirmar que «los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que 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)³.

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

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

*67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). **El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la***

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

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 trate⁴. También, debe servir para evitar que mediante fraccionamiento del objeto contractual –que “alteran” el nivel de publicidad- se eludan los principios de publicidad y concurrencia⁵, o modificados de los contratos ya celebrados, alterando el objeto se eludan el principio de igualdad de trato, falseando la concurrencia⁶.

Y lo mismo con una inadecuada tipificación de la prestación, lo que aconseja la extensión de la aplicación de los códigos CPV⁷.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, «Succhi di Frutta», apartado 111.

⁵ Me remito a mi opinión en 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.

⁶ 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.

⁷ 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.

La transparencia en la contratación pública, como principio instrumental, exige una implementación compatible con su finalidad, optando por 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 licitadores⁸.

Es este aspecto la legislación española manifiesta 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 su error de fragmentación del modelo de publicidad –debilidad detectada en el Informe CORA- ha modificado el sistema de transparencia de la contratación pública mediante la Ley 20/2013, de 9 de diciembre,

⁸ Un ejemplo de lo contrario, y paradigma de la patologías en España, lo encontramos en la sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2013 (, asunto T-384/10, *España/Comisión*). En esta sentencia se relatan una serie de irregularidades relativas al incumplimiento por parte de las autoridades españolas de las normas en materia de contratación pública tras la auditoría de determinados contratos relativos al abastecimiento de agua a poblaciones ubicadas en la cuenca hidrográfica del río Guadiana. Estas malas prácticas comprenden: el fraccionamiento artificial del contrato con el fin de eludir la obligación de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea; la inclusión entre los criterios de adjudicación 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 negociados sin la concurrencia de las circunstancias que lo posibilitan; la previsión de un procedimiento de «preadjudicación» y, finalmente, el establecimiento de un plazo insuficiente para la presentación de las ofertas.

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, se introduce la obligación de publicar en la Plataforma de Contratos del Sector Público toda licitación pública de cualquier poder adjudicador, sea o no estatal. Y ello, sobre el fundamento de la unidad de mercado, con apoyo en el artículo 139 CE, del que deriva esta obligación de “uniformidad jurídica de los sistemas de publicidad”. De ese modo, cualquier operador jurídico, con independencia de su procedencia, podrá conocer cuál es el objeto de la licitación y decidir si resulta de su interés o no.

La obligación es de alcance general. Así, los órganos de contratación no pertenecientes al Sector Público Estatal cuentan con dos alternativas:

A) Adhesión a la Plataforma de Contratación del Sector Público, alojando su perfil del contratante en la misma.

B) Agregación de información en la Plataforma de Contratación del Sector Público mediante mecanismos de interconexión, manteniendo su perfil del contratante fuera de la Plataforma de Contratación del Sector Público, pero notificando a esta la información que se publica.

Para favorecer la aplicación de esta previsión la Administración General del Estado ha publicado una Guía explicativa que facilite el cumplimiento de esta obligación legal, aclarando las características de cualquiera de las dos opciones. Pero lo que resulta evidente es que la obligación de publicidad en la PCSP no está sometida a condicionantes que limiten su eficacia, de tal manera que, la omisión de esta

publicidad (de la que dependerán los plazos para presentar solicitudes de participación), que no es una mera formalidad, tendrá consecuencias jurídicas al existir claramente una infracción jurídica que comportara la existencia de un vicio de invalidez.

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

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

Esta «deslegalización procedimental» parece peligrosa, pues pueden proliferar distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que pueden ser 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 potenciando la compra del «cercano» e impidiendo el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala e impedir el 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. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública.

Hubiera sido mejor introducir flexibilización (tramitación simplificada, documentación de solvencia sólo exigible al adjudicatario propuesto, medios electrónicos, etc.) pero uniforme para todos estos supuestos de descentralización funcional. El sistema dual normativo en contratos no armonizados abre, por tanto, un portillo peligroso que puede derivar en la inaplicación de hecho 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 comunitario⁹.

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. En definitiva, la medida adoptada por la Ley de Unidad de Mercado es acertada. Nada impide que las Comunidades Autónomas tengan sus propios sistemas de información en tanto se prevé la interconexión de sistemas. Es más, puede incluso resultar conveniente que sean estas las que contengan las distintas licitaciones de los distintos poderes adjudicadores en su territorio (lo que podría favorecer el objetivo de agregación de toda la información)¹⁰.

II.- EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Esta importancia económica y social de los contratos públicos aconseja reforzar la visión de compra pública desde la integridad, en tanto la realidad nos presenta como en este escenario concurren numerosos casos de corrupción y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas¹¹ y, por supuesto, pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas¹².

⁹ Me remito a mi opinión en www.obcp.es, de marzo de 2012: “Unidad de mercado y contratación pública: redefiniendo los perfiles de contratante”.

¹⁰ Vid. J.M., GIMENO FELIU, *Novedades de la Ley de Contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 56-68.

¹¹ La corrupción genera pérdidas en la economía de la UE que se estiman en unos 120.000 millones de euros al año (1% del PIB europeo) y, conlleva la distorsión del funcionamiento del mercado interior (Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio, pág. 3). 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.

¹² Estudio de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*. Madrid: INAP, 2010, como el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos, de 25 de junio de 2008- SEC(2008) 2193-). Vid. J. M. GIMENO FELIU, «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2010, núm. 147, pp. 517-535. Lo acaba de poner de manifiesto el Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE presentado por la Comisión (3 de febrero de 2014): <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>. Resultan de interés las reflexiones de J. VAZQUEZ MATILLA, “La corrupción una barrera a la eficiencia e

No en vano es, son duda, el mercado de los contratos públicos donde existen “mayores tentaciones” y ofrecen más oportunidades a la corrupción que las licitaciones en el sector público¹³. De hecho, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que “el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea”¹⁴ 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”¹⁵.

La Unión Europea viene insistiendo en esta idea y es abiertamente combativa contra los supuestos de corrupción¹⁶. 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 Unión¹⁷. Por ello, en este

integridad en la compra pública”, *Observatorio de la Contratación Pública*, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/chk.7d9fb65e7d35bd7a933a591d1c145585>. Los resultados de la encuesta que muestra la opinión de las empresas acerca del fenómeno de la corrupción en Europa – Flash Eurobarómetro número 374 *Businesses’ attitudes towards corruption in the EU* (febrero 2014) – es muy revelador, ya que sus datos avalan la tesis de que la corrupción en la contratación pública se percibe muy extendida en los procesos de adjudicación gestionados tanto por las autoridades regionales o locales (60% en la media europea) como por las autoridades nacionales (56% en la media europea). Asimismo, las empresas encuestadas manifestaron que las irregularidades más comunes en los procedimientos de adjudicación contractual, por orden decreciente, eran las siguientes: Especificaciones hechas a medida de empresas concretas (57%); conflicto de intereses en la valoración de las ofertas (54%); ofertas colusorias (52%); criterios de selección o evaluación poco claros (51%); participación de los licitadores en el diseño de las especificaciones (48%); abuso de los procedimientos negociados (47%); abuso de las causas urgentes para justificar el uso de procedimientos no competitivos (46%) y modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración del contrato (44%).

¹³ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, REDA núm. 147, pp. 517 – 535, T. MEDINA ARNÁIZ, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, núm. 7382, abril 2010, págs. 1 – 10; R. RIVERO ORTEGA, R.: “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana”, en la obra colectiva *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 109 – 125; y E. JIMÉNEZ FRANCO, “Administración pública y corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad”, *Actualidad administrativa*, núm. 5, marzo 2012, págs. 538 – 569.

¹⁴ 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).

¹⁵ Apartado 58 de su Resolución, de 14 de diciembre de 2011, sobre el impacto de la crisis financiera en el sector de la defensa en los Estados miembros de la UE (DOUE C 168, de 14 de junio de 2013).

¹⁶ 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.

