

LA REFORMA COMUNITARIA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS Y SU INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. UNA VISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INTEGRIDAD¹.

José María Gimeno Feliu

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

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

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

Las nuevas Directivas de contratación pública (23 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero), la denominada “cuarta generación”, persiguen dos objetivos complementarios²: el primero es incrementar la eficiencia del gasto público, para lo cual resulta crucial aumentar la eficiencia de los procedimientos de contratación, lo que pasa por su racionalización y simplificación. De una visión burocrática, se aspira a una visión estratégica con la finalidad de conseguir objetivos sociales comunes, como proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social y asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de alta calidad³. Estas Directivas, cuyos principios se extienden a todas las fases de la contratación (artículo 18 de la Directiva 2014/24) vienen a superar la lógica “armonizadora” de sus predecesoras y optan, como señala G.A. BENACCHIO por prescindir del establecimiento de reglas excesivamente rígidas e invasivas en favor de la promoción de los objetivos de simplificación y eficiencia⁴. Son textos, por lo demás, de mayor “densidad” que sus predecesoras y se siguen observando parecidas deficiencias técnicas

¹ Este documento coincide, con alguna actualización, con el trabajo “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, publicado en libro colectivo *Las nuevas Directivas de contratación Pública*, número monográfico del *Observatorio de los contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 37-105.

² Vid. J.A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; M.M. RAZQUIN, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, RAP núm. 196, 2015, pp. 97-13 y J.M. GIMENO FELIU, “Las nuevas Directivas –cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, REDA núm. 159, 2013, pp. 25-89.

³ Sobre este aspecto me remito a mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014

⁴ Vid. “Verso le Direttive di quarta generazione”, en G.A. BENACCHIO/M. COZZIO *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, p. 8.

que complican la correcta adaptación de sus reglas a las normas nacionales⁵. Pero a pesar de todo, en mi opinión, suponen un importante avance pues han de permitir replantear el modelo teórico y práctico de la legislación de contratación⁶.

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

Ciertamente, la obligación de transposición debe ser considerada como una “nueva” oportunidad para regular correctamente una materia tan sensible y de tanta importancia económica y social⁷. Transposición que, además de simplificar y favorecer una transparencia efectiva debe preservar la idea de uniformidad jurídica como fin en sí mismo, por lo que deben preverse soluciones normativas donde resulte indiferente la cuantía o importe del contrato. Los objetivos de las nuevas Directivas –y los principios que las inspiran⁸– deben servir de modelo general para toda la contratación pública⁹.

Es momento también para actualizar los conceptos y pilares sobre los que se diseñó el modelo institucional del contrato administrativo en España, donde la idea basilar de las “prerrogativas administrativas” cede a favor de un modelo de igualdad de trato, eficiencia e integridad en la gestión de los fondos públicos¹⁰. Por supuesto, debe hacerse un esfuerzo por incorporar las nuevas categorías y conceptos, pues solo así se puede consolidar el objetivo de uniformidad jurídica pretendido por la normativa comunitaria¹¹. Lo que exige un contexto de predictibilidad de normas y de confiabilidad

⁵ Especialmente crítico, también con el Derecho de la Unión Europea, se manifiesta J. SANTAMARIA PASTOR, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública” *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 159, 2013, p. 35.

⁶ Me remito a mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

⁷ Sin olvidar el carácter estructurante del ordenamiento jurídico de esta norma, por bien ha explicado M. CARLON en su trabajo “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico”, en libro colectivo dirigido por R. GOMEZ-FERRER MORANT *Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1801-1823.

⁸ Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a las monografías de J. A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006 y C. VIANA, *Os principios comunitarios na contratação pública*. Coimbra Editora, 2007.

⁹ Vid. X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 50, 2014, pp. 73-101.

¹⁰ Idea que expone con claridad el trabajo de J.L. MEILAN GIL, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *RAP* núm. 191, 2013, pp. 11 y ss. Esta necesidad de actualización es evidente en los temas de los modificados contractuales (p. 30). En el fondo, se diluye la categoría del contrato administrativo, caracterizado, por un derecho exorbitante, de tal manera que el enigma del contrato administrativo (en sugerentes palabras de ARIÑO ORTIZ, “El enigma del contrato administrativo”, *RAP* núm. 172, 2007, pp.79-102) parece resolverse hacia una regulación del contrato público ya no justificada en el *imperium*, sino en la transparencia para preservar un modelo de concurrencia.

¹¹ No puede olvidarse que, como bien recuerda J. B. AUBY (“Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere”, *Public Law*, spr, 2007, p. 57), los distintos ordenamientos jurídicos nacionales se enfrentan a los mismos problemas y que lo hacen con un grado de similitud superior al que uno pueda inicialmente imaginar. Por ello, un “lenguaje único” es un objetivo irrenunciable. De ahí la

en el modelo de compra, vinculado a la idea o regla de la integridad. Principios alejados de una visión burocrática de la contratación pública, que lo que pretenden es modernizar y racionalizar los modelos productivos y de provisión de servicios desde una perspectiva estratégica tanto en la planificación como en la adquisición y ejecución de los contratos públicos. En pleno siglo XXI, caracterizado por una globalización económica y una competencia sobre modelos diversos de productividad, la estrategia sobre cómo realizar las adquisiciones públicas, se presenta como el principal elemento diferenciador en la propia configuración del modelo económico y social.