¹⁷ *EU Anti-Corruption Report*, COM (2014) 38 final, de 3 de febrero de 2014.

documento se propone la adopción de normas de integridad más rigurosas en el ámbito de la contratación pública, algunas ya incorporadas a las nuevas Directivas, relativas a cuestiones como las consultas preliminares del mercado; los motivos de exclusión obligatorios y voluntarios; las disposiciones sobre la modificación de los contratos; las obligaciones de seguimiento en la aplicación de las normas de adjudicación de las concesiones y el establecimiento de unas normas mínimas relativas a los conflictos de intereses.

Este objetivo de integridad - reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁸ - 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)¹⁹.

Hay que corregir y laminar 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 profesionalizada²⁰.

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 que tiene como pilares

¹⁸ 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).

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

los principios de transparencia, eficiencia e integridad²¹. Principios que no se limitan a las fases de preparación y adjudicación ya que la “eficiencia contractual” también está ligada a la obtención del fin perseguido por el contrato²².

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)²³. 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 “armonizado”, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral²⁴. Interpretación que resulto avalada por la

²¹ 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. 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.

²² 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

²³ 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.

²⁴ Vid. el trabajo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, *RAP* núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un

Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006)²⁵. Y esta ha sido la posición firme adoptada por el TJUE. Así, en su sentencia de 14 de junio de 2007 (Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio) aplica los principios del Tratado en contratos que no alcanzaban el umbral comunitario²⁶:

“efectivamente, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha calificado al Venizeleio-Pananeio de «entidad adjudicadora». Esta calificación también la admite el Gobierno griego, el cual declaró en la vista que dicho hospital es un organismo de Derecho público asimilado al Estado. Ahora bien, en virtud de una reiterada jurisprudencia, aun cuando el valor de un contrato que sea objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas en las cuales el legislador comunitario haya regulado el ámbito de los contratos públicos y el contrato de que se trate no esté comprendido, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de estas últimas, sin embargo, las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél (véanse, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. P. I-10745, apartados 60 y 61; auto Vestergaard, antes citado, apartados 20 y 21; sentencias de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. P. I-7287, apartados 16 y 17, y de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. P. I-8585, apartados 46 a 48)”.

Por ello, el contenido “armonizado” que se propone en las Directivas, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública. Las transposiciones nacionales no tienen, por tanto, libre disposición para falsear estos principios en los contratos no armonizados. Por ello, la legislación española casa mal con este principio de transparencia ya que existen zonas opacas al mismo en la contratación, como son los contratos menores y los procedimientos negociados sin publicidad. El artículo 138.3 TRLCSP —junto con el artículo 111

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

²⁵ Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo

²⁶ Y la más reciente de Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de abril de 2010, Wall AG (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main – Alemania) en la que se insiste en la idea de que una concesión de servicios —excluida del ámbito de aplicación— está sometida a los principios del Tratado.

TRLCSP— establece que un contrato menor puede adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar. Se puede considerar contrato menor de obras el de importe inferior a 50.000€ (IVA excluido); en cualquier otro contrato cuando su importe sea inferior a 18.000€ (IVA excluido), la disposición adicional duodécima habilita contratar como contrato menor, sea cual sea su importe económico, siempre que no llegue al contrato armonizado, la suscripción a revistas y otras publicaciones así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas²⁷. El mantenimiento de este procedimiento simplificado —que en muchas ocasiones sirve para fragmentar el objeto del contrato²⁸— no parece una medida acertada (por mucho que convenza desde la utilidad práctica de la gestión²⁹) en tanto se restringe indebidamente la concurrencia (se confunde gasto menor con contrato menor identificando éste con la adjudicación directa sin concurrencia)³⁰. Estamos, en definitiva, ante una de las zonas más oscuras de la contratación pública³¹. Otro tanto sucede con el procedimiento negociado sin publicidad, configurado para supuestos tasados y excepcionales³² y que es utilizado —especialmente cuando se elige por la cuantía— de forma intensa e indebida³³. Una

²⁷ El IVA no computa a los efectos de este límite, al aplicarse la regla del artículo 89 TRLCSP. En este sentido se posiciona la Circular de la Abogacía del Estado 3/2008 y el Informe núm. 26/2008 de 2 diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

²⁸ 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.»

²⁹ 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.

³⁰ 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.

³¹ *Vid.* F. BLANCO LOPEZ, «Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en la LCSP», en libro col. *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local / Institución Fernando el Católico, 2008, pp. 177-180.

³² Este carácter excepcional, como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de mayo de 1995, debe quedar debidamente justificado. En esta línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de abril de 2003, afirma que no puede excluirse que una razón técnica relacionada con la protección del medio ambiente pueda tomarse en consideración para apreciar si el contrato de que se trata sólo puede confiarse a un prestador de servicios determinado. *Vid.* J.A MORENO MOLINA en la voz «Procedimiento negociado», Bermejo Vera, J. (director). *Diccionario de Contratación Pública*. Madrid: Iustel, 2009, pp. 526-532.

³³ El carácter contrario a las directivas de los supuestos de procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas directivas, ha sido reconocido por la jurisprudencia comunitaria, habiendo declarado que deberá ser objeto de una interpretación estricta, en especial la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España. Así se recuerda que estamos ante un procedimiento de excepción y que no son posibles interpretaciones «generosas»

primera afirmación en relación a este procedimiento es que puede ser una herramienta procedimental importante siempre y cuando se utilice adecuadamente este procedimiento y no se pervierta para convertirlo en un concurso simplificado o una contratación directa³⁴. Es decir, hay, cuando menos, un incorrecto uso, cuando este procedimiento implica, de hecho, un procedimiento abierto 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. Tan solo se invitó a determinadas empresas a participar, se abrieron simultáneamente las ofertas y se aplicaron los criterios de adjudicación, quedando fijados con carácter inalterable los términos del contrato sin negociación»³⁵.

III.- LA INTEGRIDAD COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL EN LA POLÍTICA DE COMPRAS PÚBLICAS: MECANISMOS DE CONTROL

Se ha venido insistiendo en la idea de que ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto³⁶. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos³⁷. Los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los

del mismo, en tanto se afecta al principio de concurrencia y eficiencia. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2004, al condenar a la República Italiana por la utilización de este procedimiento incorrectamente, insistiendo en que los supuestos que lo amparan deben ser interpretados restrictivamente y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales, que justifican la excepción, incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas. Obviamente, su uso indebido viene a utilizarse para disfrazar bien «concursos simplificados», bien supuestos de adjudicación directa. De hecho, la práctica demuestra la desnaturalización de este procedimiento. *Vid.* G. LAGO NÚÑEZ, «La negociación como procedimiento contractual», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 10, mayo de 2008, p. 1772.

34 Por ello creo que resultaría conveniente prever además una nueva tramitación abreviada, caracterizada por ser un procedimiento abierto a la participación de cualquier interesado, con mínima carga burocrática y plazos breves, en el que la publicidad de la licitación se realice a través de web (artículo 10 Ley 3/2011 de contratos de Aragón).

35 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».

³⁶ Me remito a mi monografía *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, ob. cit. , pp. 297-313.

³⁷ Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo *La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública*, REDA núm. 147, 2010, pp 517-535. También. T MEDINA ARNÁIZ, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, Nº 7382, Sección Doctrina, 16 Abril 2010 y, muy especialmente,

sectores público y privado hacen de la contratación pública un ámbito expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción. La nueva normativa europea mejora las salvaguardias existentes contra tales riesgos y ofrece una protección suplementaria³⁸.

1.- Novedades para reforzar la integridad.

Como ya se ha comentado, uno de los objetivos fundamentales de la contratación pública pivota en el resguardo efectivo del principio de integridad. Para avanzar en la efectividad del mismo, la nueva regulación comunitaria se articula sobre los siguientes conceptos³⁹:

a) La Directiva 2014/24 contiene en su artículo 24 una regulación específica **sobre los conflictos de intereses** (a desarrollar pormenorizadamente por los Estados), que se refiere a situaciones de conflicto de intereses reales, potenciales o percibidas, que afecten al personal del poder adjudicador o de los prestadores de servicios contratados que intervienen en el procedimiento y a miembros de la dirección del poder adjudicador que pueden influir en el resultado de un procedimiento de contratación pública aunque no participen en él oficialmente⁴⁰.

El concepto de conflicto de intereses (también contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción)⁴¹, comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del

ídem. "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española, en libro colectivo la contratación pública a debate: presente y futuro, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 299- 344. Interesan las reflexiones de A.F. MADARIAGA VENEGAS, "Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública", en obcp.es (21 de octubre de 2013).

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

³⁸ Vid. T., MEDINA ARNAIZ, "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", en libro colectivo coord. Por Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcarcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 299-344.

³⁹ Estos conceptos no son novedosos y ya figuran en las propuestas de la OCDE: *La Integridad en la Contratación Pública. Buenas prácticas de la A a la Z*, INAP, Madrid, 2010.

⁴⁰ Según la jurisprudencia europea, la facultad de un licitador de influir en las condiciones de licitación en un sentido que le sea favorable, aunque sea involuntariamente, es constitutiva de una situación de conflicto de intereses. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C-21/03 y C-34/03, apartados 29 y 30, y las sentencias del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, *AFCon Management Consultants y otros/Comisión*, T-160/03, apartado 74 y de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy*, T-415/10, apartado 114.

⁴¹ Asimismo, el artículo 8 incluye una serie de exigencias generales respecto de los códigos de conducta para funcionarios públicos desde la promoción de la integridad, la honestidad y la responsabilidad, además de procurar "sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos" (artículo 8.5).

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

La percepción de objetividad es un elemento necesario de cara a la credibilidad del modelo, por lo que, con carácter preventivo y didáctico deben tenerse muy en cuenta los conflictos de interés⁴². Por ello, la solución que se propone es que se podrá denegar de la participación del miembro del personal en cuestión en el procedimiento de contratación afectado o en la reasignación de sus funciones y responsabilidades (abstención), pero si el conflicto de intereses no puede solucionarse de manera eficaz por otros medios, el candidato o el licitador en cuestión será excluido del procedimiento⁴³. En todo caso, conviene advertir que los intereses privados que colisionan con el interés público no debiera limitarse a aquellos de contenido económico, sino que también deben incluir todo interés que pueda generar en el servidor público un beneficio directo o indirecto respecto de sus querencias⁴⁴.

Como explica T. MEDINA, – en atención a garantizar la máxima apertura posible a la competencia – es preciso que el riesgo de conflicto de intereses sea efectivamente constatado, tras una valoración en concreto de la oferta y de la situación del licitador⁴⁵. Para ello, sirve e pauta interpretativa la doctrina del TJUE⁴⁶:

- a) El concepto de conflicto de intereses tiene un carácter objetivo y se requiere, para caracterizarlo, hacer abstracción de las intenciones de los interesados.
- b) No existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores

⁴² Los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores. Por tanto, deben instaurarse mecanismos eficaces para prevenir, detectar y solucionar los conflictos de intereses. Es necesario implementar un mapa de riesgos -y las señales de alerta- en la tramitación de las distintas fases de la contratación pública y “monitorizar” dichas fases de forma activa para evitar conductas patológicas. A estos efectos resulta de interés el *Informe anual de Tribunal de Cuentas europeo relativo al ejercicio 2011* (DOUE C344, de 12 de noviembre de 2012). En este Informe se identifican incumplimientos de la normativa nacional y de la UE en materia de contratación pública en cuanto a la utilización de adjudicaciones directas sin justificación; adjudicaciones directas de obras adicionales en ausencia de circunstancias imprevisibles; adjudicación del contrato a un único licitador sin obtener reducción del precio durante las negociaciones; división artificial de las ofertas; incumplimiento de requisitos de información y publicidad (así como la publicación tardía de los anuncios de adjudicación); deficiencias en los pliegos de condiciones e insuficiencias en la aplicación de criterios de selección y adjudicación.

⁴³ A. CERRILLO I MARTÍNEZ argumenta, con razón, que “los conflictos de interés pueden ser un indicador, un precursor o, incluso, un motor que acabe generando un caso de corrupción si no se hace nada al respecto”. *El principio de integridad en la contratación pública*, ob. cit., p. 30.

⁴⁴ Es una opinión compartida con CERRILLO I MARTÍNEZ, A.: *El principio de integridad (...)*, ob. cit., pág. 33.

⁴⁵ T. MEDINA ARNAIZ, “Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013, 2014*, en prensa.

⁴⁶ Sentencias del TJCE de 10 de julio de 2001, *Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas*, C-315/99 P; de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C-21/03 y C-34/0316; de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07; de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*, C-376/08. Sentencias del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, *AFCon Management Consultants y otros/Comisión*, T-160/03; de 12 de marzo de 2008, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, T-345/03 y de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy*, T-415/10.

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

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

La Directiva ha eliminado la disposición específica contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento que si se contenía en la versión inicial (artículo 22)⁴⁷.

b) Importante resulta preservar la confidencialidad de las ofertas a fin de preservar los legítimos intereses empresariales (artículo 21). Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008(VAREC), el órgano que conozca este recurso deberá garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. La justificación es la siguiente:

“El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44).

Para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores.

Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda

⁴⁷ Resulta de especial interés la opinión de P. VALCARCEL “Acuerdos colusorios entre licitadores: un problema sin resolver en la normativa de contratación pública española” publicada en www.obcp.es, (11 de marzo de 2013), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.92/re/menu.3/chk.ce79f7126b46baf20017646abf71e3f>. Las consultas del mercado son un instrumento que resulta útil a los poderes adjudicadores para obtener información sobre la estructura y la capacidad de un mercado, al mismo tiempo que informa a los agentes del mercado sobre los proyectos y los requisitos de contratación de los compradores públicos. Sin embargo, los contactos preliminares con los participantes del mercado no deben dar lugar a ventajas desleales y falseamientos de la competencia. Por lo tanto, la propuesta contiene una disposición específica de protección contra el trato de favor injustificado a participantes que hayan asesorado al poder adjudicador o hayan participado en la preparación del procedimiento.

*perjudicar a dichos operadores.*³⁷

*Por dichas razones, el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 establece que las entidades adjudicadoras tienen la obligación de respetar el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores*⁴⁸.

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

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

d) 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 impidan⁴⁹. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad⁵⁰.

⁴⁸ Sobre esta cuestión resulta de interés el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre “Confidencialidad de las proposiciones de los licitadores, donde se recuerda que la necesidad de coexistencia y equilibrio necesarios entre este derecho de confidencialidad y el principio de transparencia, antes apuntada, de tal manera que la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario. Vid. el trabajo de A. I. BELTRAN GOMEZ, “El derecho de acceso a un expediente de contratación y la confidencialidad de las propuestas”, en núm. Extraordinario Revista Estudios Locales núm. 161, 2013, pp. 287-308 y M. RAZQUIN LIZARRAGA, *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*, Iustel, 2013.

⁴⁹ 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>

⁵⁰ Ver GIMENO FELIU, J.M., La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, REDA, núm 147, pp. 518 y ss.

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

Por motivos evidentes, el sistema de control de la contratación continua siendo el principal eje sobre el que pivota la normativa comunitaria para preservar la integridad. De ahí la importancia de las Directivas “recursos”, que tienen una vocación de mejora en la gestión de la contratación pública –más allá de instrumento para la tutela de los licitadores⁵¹- como se refleja claramente en el Considerando 21 de Directiva de 2007/66, de reforma de las Directivas 89/665 y 92/13, al afirmar que: “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, la presente Directiva tiene por objeto garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo de la Carta”⁵².

Esto significa que el sistema de recursos, además de la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción atendiendo al parámetro de respeto al derecho fundamental de la Unión Europea a una buena administración. En consecuencia, el sistema de recursos en materia de contratación pública exige una interpretación compatible con estos derechos (incorporados ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio), atendiendo a las pautas interpretativas determinadas por los tribunales, de la Unión o nacionales.