Por supuesto, y desde la coherencia del modelo, el contenido “armonizado” que se propone en las Directivas, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública¹². Esto significa que los principios comunitarios inherentes a la contratación pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no “armonizado”, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral¹³.

Lógicamente, no pueden ser abordadas todas estas cuestiones en esta ponencia, lo que aconseja “limitar” la misma al impacto que puede y debe tener en nuestra vigente Ley de Contratos del Sector Público desde la perspectiva del principio de integridad ya que la contratación pública (mediante adecuada regulación) debe ser un instrumento principal que asegure la gestión eficiente y libre de corrupción de los contratos públicos¹⁴.

importancia de la jurisprudencia del TJUE, que debe seguir siendo el principal parámetro interpretativo de esta nueva normativa comunitaria (que no se caracteriza por la técnica normativa ni fácil comprensión de lo dispuesto). Sobre esta rol de la jurisprudencia comunitaria me remito al trabajo de M. COZZIO, “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 89-114.

¹² No en vano, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006) insistía en esta interpretación. Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

¹³ 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 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.

¹⁴ Los recientes casos de corrupción en España, generalmente vinculados a la contratación pública aconsejan esta visión. Fenómeno de la corrupción que no es algo nuevo ni ajeno a la práctica administrativa y política en España, si bien su dimensión cualitativa esta erosionado el sistema institucional público, lo que exige medidas contundentes de regeneración democrática que hagan del principio de integridad uno de los factores o claves del liderazgo institucional. Muy sugerente sobre esta cuestión son los trabajos de También A. SABAN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991; M. SÁNCHEZ MORÓN, “La corrupción y los problemas de control de las Administraciones”, en Laporta, F.J. y Álvarez, S. (eds.) *La corrupción política*, Alianza Editorial,

La realidad nos presenta como en los procedimientos y ejecución de contratos públicos concurren numerosos casos de corrupción y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas (la corrupción genera pérdidas en la economía de la UE que se estiman en unos 120.000 millones de euros al año -1% del PIB europeo- y conlleva la distorsión del funcionamiento del mercado interior - Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio, p. 3- y, por supuesto, pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas¹⁵.

El mercado de los contratos públicos es donde existen “mayores tentaciones” y ofrecen más oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público¹⁶. De hecho la organización Transparencia Internacional afirma que «la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial»¹⁷.

Asimismo, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que “el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y

Madrid, 1997; y libro colectivo *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004. Como obra de referencia sobre esta cuestión debe recordarse el excelente libro del profesor A. NIETO, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997. Más recientes, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2014 (2ª ed) y E. Jiménez Franco, “Administración pública y corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad”, en libro colectivo *El nuevo derecho administrativo* (libro homenaje al prof. Dr. Enrique Rivero Ysern) 2011, págs. 199-225.

¹⁵ 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..

¹⁶ Estudio de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*. Madrid, INAP, 2010. *En la doctrina pueden consultarse*: J. M. GIMENO FELIU, “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2010, núm. 147, pp. 517-535; T. MEDINA ARZAIZ, “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española, en libro col. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 299-344; ibidem, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, núm. 7382, Sección Doctrina, 16 de abril de 2010. A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; R. RIVERO ORTEGA, “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana ” en el libro colectivo *Corrupción y delincuencia económica* (coord. por Nicolás Rodríguez García, Eduardo A. Fabián Caparrós) 2008, Universidad Santo Tomás (USTA), pp. 169-192; y B. ARIEL REZZOAGLI, *Corrupción y Contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Editorial Ratio legis, 2005. Resultan de interés las reflexiones de J. VAZQUEZ MATILLA, “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública”, *Observatorio de la Contratación Pública*, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.80/chk.7d9fb65e7d35bd7a933a591d1c145585>, y de A.F. MADARIAGA VENEGAS, “Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública”, en obcp.es (21 de octubre de 2013).

¹⁷ http://www.transparencia.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas.

corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea”, e insta a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, merced a los “efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior¹⁸”.

La Unión Europea viene insistiendo en esta idea y es abiertamente combativa contra los supuestos de corrupción¹⁹. 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 Unión²⁰.

Una de las principales razones que explican el avance de estas prácticas se encuentra, como ya se ha indicado, en el elevado volumen de recursos que moviliza la contratación del sector público²¹. Entre los tipos contractuales potencialmente más expuestos a la corrupción, se viene mencionando que son los contratos de obras los que han dejado al descubierto los escándalos más sonados de casos de corrupción. Los grandes proyectos de obras o infraestructuras, las telecomunicaciones o los relacionados con el sector energético y el de la defensa son igualmente considerados como propensos a prácticas corruptas, ya que la complejidad tecnológica de dichos sectores ofrece una mayor oportunidad para ocultar diversas y variadas prácticas corruptas. Pero en los últimos años han crecido exponencialmente estas prácticas indebidas en los contratos menores, que, en ocasiones, se han utilizado para financiación ilegal de partidos políticos o adjudicar directamente a personas o empresas afines.