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

Del sistema diseñado se infiere que los poderes adjudicadores estarán obligados a cancelar una adjudicación declarada ilegal por el órgano de control (STJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN AG), sin que sea admisible la regla general de que un contrato nulo continúe su ejecución (STJUE de 3 de abril de 2008, Comisión/Reino de España). Y así debe interpretarse el régimen del recurso especial contenido en el TRLCSP, con el fin de garantizar su efecto útil. Es decir, dentro del plazo de recurso especial, el incumplimiento del plazo suspensivo de la formalización no puede derivar en una cuestión de nulidad. Así, la estimación del recurso especial dará lugar a la

⁵¹ Especial interés tiene la monografía de S. DIEZ, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, que analiza con detalle el régimen comunitario y su transposición en España.

⁵² Me remito a mis trabajos, "El derecho a tutela judicial efectiva mediante recursos rápidos y eficaces: el modelo de los contratos públicos", en Libro Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín Retortillo Zaragoza, Ed. Justicia de Aragón, 2008, pp. 1473-1498 y El nuevo sistema de recursos en materia de contratación", libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 211-258.

anulación de la adjudicación y “arrastrara a esa invalidez sobrevenida” lógicamente, al contrato indebidamente formalizado. Por lo tanto, la formalización del contrato sin esperar la resolución del recurso supone directamente incurrir en una nulidad absoluta de pleno derecho⁵³. Con ello no solo se impide alcanzar el efecto útil del recurso preconizado por las Directivas comunitarias, sino que también se afecta gravemente a

⁵³ Así lo ha entendido el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, del TACPA, donde se afirma, ante un supuesto de formalización incumpliendo el periodo de espera que “En el diseño inicial de la «Directiva Recursos» de 1989 se establecía que los efectos de la declaración de invalidez de la adjudicación se determinarían con arreglo al Derecho nacional. Era, por tanto, este derecho el que determinaba la sanción que anudaba a la declaración de invalidez de los actos precontractuales (artículo 1.6), que, en consecuencia, podía ser bien la conservación del contrato, bien la declaración de ineficacia de los contratos celebrados con vulneración del Derecho europeo, como ha sido la solución tradicional en nuestro ordenamiento. Es decir, la Directiva permitía la declaración de invalidez de un contrato aun en impugnación de un acto de adjudicación. Sin embargo, las prácticas nacionales eludían el efecto del recurso, permitiendo que un contrato nulo pudiera continuar desplegando efectos, lo que fue considerado ilegal en la STJUE de 3 de abril de 2008, por la que se condenaba al Reino de España por este motivo.

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

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

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

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

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

La opción española se ha decantado por crear Tribunales administrativos, a los que se les reconoce facultades, de plena jurisdicción con posible restablecimiento de la situación jurídica individualizada y, en su caso, indemnización, se manifiestan en el contenido de la resolución final⁵⁴. La novedad es ciertamente relevante, tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica⁵⁵. No en vano, como se ha venido recordando, un ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto⁵⁶. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos⁵⁷. Es éste un tema crucial, pues del mismo depende la esencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La función de los órganos de control de los contratos públicos es la de control del procedimiento de licitación, pudiendo pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias

⁵⁴ Me remito a mis trabajos (y la bibliografía allí citada) “Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva, Revista Derecho Público de Cataluña núm. 47, 2013” y Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?“, en libro colectivo coord. Por Rafael Fernandez Acevedo y Patricia Valcárcel, La contratación pública a debate: presente y futuro, Civitas, Cizur Menor, 2014; pp. 25-138.

⁵⁵ M.A. BERNAL BLAY, “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, REDA núm. 160, 2013, pp. 190-213. La opción ha sido, no obstante, cuestionada por S. DE LA SIERRA (“Un legislador impertinente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública”, REDA núm. 149, 2011, pp. 107-1089) o A. SERRANO PASCUAL (“La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar”, El Consultor de los Ayuntamientos, Rev. 12/2011, 1539), al considerar que no se cumple con las reglas de la Directiva 2007/66, al exigir que en nombramiento del presidente sea equivalente al de juez. Opinión que no comparto, por formalista, y entiendo que no hay infracción en tanto la persona reúna las cualidades y estatus propio de la función jurisdiccional. Por el contrario, entiende ajustada a la Directiva 2007/66 esta regulación M.A. BERNAL BLAY, quien recuerda que el TJUE ya ha aplicado estos parámetros –STJUE de 4 de febrero de 1999, Köllensperger, apartado 29-admitiendo como válidos órganos administrativos en donde actuara en calidad de Presidente “una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos”

⁵⁶ Me remito a mi monografía *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 297-313.

⁵⁷ Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, REDA núm. 147, 2010, pp. 517-535.

contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso, su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulta racional y razonable⁵⁸. En definitiva, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente. Si de ello deriva que la adjudicación se realice a favor de otro licitador, se concederá al órgano de contratación un plazo un plazo de diez días hábiles para que requiera al licitador seleccionado para que se presente la documentación pertinente para la adjudicación del contrato (art. 47.2 TRLCSP).

La novedad del nuevo recurso especial y de los tribunales administrativos, tras la puesta en funcionamiento y más de tres años de “recorrido”, puede ser calificada como de relevante tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica⁵⁹. El cumplimiento de plazos con carácter general y contenido de las resoluciones han permitido validar el sistema, como se acredita en el volumen de recursos. La creación y puesta en funcionamiento de estos órganos de recursos contractuales ha supuesto un notable avance en la necesidad de un efectivo control que, además de garantizar el derecho a la tutela, permita una gestión más eficiente de los fondos públicos y posibilite la eficacia del derecho a una buena administración⁶⁰.

Aunque este sistema pueda resultar cuestionable desde la perspectiva del derecho comparado, donde mayoritariamente se ha optado por un modelo jurisdiccional. En el Derecho comparado europeo tenemos los ejemplos del “référé précontractuel” francés (Ley de 4 de enero de 1992, modificada por la Ley de 30 de junio de 2004), inspirador de las directivas comunitarias sobre recursos 42 o del contencioso precontractual portugués regulado en el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos (Ley 15/2002, artículos 100 a 103, que conforman la sección II del capítulo I, “De las impugnaciones urgentes”, del Título IV, “De los procesos urgentes”)⁶¹. Esta opción, desde la lógica del sistema quizá parece la más coherente -como bien destaca el profesor BAÑO LEON⁶²- aunque desde la realidad práctica quizá no resulta tal desacertada la opción del tribunal administrativo, a la vista

⁵⁸ Acuerdo TACPA 13/2011, de 14 de julio.

⁵⁹ Vid. M.A. BERNAL BLAY, “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, REDA núm. 160, 2013, pp. 190-213.

⁶⁰ Así lo advierte J. PONCE en su trabajo “El Órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración”, Revista Documentación Administrativa nº 288, 2010, p. 206.

⁶¹ Véase sobre este recurso, que se destaca junto a los de Francia y Alemania y en contraste con la ausencia de una regulación similar en España, NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, en J.M. GIMENO FELIÚ (Ed): El Derecho de los contratos públicos, Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, pág. 329.

⁶² J. M. BAÑO LEON, “Jurisdicción y recursos”, *Diccionario Contratación Pública* (Dir. J. BERMEJO), Iustel, Madrid, 2008, p. 390

de tempos que actualmente marcan los Tribunal contenciosos en la resolución de los recursos⁶³.

El cumplimiento estricto de los plazos, la publicidad de los acuerdos y resoluciones -y su fundamentación- han dotado de credibilidad el sistema al cumplirse con las notas de rapidez, eficacia e independencia que se pretendía con este nuevo recurso. Sistema de recursos que lejos de la idea de gasto, debe contemplarse como una eficaz y rentable inversión, pues esta permitiendo una mejor gestión en la administración, corrigiendo prácticas viciadas, lo que se traduce en importantes ahorros económicos⁶⁴.

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

Además, como principales “lagunas” podemos señalar lo siguiente⁶⁵. La primera, la no extensión integral del sistema ya que este recurso no debe depender del importe del contrato⁶⁶. Eso significa que para los contratos no armonizados no existe este recurso y el TRLCSP remite a la legislación general⁶⁷, lo que genera una

⁶³ Basta con analizar los datos elaborados por el CGPJ. *La Justicia dato a dato. Año 2008*, Madrid, 2009. Sobre de la dimensión sociológica de la jurisdicción contencioso administrativa, con un pormenorizado análisis de la congestión de los Tribunales y su lentitud en la resolución de asuntos, resulta de gran interés consultar las ediciones anuales elaboradas por MARTÍN REBOLLO, L. de las *Leyes administrativas*, Aranzadi, Pamplona (16 ed., 2010), “Estudio preliminar. Introducción a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

⁶⁴ Vid. M.A. BERNAL BLAY, “El sistema de tutela...”, ob. cit., pp. 210-211.