Los efectos de la corrupción en la gestión administrativa son evidentes²². Amén de una clara ineficiencia en la gestión de fondos públicos²³, es una pérdida de

¹⁸ 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).

¹⁹ 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.

²⁰ *EU Anti-Corruption Report*, COM (2014) 38 final, de 3 de febrero de 2014. El informe consta de: I. Introducción; II. resultados de la encuesta Eurobarómetro 2013; III. un capítulo horizontal sobre tendencias de corrupción y conclusiones; IV. un capítulo transversal centrado en la contratación pública; V. Anexo sobre metodología; VI. Capítulos nacionales que se recogen en Anexos para cada Estado miembro, completado con futuras medidas y seguimiento. El aspecto más destacado del *Informe 2014* es la especie de vademécum que proporciona de prácticas contrarias a la integridad, lo que permitirá reaccionar, prevenir y poner solución a los problemas que plantean. Aquel consta materialmente de dos partes. La primera de ellas realiza una visión global de la corrupción, mientras que la segunda se dedica específicamente a la contratación pública. Ese estudio se acompaña de un análisis singularizado para cada Estado, que en caso español es el *Anexo 9*.

²¹ L. MARTÍN-RETORTILLO, «Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción», en libro colectivo *Don Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa*. Madrid: Universidad Complutense, 2000, p. 87.

²² Las analizo en mi trabajo “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *ob. cit.*, pp. 517-535.

competencia que afecta a la solvencia cualitativa del sector empresarial. Sin una competencia real, la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos. En tiempos de crisis como los actuales son muchos más visibles estos efectos (como acaba de poner de relieve el citado Informe de la Comisión Europea sobre corrupción²⁴).

Esta cuestión no puede resultar indiferente para quienes enseñamos el Derecho Administrativo y creemos en su carácter transformador de la sociedad²⁵. Por ello, frente a la opción de una descripción propedéutica de los cambios que contiene las nuevas Directivas comunitarias, parece oportuno reflexionar sobre los puntos críticos de nuestra legislación de contratos públicos, que, pese a su extensión y detalle ha fracasado en el objetivo de prevención de la corrupción. Intentaré sistematizar lo que considero “ideas fuerza” para reforzar, desde el paradigma de la integridad y buen gobierno, la legislación nacional de contratos públicos²⁶.

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

²³ Según D. STROMBOM (“Corruption in Procurement”, en *Economic Perspectives*, 1998, núm. 3, p. 22) los costes añadidos al contrato pueden llegar a ser de un 20%, pudiendo alcanzar incluso un 50% del monto total del contrato.

²⁴ http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm. También interesa el trabajo de T. MEDINA ARNAIZ, “Las disposiciones financieras de la Unión Europea y su aplicación a la contratación pública: especial referencia al nuevo reglamento financiero y sus normas de desarrollo”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 165 a 191 y, en especial, 188 a 190.

²⁵ Por mucho que el fenómeno de la corrupción sea muy antiguo. Basta recordar la celebre frase de Cicerón expuesta para defender la acusación contra el pretor de Sicilia Gaio Licinio Verre, acusado de corrupción y apropiación indebida (Verrem, 70 a.C, Actio Prima, I, 4): “*Nihil esse tam sanctum quod non violari, nihil tam munitum quod non expugnari pecunia posset*”.

²⁶ Sigo la sistemática de mi trabajo “Regole e strumenti per la prevenzione della corruzione nell’ordinamento spagnolo con particolare riferimento al sistema di contrattazione pubblica”, *DIRITTO E PRATICA AMMINISTRATIVA*, Numero speciale del mensile di documentazione giuridica e gestionale: “Appalti e contratti pubblici appalti pubblici e legalità”, a cura di M. Agostina Cabiddu y M. Cristina Colombo, 2014; así como mi opinión “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, publicada en www.oncp.es: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/recategoria.208/reلمenu.3/chk.1b2c9f6d99eef44223c17ac60720747>.

Interesa en trabajo de M. COZZIO (también en este monográfico), “Gli strumenti giuridici per contrastare la corruzione nelle nuove Direttive europee”. En la doctrina española, sobre esta concreta cuestión de prevención en la contratación pública resultan de interés los trabajos de I. GALLEGO CORCOLES “La prevención de la corrupción en la contratación pública”, en la obra colectiva *Prevención de la corrupción en las Administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, pp. 61-92 y T. MEDINA ARNAIZ, “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 295-340. Desde la perspectiva del Derecho penal, puede consultarse V. MUSACCHIO, “Corrupción y adjudicaciones públicas en el ámbito europeo”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 19, mayo 2013. Desde la perspectiva del derecho comparado: S. WILLIAMS-ELEGBE, *Fighting corruption in public procurement: A comparative analysis of disqualification measures*, Hart Publishing, Oxford, 2012; y G. RACCA, C. YUKINS (eds), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, 2014..

La contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar, y reflexionar, sobre la función y el efecto de la transparencia²⁷. Y ello, principalmente, porque el impacto económico de los contratos públicos es de tal dimensión que afecta a la consecución del objetivo del mercado interior y desarrollo de la actividad económica transfronteriza. Los últimos estudios publicados por la Comisión Europea son elocuentes: en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del producto interior bruto (PIB) europeo y en el 2010 más del 19%²⁸. Una adecuada y efectiva transparencia puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos —de especial interés en un contexto de reducción del déficit público y que se presenta como alternativa a políticas de recortes—, como de una gestión transparente compatible con el derecho a una buena administración (como indica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2003, Interporc)²⁹. En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 abril de 1996, Autobuses Valones). Y son varias las estrategias a adoptar para hacer de la transparencia el eje de la contratación pública³⁰.

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

²⁸ Son datos, respectivamente, extraídos del documento de trabajo de la Comisión Europea *Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*, de 27 de abril de 2010, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf y del documento *Public Procurement Indicators 2009*, Comisión Europea (DG Mercado Interior), 11 de noviembre de 2010, en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf. Conviene advertir que la importancia de los contratos públicos por estados miembros es muy variable: desde el 11,1% del PIB de Grecia, al 18,5% de España, pasando por el 19,3% de Francia o el 30,9% que significan en Holanda. Según datos aportados por la Comisión, en el año 2012 el porcentaje de gasto destinado a las compras públicas a nivel de la UE se han fijado en un 19 por ciento del PIB. Véase el Documento de trabajo *Public procurement indicators 2012*, de 12 de noviembre de 2014, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/20141105-indicators-2012_en.pdf [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2015].

²⁹ La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado en febrero de 2015 un documento de análisis de la contratación pública en España “PRO/CNMC/001/15: *Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia*” (http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf). En él reconoce una serie de fortalezas así como de oportunidades de actuación orientadas a la consecución de mayores niveles de transparencia y competencia y cifra en 47 000 millones de euros al “ineficiencia” del modelo de contratación pública en España.

³⁰ S. ARROWSMITH ha identificado certeramente los cuatro ejes esenciales: a) asegurar una publicidad adecuada de las licitaciones que garantice el conocimiento por los potenciales interesados de las posibilidades de contratación; b) garantizar que los poderes adjudicadores ponen en conocimiento de los potenciales licitadores las reglas o criterios de adjudicación de los contratos; c) favorecer la consolidación de un sistema que limita en lo posible las facultades discrecionales de los órganos de contratación; d) facilitar que se pueda verificar que se han cumplido las reglas que han de observarse y, en su caso, poder garantizar su respecto a través de un sistema de recursos que tenga por finalidad hacer cumplir las normas observables. “The revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions”, *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*; Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pág. 286.

El significado del principio de transparencia en la contratación pública ha sido bien 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)³¹.

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

³¹ 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.

de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). **El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas 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 trate³². También, debe servir para evitar que mediante fraccionamiento del objeto contractual –que “alteran” el nivel de publicidad- se eludan los principios de publicidad y concurrencia³³, o modificados de los contratos ya celebrados, alterando el objeto se eludan el principio de igualdad de trato, falseando la concurrencia³⁴. Y lo mismo con una inadecuada tipificación de la prestación, lo que aconseja la extensión de la aplicación de los códigos CPV³⁵.

La transparencia en la contratación pública, como principio instrumental, exige una implementación compatible con su finalidad³⁶. Son necesarios sistemas ágiles,

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, apartado 111. También STJUE de 6 de noviembre de 2010, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, apartado 44 y STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, apartados 33 y 34.

³³ 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.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ Interesa la Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública, que da cuenta de posibles acciones para asegurar la máxima concurrencia.

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 licitadores³⁷. Los medios electrónicos y la transición hacia la compra pública electrónica, se manifiestan, en este contexto, como un eje de reforma irrenunciable, si bien parece existir, como destaca M. CAÑO, cierta falta de visión³⁸. Lo que puede explicarse, como ha advertido M. RAZQUIN, por la lenta puesta en marcha de la administración electrónica³⁹.

En este aspecto la legislación española ha manifestado una clara “debilidad”. La práctica española tras la LCSP de 2007 instrumentó el principio de publicidad mediante los perfiles de los contratantes, argumentado que estos medios informáticos de publicidad estaban recomendados por la propia Comisión Europea. Sin embargo, el desarrollo efectivo de esta previsión se aleja del objetivo pretendido, pues se permitió que todo ente contratante pueda crear su propio perfil de contratante (miles de ellos), lo que supone una clara fragmentación del mercado (al fragmentar la información), máxime cuando en los contratos no armonizados los poderes adjudicadores no administración pública solo publican sus licitaciones en su perfil (artículo 191 TRLCSP). Nos encontramos así ante una barrera de entrada para nuevos operadores económicos que introduce innecesarias dosis de inseguridad jurídica, que pueden conducir a la postre a un mercado «cautivo», que potencia la compra del «cercano» e impide el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad, por cuanto la actividad contractual realizada por los entes instrumentales no es en modo alguno residual, tanto por el número de entes existentes en la actualidad, como por el volumen de los contratos que realizan.