⁶⁵ También critico por cierta insuficiencia, se manifiesta J.A RAZQUIN LIZARRAGA, “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector público”, *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010”, pp. 50 a 52.

⁶⁶ Basta recordar lo afirmado por el profesor J.M. BAÑO LEÓN a propósito del sistema de recursos previsto en las Directivas de la Unión Europea de las que se infiere que en la medida que se considere el mismo como un reflejo de los principios de libre prestación de servicios y de no discriminación, los países como España, que establecen un sistema de menor protección jurídica en los contratos no sujetos a la Directiva incumplen el Derecho europeo de contratos públicos, “Tutela judicial precontractual”, en J. Bermejo Vera/M.A. Bernal Blay, *Diccionario de contratación pública*, Iustel, 2008, pág. 689. Igual análisis en la doctrina en mi monografía *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, Civitas, 2011, p. 93-101; y los trabajos de J.A. MORENO MOLINA, *La reforma de la ley de contratos del sector público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Madrid, 2010, p.173-182; y M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, “La Ley de contratos del Sector público: Balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para las Entidades locales”, *Revista de Administración Pública* núm. 186, 2011, p. 59

⁶⁷ La Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado mediante Informe 48/08, de 29 de enero de 2009, analiza qué recursos proceden en la adjudicación provisional en contratos no sometidos a regulación armonizada afirmando que sólo pueden interponerse los recursos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; artículo 107 de la misma: “Contra las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición”. Se recuerda que el recurso a interponer será normalmente el potestativo de reposición como previo al contencioso administrativo, pues por regla general las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa. Sin embargo, existe un supuesto en el que esto no es así. En efecto las Juntas de Contratación, tienen el carácter de órganos de contratación pero no ponen fin a la vía administrativa por lo que sus resoluciones, antes de ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa,

dualidad de recursos con reconocimiento de la doble jurisdicción –civil o administrativa- en función de su naturaleza o no de Administración pública, con la quiebra del principio de los actos separables⁶⁸. Convendría, por ello, diseñar un concreto régimen de recursos único al margen del importe del contrato⁶⁹.

Por último, es cierto que la articulación práctica en España pone de manifiesto ciertas disfunciones, en tanto la planta autonómica de estos Tribunales a fecha de hoy no esta cerrada, generando asimetrías poco compatibles con el principio de seguridad jurídica. Y la extensión –a mi juicio sin justificación legal- al ámbito local genera indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo⁷⁰. Además, las restricciones presupuestarias actuales condicionan la función de control que puede afectar a la consecución de la rapidez de este recurso, con los perjuicios desde la perspectiva de la eficacia que se ocasiona para el órgano demandante de la prestación suspendida hasta la resolución expresa.

deberán ser objeto de recurso de alzada ante el superior jerárquico de la misma, debiendo entenderse por tal el órgano del que han recibido las competencias que tengan atribuidas. Interesa destacar la naturaleza del acto de provisional (cuestión analizada ya con detalle por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 18/2008, de 21 de julio) afirmando: En primer lugar debe ponerse de manifiesto, en contra de lo que parece decir la consulta, que los actos de adjudicación provisional del contrato no son propiamente actos de trámite ni se acuerdan por la Mesa de contratación.

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

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

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

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

⁶⁸ S. DEL SAZ, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?", *RAP*, 174, 2007, p. 349. Vid. también GIMENO FELIU, José María, "El ámbito subjetivo de aplicación TRLCSP: luces y sombras", *RAP* núm. 176, 2008, pp. 9-54.

⁶⁹ Postulan un recurso especial de alcance general, con independencia de la cuantía del contrato, entre otros, J.M. BAÑO LEÓN, El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional", en el libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ob.cit, p. 337; NOGUERA DE LA MUELA, "El recurso especial...", cit., 105-106.

⁷⁰ Igualmente, P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, "Organos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España", ob. Cit., p 373.

En todo caso, conviene insistir en que el correcto funcionamiento de la contratación pública con objetivos de política pública como vectores de su concreto diseño exige la existencia de mecanismos de control efectivos y rápidos por autoridades independientes ya sean judiciales -mediante la oportuna reforma procesal-, o mediante “arbitrajes administrativos” independientes y con estatus de juez (así lo exige la Directiva “recursos”). Extender la acción pública en defensa del derecho a una buena administración puede ser, como sugiere J. PONCE, una solución muy efectiva⁷¹.

Por supuesto, hay que exigir una mayor cualificación y responsabilidad de los “gestores” públicos (con el fin de evitar la politización). Debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos⁷². Y ello porque esta en juego, insistimos, la efectividad del derecho a una buena administración⁷³.

De esta manera se puede avanzar en un modelo que preserve el principio de integridad⁷⁴. Y la experiencia del modelo español a través del recurso especial ante los tribunales administrativos, con las insuficiencias descritas, ha supuesto un notable avance, que en modo alguno puede ser considerado como gasto innecesario o prescindible⁷⁵.

⁷¹ J. PONCE, “La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local”, en *Anuario de Derecho Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 136-137. Esta vinculación de la contratación pública al derecho a una buena administración fue expresamente advertida en el Acuerdo 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Esta opinión, que liga la funcionalidad institucional a la dimensión colectiva del derecho a una buena administración es la que mantiene J. PRATS CATALA, en su trabajo “La lucha contra la corrupción como parte integrante del derecho, el deber y las políticas de buena administración”, Cuadernos de Derecho Público núm. 31, 2007, p. 21.

⁷² Por todos, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2014 (2ª ed). También A. SABAN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

⁷³ Para ello debe promoverse la colaboración de organizaciones sociales -no politizadas- para el control de riesgos de corrupción así como de los empleados públicos, previendo un sistema eficaz de denuncias (sin “coste” para el denunciante). Resultan también de interés las opiniones de J. VAZQUEZ MATILLA, “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública.”, en www.obcp.es y A. MADARIAGA VENEGA, “Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública”, en www.obcp.es.

⁷⁴ Me remito a mi trabajo “La Ley de Contratos del Sector Público:¿una herramienta eficaz para garantizar al integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación Pública”, REDA núm. 147, 2010, pp. 517-535. Igualmente critico con la escasa regulación del arbitraje en el artículo 320 LCSP (ahora 50 TRLCSP) y su no extensión en la fase de ejecución a las Administraciones Públicas, se muestra J.A. MORENO MOLINA, *La reforma de la Ley...*, ob.cit., p. 138.

⁷⁵ Esta opinión favorable es también defendida por P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Organos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, ob. Cit., p. 371-373: “...estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se esta comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato”. También por M. A. BERNAL BLAY, que destaca la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la *auctoritas* de su doctrina. “Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011”, en libro col. *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331.

Lo importante, en definitiva, es preservar un control útil, basado en la pronta respuesta y en la especialización e independencia de estos tribunales administrativos, estatal o autonómicos, regulando una planta de carácter cerrado que impida su extensión en el ámbito local o institucional, y que incluya mecanismos de coordinación que favorezcan la unidad de doctrina y, por ello, la predictibilidad y seguridad jurídica⁷⁶. Ese debe ser, en definitiva, el eje de reforma que avance en la senda del control efectivo y sirva de herramienta efectiva frente a la corrupción y dote de credibilidad al sistema⁷⁷.

3.- La cuestión de los modificados contractuales: La necesaria reinterpretación para evitar corrupción.