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

“Plataforma de Contratación del Sector Público.

La Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 334 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto

³⁷ Puede también resultar interesante trabajar en técnicas semánticas para la contratación pública (como ejemplo el proyecto ContSem y ontología PPROC: http://contsem.unizar.es/def/sector-publico/pproc-primer_1.0.0_es.html).

³⁸ M. CAÑO, “La nueva contratación pública: cuadro para una exposición”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.177/recategoria.121/re/menu.3/chk.4308fc461a71df71b1729e420f574f9b>. Sobre las posibilidades de la contratación electrónica resulta de interés la monografía de R. MARTINEZ RODRIGUEZ, *La contratación pública electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. El *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación electrónica en la UE* (Documento COM 2010 (571) Final), publicado por la Comisión Europea en octubre de 2010 ha definido la contratación pública electrónica de forma general, incluyendo no sólo los procedimientos de contratación efectuados íntegramente por medios electrónicos (noción estricta) sino también la utilización de las TIC en cualquier fase de los procedimientos de contratación pública (noción amplia). Resulta de interés la Comunicación de la Comisión de 2013 titulada “Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública” (Documento COM (2013) 453 final).

³⁹ M. RAZQUIN LIZARRAGA, “La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales”, RAP núm. 186, 2011, p. 57.

legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pasará a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público.

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

Con esta reforma legal, al margen de consideraciones de técnica normativa (hubiera sido mejor una reforma del TRLCSP y unos plazos claros de cumplimiento, así como las consecuencias jurídicas del incumplimiento), se introduce la obligación de publicar en la Plataforma de Contratos del Sector Público toda licitación pública de cualquier poder adjudicador, sea o no estatal⁴⁰. Y ello, sobre el fundamento de la unidad de mercado, con apoyo en el artículo 139 CE, del que deriva esta obligación de “uniformidad jurídica de los sistemas de publicidad”. De ese modo, cualquier operador jurídico, con independencia de su procedencia, podrá conocer cuál es el objeto de la licitación y decidir si resulta de su interés o no.

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

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

Esta «deslegalización procedimental» ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para nuevos operadores económicos, introduciendo, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica que pueden conducir a la postre a una fragmentación del mercado que favorece que aparezcan prácticas de naturaleza clientelar, lo que impide el efectivo

⁴⁰ Sobre la Plataforma de contratación del sector público puede consultarse GARCÍA JIMÉNEZ, A., “La Plataforma de contratación del Sector Público y su incidencia en las Entidades Locales”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 24, 2014, p. 2661 a 2670. Y R MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “La transparencia (y la reserva de información) en el urbanismo y la contratación pública. límites legales a las potestades discrecionales y la aportación de las TIC”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 34, 2014

funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala, lo que limita el principal objetivo de la reforma introducida por la Ley de Unidad de Mercado. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación⁴¹. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública (más de diez mil), per se, conlleva a tal dispersión de reglas distintas (de difícil localización, por lo demás) que hace inviable que los licitadores puedan conocer los distintos procedimientos, lo que conduce a un mercado “cerrado” claramente ineficiente y alejado del objetivo de efectiva transparencia.

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

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

La arquitectura jurídica de nuestra legislación de contratos desde 2007 contenía, a modo de caballo de Troya contra el principio de integridad, ciertas previsiones normativas que han amparado la opacidad y, por ende, prácticas clientelares muy alejadas de los principios inherentes a la contratación pública y, también a la actuación administrativa. Sirva de ejemplo, y paradigma de la patologías en España, la sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2013 (asunto T-384/10, *España/Comisión*). En esta sentencia se relatan una serie de irregularidades relativas al incumplimiento por parte de las autoridades españolas de las normas en materia de contratación pública tras la auditoría de determinados contratos relativos al abastecimiento de agua a poblaciones ubicadas en la cuenca hidrográfica del río Guadiana. Estas malas prácticas comprenden: el fraccionamiento artificial del contrato con el fin de eludir la obligación de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea; la inclusión entre los criterios de adjudicación el criterio de la experiencia en España, en Andalucía y con la empresa GIASA (Gestión de Infraestructuras de Andalucía S.A); el recurso al procedimiento negociado sin la concurrencia de las circunstancias que lo posibilitan; la previsión de un procedimiento de «pre-adjudicación» y, finalmente, el establecimiento de un plazo insuficiente para la presentación de las ofertas. Todas ellas incluidas en las denominadas *red flags* (banderas rojas) en el estudio que sobre corrupción y contratación pública ha elaborado la Oficina de Lucha Anti Fraude de la Unión Europea (OLAF)⁴².

Sobre estas cuestiones debe insistirse en varias ideas básicas. La primera, que resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de

⁴¹ Sobre esta patología vengo insistiendo desde mi trabajo “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras”, RAP 176, 2008, pp. 9-54.

⁴² Resulta de interés el documento sobre Public Procurement: costs we pay for corruption Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU (2013), que se puede consultar en http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and-studies/pwc_olaf_study_en.pdf

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 trate⁴³.