Una de las principales “puertas” de la corrupción en España ha sido la generosa interpretación del derecho a modificar los contratos, no solo por imprevisibilidad, sino

⁷⁶ Téngase en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, C-212/02, apartado 20 y jurisprudencia citada). El TJUE ha manifestado en abundantísima y uniforme jurisprudencia que el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión y las eventuales dificultades en esa aplicación que pueden derivar de disposiciones procesales de un Estado miembro, deben considerarse atendiendo al lugar que ocupan dichas disposiciones nacionales en el conjunto del ordenamiento jurídico y sus peculiaridades (por ejemplo, apartado 35 de STJUE de 8 de julio de 2010, asunto C-246/09, Susanne Bulicke. Igualmente apdo. 38, STJUE de 18 de enero de 2011, asunto C-272/10, Souzana Berkizi-Nikolakaki)). El fundamento del recurso especial exige, pues, una interpretación que facilite el control de las posibles ilegalidades, de tal manera que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJCE de 28 de enero de 2010, Uniplex, C-406/08, apartados 30 a 32). En ese sentido, en mi opinión, la interpretación que se está haciendo del concepto de Pliegos «puestos a disposición» de los licitadores a que se refiere el art. 44.2.a) TRLCSP – posiblemente por la deficiente redacción normativa- para determinar el *dies a quo* del plazo para interponer el recurso, se opone al efecto útil de la directiva 89/665 y a la protección de los derechos que dicha directiva propugna. En primer lugar, porque veta la posibilidad de interponer recurso contra el pliego más allá de los quince días tras su publicación en el perfil de contratante, aun cuando el plazo de presentación de ofertas se encuentre todavía abierto, dejando desprovisto al interesado de un mecanismo rápido y eficaz para corregir posibles infracciones, o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados. Y en segundo lugar, porque una interpretación *secundum directivam* de las normas nacionales que incorporan a los Ordenamientos nacionales el art. 2 quater de la Directiva 89/665 exige que el recurrente haya tenido conocimiento del acto a recurrir para iniciar el cómputo del plazo para la interposición del recurso. Los conceptos de «comunicación», «envío» o «recepción» de las actuaciones recurribles que utiliza el mencionado precepto evocan esa idea de acceso efectivo al acto recurrible, y exigen algo más que una mera «puestos a disposición» al licitador materializada en la publicación del acto recurrible en una página web. De ahí que el cómputo del *dies a quo* del plazo para interposición del recurso no pueda comenzar, salvo que haya certeza del acceso previo al pliego, hasta el último día de presentación de ofertas, momento último en que un interesado en la licitación ha podido tener conocimiento del pliego, si éste fue dado a conocer mediante su publicación en el perfil de contratante.

⁷⁷ Esta es la conclusión defendida en mi trabajo “Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva, Revista Derecho Público de Cataluña núm. 47, 2013”, donde se viene a argumentar sobre la complementariedad del modelo (y no duplicidad) y el efecto útil en el control y su función profiláctica. Por ello, encaja mal con esta filosofía la exigencia de una tasa para la interposición del recurso (opción adoptada en Cataluña mediante Ley 2/2014, de 27 de enero)

por nuevas necesidades o conveniencias políticas, alterando el precio final hasta en porcentajes de más de 200 por cien.

La nueva normativa comunitaria de 2014, quizá de una manera confusa, intenta fijar los límites y reglas que pueden amparar un modificado en un contrato público. La nueva regulación supone cierta innovación sobre la doctrina del TJUE en la materia, lo que exige cierta precaución en su concreta interpretación, limitada por el respeto a los principios de toda contratación pública y, en especial, el de igualdad de trato.

La regla general es que se prohíbe cualquier modificación que suponga la alteración del contenido sustancial (no se utiliza la palabra esencial) del contrato, en cuyo caso será necesario una nueva licitación (artículo 72). Con intención de aportar seguridad jurídica, se indica, en el apartado 4, en que casos se considera que existe una modificación sustancial -lo que obligaría a una nueva licitación- cuando:

a) la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la adjudicación del contrato a otro licitador;

b) la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista;

c) la modificación amplíe de forma considerable el ámbito del contrato para abarcar suministros, servicios u obras no previstos inicialmente.

d) la sustitución del socio contratista (salvo los casos de sucesión total o parcial por reestructuración empresarial en tanto se respeten los principios de la licitación).

En consecuencia, las modificaciones de un contrato serán posibles si no afectan al contenido esencial. Y la Directiva prevé varios supuestos:

a) cuando hayan sido previstas en la documentación de la contratación, en opciones o cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. En dichas cláusulas se indicará el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que podrán aplicarse. Es decir, se habilita la regla de que los modificados convencionales podrán alterar el mismo, con el límite de que no se altere la naturaleza global del contrato (lo que debe entenderse como límite a cambios de objeto o de un importe desproporcionado). La reconocibilidad de la prestación de origen ha de ser, sin duda, un parámetro interpretativo de referencia⁷⁸. Es decir, alterar la necesidad demandada inicialmente por otra radicalmente distinta es, claramente, una modificación sustancial que no puede acordarse sin licitación pública.

b) Que no sea factible la opción de cambiar de contratista por existencia de razones económicas o técnicas vinculadas al procedimiento inicial o genere inconvenientes o costes excesivos. En todo caso, con el límite del cincuenta por ciento del valor inicial del contrato y con una motivación suficiente y adecuada.

c) Cuando con la debida diligencia no se han podido prever las nuevas condiciones y no se altera la naturaleza global del contrato.

d) Casos de sucesión o cesión de contratistas.

e) Modificaciones no sustanciales.

⁷⁸ Ha desaparecido la previsión que se contenía en el proyecto de que nunca será posible una modificación cuando la modificación tenga por objeto subsanar deficiencias en la ejecución del contrato por el contratista o sus consecuencias, que puedan solucionarse mediante la aplicación de las obligaciones contractuales; o cuando la modificación tenga por objeto compensar riesgos de aumento de precios que hayan sido cubiertos por el contratista (artículo 72.7).

Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia⁷⁹, en tanto, como bien recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* “un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación” (apdos. 116-118)-. Así, las nuevas necesidades, en tanto no obedecen al criterio de imprevisibilidad, deberán ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial (naturaleza global) del contrato⁸⁰. No en vano, la ya citada STJUE de 23 de enero de 2013, de condena al Reino de España, sobre proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España –AVE-, cuestiono que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad: “el uso de un criterio relativo a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación.”

Casi idéntico régimen se contiene en la Directiva de Concesiones que regula en única disposición y para cualquier modalidad de concesión –artículo 43- el concepto de modificación, requisitos de procedencia así como los límites de aplicación⁸¹. Por ello, la regulación suscita las mismas críticas ya apuntadas que, en este marco de concesiones, todavía son más sensibles⁸². La interpretación deberá coherente con los principios e intereses en juego, evitando una alteración indebida de las reglas de competencia.

Hasta aquí puede afirmarse que el diseño normativo no resulta, desde una interpretación formal, coherente con la doctrina del TJUE (que, en principio, seguirá siendo el principal parámetro interpretativo). Parece reconocerse, *ex lege*, los supuestos de modificación por imprevisibilidad hasta el cincuenta por ciento del contrato y siempre que no se afecte al contenido esencial. Se abre un peligroso portillo que ha de generar dudas interpretativas, lo que puede ser contrario al necesario principio de seguridad jurídica y que exige una labor interpretativa conforme a los principios de la contratación pública, con el fin de evitar que sirva de subterfugio a prácticas clientelares o mal diseño del contrato. Lo mismo cuando -concepto jurídico indeterminado- existan motivos económicos, técnicos o de inconveniencia. La opción de modificar, siempre en interés de la correcta ejecución del contrato, será posible con

⁷⁹ Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LOPEZ, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, ob. Cit, p 1035.

⁸⁰ MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 245. Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

⁸¹ Los considerandos 34 a 37 de la propuesta de Directiva introducían interesantes elementos explicativos (por ejemplo, precisión del concepto “circunstancias imprevistas”) que deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar dichas reglas. Vid. X. LAZO VITORIA, “La propuesta de Directiva de concesiones: rasgos fundamentales”, publicado en www.obp.es, 23 de marzo de 2013.