Respecto a la elección de procedimientos, debe insistirse en la correcta utilización del procedimiento negociado en España. El procedimiento de licitación con negociación, regulado en el artículo 29, está contemplado en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (ACP), siempre que se contemple en el anuncio de licitación⁴⁴. 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 justo⁴⁵. La normativa comunitaria “extiende” la aplicabilidad de este procedimiento, considerado muy útil en ciertos supuestos⁴⁶. 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 técnicas⁴⁷. Existen, pues, varios supuestos dónde los procedimientos que incluyen negociación pueden ser especialmente útiles⁴⁸:

- 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,

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, «Succhi di Frutta», apartado 111.

⁴⁴ Los considerandos de la Directiva reconocen que existe una necesidad generalizada de mayor flexibilidad y, en particular, de un acceso más amplio a un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones, como las que regula el ACP explícitamente para todos los procedimientos. Por ello plantea que, salvo disposición en contrario en la legislación del Estado miembro de que se trate, los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de utilizar un procedimiento de licitación con negociación conforme a lo establecido en la Directiva, en situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación.

⁴⁵ 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) (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/recategoria.121/remenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1>).

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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».

⁴⁸ 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)⁴⁹.

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 negociación⁵⁰. Los elementos que en ningún caso se podrán modificar en el transcurso de la negociación son la descripción de la contratación, la parte de las especificaciones técnicas que defina los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación. Por supuesto, durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato, por lo que no podrán facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Y tampoco revelarán a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de este⁵¹.

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 [...]»⁵². Es este, por tanto, un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente⁵³. La negociación debe respetar la igualdad de trato y por ello las condiciones de la negociación y del contrato deben ser conocidas y no susceptibles de modificación. En consecuencia, en las negociaciones de un procedimiento negociado no se pueden variar las prescripciones técnicas obligatorias, tal y como acaba de afirmar el TJUE en su sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013, relativo a una licitación pública de un contrato con objeto de «Concepción y construcción del tramo de carretera Aruvalla-Kose de la E263» que licitaba un Organismo público del Estado de Estonia mediante procedimiento negociado con publicidad. Una prescripción técnica obligatoria era que el ancho de la carretera a construir fuera de seis metros y medio pero durante la

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Sobre esta cuestión debe tenerse en cuenta la doctrina de la STJUE de 15 de octubre de 2009. Sobre la misma, es de interés el comentario de I. GALLEGRO CORCOLES, «Procedimiento negociado con publicidad y competencia efectiva (Comentario a la STJCE de 15 de octubre de 2009)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 332, año 2012, pp. 119 a 128.

⁵¹ 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.

⁵² Igual consecuencia se infiere de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de junio de 2011, *Evropaïki Dynamiki contra Banco Central Europeo*.

⁵³ Y es que, sin efectiva negociación no hay un procedimiento negociado, que devendría, por ello, en ilegal. Sobre cómo negociar resulta de interés el trabajo de F. BLANCO, «El procedimiento de negociación de adjudicación de contratos administrativos. La negociación como elemento esencial y configurador del procedimiento», en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, 2011, núm. 111, pp. 34 a 41, e *ibidem*, «El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de nueva regulación legal», núm. 116, pp. 36 a 43.

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 anuncio de licitación la que viene a preservar el respeto del principio de la concurrencia necesaria al no condicionarse la posibilidad de presentar ofertas (funcionando en fase de selección como un procedimiento restringido). La necesaria transparencia que ésta implica supone un contrapeso al riesgo de utilización fraudulenta del procedimiento (más propia, por motivos evidentes, en los procedimientos negociados sin publicidad)⁵⁴.

Obviamente, este procedimiento negociado se debe motivar en la conveniencia, a la vista de la prestación, de negociar sucesivamente (en fases o tiempo, explicando el pliego con detalle suficiente los aspectos formales y sustantivos de la negociación y la ponderación de los distintos aspectos) con la finalidad de mejorar las ofertas y conseguir la mejor relación calidad/precio. Conviene insistir en ello porque se ha detectado en nuestro país un incorrecto uso del procedimiento negociado —preferentemente en los casos de sin publicidad por cuantía—, no solo porque se ha entendido que, para estas cuantías existe libertad de elección, sin necesidad de una motivación especial⁵⁵, sino,

⁵⁴ En los casos del art. 26.2 b) de la Directiva 2014/24, se permite que no se publique anuncio de licitación. No obstante, el riesgo de fraude se elimina ya que en estos casos sólo pueden presentar ofertas los candidatos que previamente respondieron al anuncio de licitación del procedimiento ordinario.