⁸² Vid. E. LOPEZ MORA, “La futura regulación de la modificación los contratos de concesión durante su vigencia”, publicado en www.obcp.es, 28 de enero de 2013. En su opinión, se debe criticar el hecho de no haber sabido aprovechar la oportunidad para particularizar el límite cuantitativo de las modificaciones en función del contrato o concesión en proporción a la magnitud y duración del contrato en cuestión.

estos límites, lo que implica que la opción de “reformados” no puede ser concebida como una potestad de *ius variandi* únicamente condicionada por el presupuesto habilitante del interés público.

Interesa destacar una importante medida introducida por la Directiva sobre contratación pública, que establece 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)⁸³. Posibilidad ya reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014. Asunto C-161/13. 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)

En este asunto se analiza si existe o no derecho a un plazo de impugnación ante supuestos de modificaciones contractuales, en concreto, la modificación de la composición del grupo adjudicatario. El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el plazo para interponer un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato debe empezar a correr de nuevo cuando la entidad adjudicadora ha adoptado, tras el vencimiento del plazo para interponer recurso, una decisión que puede incidir en la legalidad de esa decisión de adjudicación. También pregunta si, en el mismo supuesto, un licitador puede interponer un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato cuando ha tenido conocimiento de circunstancias anteriores a la misma decisión de adjudicación que pueden incidir en la legalidad del procedimiento de adjudicación del contrato de que se trata.

En 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

⁸³ 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 Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Vid, M.A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, ob. Cit., pp. 203-210.

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 contractuales⁸⁴, 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 ilegal⁸⁵. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no

⁸⁴ Vid. A. I. BELTRAN GOMEZ, “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es, 8 de octubre de 2012.

⁸⁵ 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

seleccionados⁸⁶.

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 administración⁸⁷. No en vano una modificación ilegal es una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, Cfr. apdo 34), y por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial⁸⁸. 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 integridad⁸⁹. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterios funcionales relacionados

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 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»*.

⁸⁶ 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»*”.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ 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 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.)

con la causa del contrato.

4.- El procedimiento negociado en un contexto de “flexibilización” de la licitación.

El procedimiento de licitación con negociación, regulado en el artículo 29, está contemplado en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (ACP) , siempre que se contemple en el anuncio de licitación⁹⁰. 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 justo⁹¹. La normativa comunitaria “extiende” la aplicabilidad de este procedimiento, considerado muy útil en ciertos supuestos⁹². 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 técnicas⁹³. Existen, pues, varios supuestos dónde los procedimientos que incluyen negociación pueden ser especialmente útiles⁹⁴:

- a) Proyectos innovadores, en la ejecución de grandes proyectos de infraestructuras de transporte integrado o en las redes o proyectos informáticos de gran tamaño que requieran financiación compleja y estructurada.
- b) Contratos de obras que incluyan obras que no sean edificios convencionales o las obras que incluyan el diseño o soluciones innovadoras.
- c) Servicios o suministros que exijan un esfuerzo de adaptación o de diseño, lo que resulta especialmente necesario en los casos de adquisiciones complejas, como por ejemplo cuando se trata de productos sofisticados,

⁹⁰ Los considerados 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.

⁹¹ 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>).

⁹² 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.

⁹³ 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».

⁹⁴ En este sentido se expresan los Considerandos 42 y 43 de la Directiva 2014/24.

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)⁹⁵.

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 negociación⁹⁶. 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 no facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Y tampoco revelarán a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de este⁹⁷.

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 [...]»⁹⁸. Es este, por tanto, un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente⁹⁹. 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. Se plantea el caso

⁹⁵ 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, pág. 195.

⁹⁶ Sobre esta cuestión debe tenerse en cuenta la doctrina de la STJUE de 15 de octubre de 2009. Sobre la misma, es de interés el comentario de I. GALLEGO CORCOLES, "Procedimiento negociado con publicidad y competencia efectiva (Comentario a la STJCE de 15 de octubre de 2009)", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 332, años 2012 pp. 119 a 128.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Igual consecuencia se infiere de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de junio de 2011, *Evropaiki Dynamiki contra Banco Central Europeo*.

⁹⁹ Y es que, sin efectiva negociación no hay un procedimiento negociado, que devendría, por ello, en ilegal. Sobre como 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 *ibid.*, «El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de nueva regulación legal», núm. 116, pp. 36 a 43.

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.

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 acuerdo 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)¹⁰⁰.

Una paradoja introducida en la regulación se encuentra en la previsión del artículo 29.4 de la Directiva 2014/24, que introduce un elemento de distorsión en el diseño del procedimiento de licitación con negociación, pues parece que se permite prescindir de esta al afirmar que «*los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos sobre la base de las ofertas iniciales sin negociación cuando hayan indicado en el anuncio de licitación o en la invitación confirmar el interés que se reservan dicha posibilidad*». Esta previsión causa sorpresa, no sólo porque no procede de la Propuesta original de la Comisión, sino también porque que ya desde la STJUE de 5 de octubre de 2000 (C- 337/1998), se ha considerado que «las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de

¹⁰⁰ En los casos del art. 26.2 b) 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.

contratos...». Esta excepción, como ha explicado I. GALLEGO (y de quien traigo la cita¹⁰¹), parece encontrar su justificación en un caso del Reino Unido, la decisión de la Corte de Justicia de 23 de junio de 2006 (*BSF Group Ltd. V. Secretary of State for Defense & Anor [2006] EWHC 1513 (CH)*). Comentan esta decisión Henty P. y Rayment P., «*BSF Group Ltd v. Secretary of State for Defence and Purple Foodservice Ltd: Negotiations Breakdown y Fantasystan*», PPLR, 15, 2006, págs. 230 a 234) resolvió un supuesto en el que, convocado un procedimiento negociado, el contrato se adjudicó sin negociación, sobre la base de las ofertas de los licitadores. El recurrente fundamentó su recurso en el hecho de que del anuncio licitación se desprendía una «clara e inequívocamente que se celebrarían negociaciones», de forma que era irrealista que los licitadores presentaran inicialmente sus mejores y finales ofertas. Por ello, se consideraba que se había producido una ilegítima modificación del procedimiento de licitación, que de negociado había pasado a ser restringido. No obstante, en la Decisión citada se concluyó que:

«dada la obligación de respetar los principios de transparencia y la igualdad de trato con otros licitadores, y dados también a los términos de la particular invitación a licitar, el poder adjudicador tiene derecho, pero no obligación, a negociar los licitadores».

Esta doctrina parece asentada en el Ordenamiento británico: la Guía del Ministerio de Defensa relativa la normativa sobre contratación pública en los ámbitos de defensa y seguridad («*Defense and security Public Contract Regulations 2011*»)¹⁰² ya advierte a los poderes adjudicadores que podrán adjudicar el contrato sin negociación si concurren determinadas circunstancias; entre ellas, la advertencia de que el poder adjudicador se reserva esta posibilidad¹⁰³.

En todo caso, en nuestro sistema jurídico contractual esta posibilidad puede resultar, cuando menos, distorsionadora pues la ausencia de negociación en estos procedimientos ha sido considerada una patología procedimental. Por ello, es fácil observar con cierto recelo el nuevo procedimiento de licitación con negociación sin negociación (lo que sería un abierto con varios criterios), pues puede generar confusión. Y si lo que se pretende es una simplificación, la mejor opción es implementar un procedimiento abierto simplificado.

Pero, de incorporarse tal posibilidad, la facultad del órgano de contratación de adjudicar el contrato sin negociar ha de preverse de forma clara e indubitada en el pliego, de forma que los licitadores puedan presentar su mejor oferta como oferta inicial. Pero, como bien advierte I. GALLEGO, «*esta previsión no puede suponer una cláusula de estilo que permita al poder adjudicador decidir de forma arbitraria si abrir la negociación o no en cada caso. Del mismo modo que la elección de un procedimiento complejo como es el procedimiento de licitación con negociación ha de motivarse expresamente (art. 84), también será preciso razonar por qué se considera que, a la*

¹⁰¹ I. GALLEGO CORCOLES, «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013, 2014*, en prensa.

¹⁰² Ministerio de Defensa. Guidance The EU Defence and Security Public Contracts Regulations (DSPCR) 2011. Chapter 8. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/the-european-union-defence-and-security-public-contracts-regulations-dsPCR-2011>.