⁵⁵ Como bien advierte la *Recomendación 1/2011*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, aun cuando la ley posibilite la utilización de este procedimiento el órgano de contratación debe motivar el porqué de su elección atendiendo, lógicamente, a las ventajas que se derivarían de la utilización de este procedimiento —más complejo en tanto obliga a una negociación, y cuyo desarrollo debe incluirse en el expediente— tal y como exige el artículo 109.4 TRLCSP. Todo ello conduce a la conclusión de que este procedimiento solo será posible cuando se justifique debidamente en el expediente la insuficiencia de una respuesta adecuada mediante el procedimiento abierto o restringido, para lo que debe tenerse en cuenta el riesgo de distorsión de la competencia con este procedimiento, que se incrementa con una incorrecta praxis. *Vid.* J.F FERNÁNDEZ GARCÍA, «Contratación administrativa y libre competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2013, núm. 158, p.103 y C. RUIZ RUBIA, «La justificación del procedimiento negociado», *Contratación Administrativa Práctica*, 2012, núm. 12, pp. 60-62.

principalmente, porque se ha convertido, de hecho, una “consulta simplificada” (y en ocasiones contratación directa) sin que exista en el condicionado ni en las actuaciones de la mesa de contratación actuación alguna relacionada con la negociación de las ofertas que se presentarán a la licitación⁵⁶. Lo que es manifiestamente incorrecto pues, como recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 50/2011, este es un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente, y sin ésta, existe vicio de nulidad de pleno derecho (en este mismo sentido el Acuerdo 8/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). Por ello, sería conveniente “ajustar” la normativa nacional, eliminando la posibilidad de este procedimiento en los supuestos de determinado importe, y reconducir dichos supuestos a una tramitación simplificada del procedimiento abierto (opción ya regulada por la Ley 3/2011, de medidas de contratos del Sector Público de Aragón)⁵⁷.

Existe también un riesgo especial de prácticas calificadas como *red flags* en la fase de los criterios de adjudicación. El artículo 67 de la Directiva 2014/24 establece que los criterios de adjudicación de los contratos públicos, vinculados al objeto de la prestación, se adjudicarán a la oferta económicamente más ventajosa. Se mantiene la necesidad de vinculación al objeto contractual -aunque extiende su ámbito al proceso de producción o comercialización del producto-, lo que excluye, per se, la posibilidad de criterios sociales en tanto no se vinculen directamente al objeto⁵⁸. La oferta económicamente más ventajosa se determinará sobre la base del *precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales* vinculados al objeto del contrato público de que se trate⁵⁹. *Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:*

⁵⁶ 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».

⁵⁷ Asimismo, frente a las posibles ventajas de una mayor flexibilidad de la figura del contrato menor (diseñado como procedimiento simplificado) deben contraerse los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores. Por ello, exigir por medios electrónicos al menos tres ofertas válidas atendiendo al criterio precio (es el caso de Aragón o Galicia) puede servir de “freno” a un uso indebido o las patologías del mismo así como de estímulo a cierta concurrencia efectiva

⁵⁸ Este criterio es uniforme en los Tribunales y órganos administrativos de recursos contractuales. Así, El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, ha destacado la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora: “*La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios*”.

⁵⁹ De gran interés el trabajo sobre esta cuestión de R. FERNANDEZ ACEVEDO y P. VALCARCEL FERNANDEZ, “Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector”, en libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 199-274.

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

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

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

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

En definitiva, se busca un elemento de comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala a fin de conseguir una óptima eficiencia de fondos públicos que ponga en valor la relación calidad/precio⁶⁰. El elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse, tal como los que se citan expresamente, a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán⁶¹. Debe, además, exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato. En resumen, la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo que supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl; y el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

⁶⁰ No se contempla el criterio de experiencia —contrario a derecho por no estar vinculado al objeto del contrato— sino la mejor calidad que en ciertas prestaciones personales puede aportar la cualificación personal. Lo explica bien el considerando 94 de la Directiva 24/2014: “*Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad.*” Resulta de interés el trabajo de R. FERNANDEZ ACEVEDO y P. VALCARCEL FERNANDEZ, “Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector”, en libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 239-261. Como bien precisa P. VALCARCEL, este criterio no supone más que una precisión al criterio calidad en prestaciones personales muy cualificadas, donde el valor proviene no de la empresa sino del concreto personal que se adscribe al contrato. “Valoración de la experiencia en el marco de los criterios de adjudicación”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 131, 2014, pp. 22-24.

⁶¹ Vid. G. DOMENECH PASCUAL, “La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos Públicos”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 30, 2012. En este trabajo se realiza un exhaustivo repaso de la jurisprudencia en la materia.

La previa concreción de los distintos criterios de adjudicación que serán objeto de valoración es un requisito esencial pues como ha recordado STJUE de 24 de noviembre de 2008, *Alexandroupulis*, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores⁶². Así, cada criterio tiene asignado un máximo de ponderación; lo que explica la utilización del adverbio «hasta», con el que se limita el peso total que puede alcanzar. Tras la ponderación fijada para cada criterio, hay que precisar mediante conceptos métricos el peso relativo que, en la valoración global de la oferta, se asigna a cada uno de los criterios de adjudicación fijados a fin de que las valoraciones parciales —efectuadas a la luz de cada uno de ellos— puedan ser agregadas aritméticamente, de manera exacta, transparente y controlable. Por ello, en su concreta aplicación para la asignación de la puntuación, debe preservarse que no se altera indebidamente el sistema de valoración diseñado por el órgano de contratación, pues se corre el riesgo de incurrir en discriminación y falta efectiva de transparencia, tal y como ha recordado la Sentencia TJUE de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06)⁶³.