¹⁰³ En concreto, las condiciones son las siguientes: a) la oferta del licitador seleccionado cumple completamente requisitos exigidos en la documentación contractual; b) se puede aceptar la oferta sin negociaciones que produzcan cambios materiales en la oferta; c) se estableció en los documentos contractuales que: (1) el órgano de contratación se reserva el derecho a negociar solo con el licitador que presente la mejor oferta que cumpla los requisitos del pliego de acuerdo con los criterios de adjudicación y (2) que los licitadores deben presentar sus mejores ofertas desde el principio.

vista de las ofertas iniciales recibidas, debe prescindirse de la negociación, habida cuenta de que al inicio del expediente se consideró que esta era la forma de conseguir los mejores resultados en la contratación. Por ello, prescindir de la negociación sólo será en principio posible cuando, aplicando los criterios de adjudicación, las diferencias entre una oferta y las demás sean tan abultadas que la negociación en sí sea ineficiente, lo que sucederá cuando no sea razonable que las demás ofertas puedan acercarse a la oferta inicial económicamente más ventajosa y la negociación sólo suponga un coste tanto para el órgano de contratación como para las propias empresas”.

5.- EPILOGO

Nos encontramos en tiempos de cambios que exigen reformas en profundidad de la normas administrativas y en concreto de las de contratación pública, que permitan, ahora sí, configurar un modelo armonizado y uniforme de contratación pública en Europa que permita una adecuada optimización de los fondos públicos para consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, y que incorpore como premisas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad.

Si la necesaria estabilidad del marco normativo es deseable, también la necesario 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 sostenibilidad¹⁰⁴. La necesidad derivada de la nueva regulación aconseja la adecuada profesionalización. Objetivo que se recoge en la Declaración de Cracovia, que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad los días 3 y 4 de octubre de 2011, y que entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, propone *profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación*.

Y para ello, las Directivas de contratación pública contemplan la obligación de constituir tanto estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda para preparar como órganos especialmente preparados llevar a cabo los procedimientos de contratación. Además, y como consustancial a la 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 impidan¹⁰⁵. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad¹⁰⁶.

Para cumplir este fin de integridad no basta con una regulación reaccional de carácter penal (mediante la tipificación como ilícita de la información privilegiada,

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ 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>

¹⁰⁶ Ver GIMENO FELIU, J.M., “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, ob. cit., pp. 518 y ss.

cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos¹⁰⁷), que, siendo necesaria, no es suficiente¹⁰⁸.

Hay que reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva, tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas¹⁰⁹, Agencias de Lucha antifraude¹¹⁰, creación de autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos¹¹¹ y, sobretodo, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido¹¹². Hay que exigir una mayor cualificación y responsabilidad de los “gestores”

¹⁰⁷ A este respecto, resultan de interés CASTRO CUENCA, C.: *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2009 y JAREÑO LEAL, Á.: *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011.

¹⁰⁸ La ciudadanía “exige” esta depuración de responsabilidades penales, pero lo importante es evitar que las conductas patológicas se produzcan. Sobre la responsabilidad penal y administrativas de empresas resulta de interés en estudio de S. BACIGALUPO y J. LIZCANO, *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas*, ed. Programa EUROsocial, Colección Estudios núm. 1, 2013. en delitos relacionados con la corrupción”

¹⁰⁹ Sin duda puede ser una importante herramienta función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. Sobre ello resulta de interés el trabajo de J. MEDINA GUIJARRO y J.C. LÓPEZ LÓPEZ, “La fiscalización de la contratación administrativa por el Tribunal de Cuentas”, Documentación Administrativa núms. 275-276, 2006, pp. 407-424. Obviamente se deberá “incentivar” la aplicación del procedimiento de responsabilidad contable regulado en la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, para los casos de daños al erario público por una “mala práctica” de la normativa de contratación pública (incluida la contable y presupuestaria. C. CUBILLO RODRÍGUEZ, “Las responsabilidades jurídicas derivadas de la contratación del sector público”, en libro col. La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 634-638. La dificultad de exigir responsabilidades está siendo un factor que “incentiva” el incumplimiento de las reglas y principios que quiebran con los modificados ilegales. Labor de control que va a resultar más difícil a raíz de la STS núm. 8506/2012, de 28 de noviembre de 2012 (que casa y anula otra de la Sala de justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (TCu) dictada el 17 de marzo de 2010 resolviendo el procedimiento de reintegro por alcance en relación con el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, de Madrid), que limita la capacidad de control por alcance y lo condiciona a la existencia de un recurso contencioso previo. El argumento de que “no siendo impugnado dicho convenio, ni habiendo sido reparados tales pagos por la Intervención Municipal, ni habiéndose emitido informe con tacha alguna por parte de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento” no hay responsabilidad contable puede condicionar la función de control del Tribunal de Cuentas y sus homólogos, máxime cuando, hasta ahora, en el caso de los modificados nunca se ha acudido ante los tribunales. Queda el control, no obstante, remitido a la función de asesoramiento de intervención y servicios jurídicos que han de ser la pieza clave en el cumplimiento de la legalidad.

¹¹⁰ Un ejemplo es la Ley 14/2008, del 5 de noviembre (modificada por 7/2009, de 13 de mayo), de la Oficina Antifraude de Cataluña crea la Oficina Antifraude de Cataluña, entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con el fin de prevenir e investigar posibles casos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público. En Portugal, desde hace un par de años existe el Consejo para la Prevención de la Corrupción, que es un órgano administrativo independiente que trabaja “con” el Tribunal de Cuentas de Portugal para la prevención de la corrupción y los delitos conexos (art. 1º da Lei nº 54/2008).

¹¹¹ Es el caso de Italia, que regula esta figura en su Código de contratos públicos. De interés el trabajo de S. TORRICELLI, “L’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia”, en libro colectivo coord. Por Rafael Fernandez Acevedo y Patricia Valcarcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 493-509.

¹¹² Me remito a mi trabajo “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe CORA. Balance y prospectiva”, Revista Catalana de Dret Public núm. 47, 2013.

públicos (evitar la politización). Debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos¹¹³. Y ello porque esta en juego, insistimos, la efectividad del derecho a una buena administración¹¹⁴. En tiempos donde el debate se centra en la regeneración democrática, la revisión del modelo normativo, su necesaria “codificación” y una praxis menos burocrática es una exigencia para revertir un modelo confuso, a veces opaco, y muy poco eficiente, que revela a la organización pública como un obstáculo¹¹⁵.

Pero esta nueva visión “ética” 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 legal¹¹⁶. Sin duda, la prevención ética es una cuestión exigible a todas las partes de la contratación pública.

Este es reto de la transposición de las nuevas Directivas cuyo diseño debe permitir implantar una nueva gobernanza pública –junto con otras reformas estructurales–, incorporar como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad que permita impulsar un modelo armonizado y transparente de gestión de los fondos públicos, que ayude a consolidar las específicas políticas públicas inherentes

¹¹³ Por todos, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2014 (2ª ed). También A. SABAN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

¹¹⁴ Para ello debe promoverse la colaboración de organizaciones sociales -no politizadas- para el control de riesgos de corrupción así como de los empleados públicos, previendo un sistema eficaz de denuncias (sin “coste” para el denunciante). Resultan también de interés las opiniones de J. VAZQUEZ MATILLA, “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública.”, en www.obcp.es y A. MADARIAGA VENEGA, “Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública”, en www.obcp.es.

¹¹⁵ Muy elocuente sobre esta visión 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 competencia, con regímenes excepcionales, se pone en peligro la democracia.

¹¹⁶ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los *compliance* programas “anti-corrupción” como exigencias legales de contratación pública”, en libro colectivo *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, dirigido por Mario Garces Sanagustin 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.

a nuestro modelo social y económico, impulsar la reactivación económica y empresarial y, por supuesto, a legitimar democráticamente nuestro modelo político¹¹⁷.

Como conclusión, puede afirmarse que nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización de compra pública, como instrumento al servicio de políticas pública, 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.

¹¹⁷ 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.