Conviene insistir en la necesidad de que los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJUE de 4 de diciembre de 2003 (*EVN y Wienstrom*), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores. Criterios que, lógicamente, deben ser comprensibles y de sencilla ponderación, pues de lo contrario existe el riesgo de generar una complejidad que impida la efectiva concurrencia⁶⁴. Por ello, el criterio de producto “innovador” o medida innovadora, exige una clara precisión en el pliego de lo que es innovación y de la forma de su valoración (advirtiendo que el concepto innovación solo puede tener una única interpretación y que esta nunca puede depender del “desconocimiento” del órgano de contratación sobre los aspectos técnicos de la licitación, de manera que puede decidirse, por desconocimiento previo, que una solución merece ese carácter innovador).

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

⁶² La Resolución 107/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 15 de abril de 2011, analiza la cuestión de la necesaria precisión en el Pliego de cláusulas Administrativas particulares sobre los criterios concretos que se seguirán por el órgano de evaluación de ofertas en relación con la determinación de los criterios de adjudicación, siendo insuficiente la simple mención en los Pliegos de la puntuación máxima a otorgar.

⁶³ Especial interés sobre esta cuestión tiene el Informe 6/2014, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la Posibilidad de establecer fórmulas en la ponderación del criterio precio que no asignen necesariamente la totalidad de la puntuación prevista a la oferta de menor precio.

⁶⁴ Un ejemplo lo son los criterios ambientales, pues si bien su utilización es, sin duda, una buena práctica, debe intentarse utilizar fórmulas que permitan una parametrización objetiva sencilla. Sobre esta cuestión me remito al excelente tratamiento que realiza J. PERNAS GARCIA, en su trabajo “Contratación pública y eficiencia energética”, en libro col. *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 292- 327.

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

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

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

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

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

Esto significa, como ya hemos advertido- que no puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa la experiencia del contratista, pues ese aspecto, al ser de aptitud no puede ser de adjudicación, tal y como ha venido a recordar la STJUE de 4 de junio de 2003 (*GAT*)⁶⁵. Cuestión distinta es que se valore la mayor calidad por aptitudes

⁶⁵ Recuérdese que esta era ya la doctrina fijada en la STJUE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*. La STJUE de 9 de octubre de 2014, (España/Comisión As. T-2/07), que desestima el recurso interpuesto por el Reino de España contra la sentencia - del Tribunal General - mediante la cual se desestimó su pretensión de anulación de la Decisión de la Comisión de reducción de la ayuda financiera concedida mediante el Fondo de Cohesión, por incumplimiento de determinadas normas de la Unión Europea sobre adjudicación de contratos públicos, al haber previsto la experiencia, las cualificaciones y los medios a emplear como criterios de adjudicación, insiste en que bajo ningún concepto puede admitirse como criterio válido la experiencia. El Tribunal (apartado 35) declara que la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se basa en la capacidad técnica de los licitadores y esta experiencia constituye un criterio pertinente de verificación de la aptitud de los contratistas, de acuerdo con las disposiciones relativas concretamente a los criterios denominados de «selección cualitativa». Y recuerda que: “los apartados 30 a 32 de la sentencia *Lianakis* y otros, relativa a normas análogas en materia de contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia ha distinguido claramente los criterios de adjudicación de los criterios de selección cualitativa que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión y ha considerado que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión pertenecen a esta última categoría y, por tanto, no tienen el carácter de criterios de adjudicación. De este modo, el Tribunal de Justicia ha excluido que el criterio de la experiencia pueda servir como criterio de adjudicación, contrariamente a lo alegado por el Reino de España” (apartado 36). Criterio consolidado igualmente en España. La Sentencia Tribunal Supremo de 31 octubre 2014 (RJ 2014/5440) insiste en la doctrina sobre ilegalidad de la experiencia como criterio de adjudicación: “En la Sentencia de 11 de julio de 2006 (RJ 2006, 8471), recurso de casación 410/2004, FJ 7º de la Sección Cuarta de esta Sala se recordaba que “este Tribunal en Sentencia de 24 de mayo de 2004 (RJ 2004,

personales en prestaciones de contenido “intelectual”, y para ello resulte relevante los medios personales que se adscriben al contrato, tal y como pone de relieve la STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13, en el que se considera una licitación de un organismo portugués que incluía la experiencia del equipo profesional como criterio de adjudicación⁶⁶, que concluye que no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros. Así debe interpretarse la mención del apartado 67.2 b) de la Directiva 2014/24, que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido “intelectual”, y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continua siendo un criterio de solvencia⁶⁷.

4013) , recurso de casación 7759/1999 , ha sostenido que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa esencial en nuestro ordenamiento. Criterio que se reiteró en la Sentencia de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7426) , recurso de casación 2029/2000 al declarar que "si el criterio de la experiencia está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea resulta indiscutible que no podrá ser consignado en los Pliegos de Condiciones Particulares". Asimismo en la de 28 de febrero de 2005 (RJ 2005, 3453) , recurso de casación 161/2002 se afirmó que la valoración de la experiencia no se compadece estrictamente con la legislación comunitaria pero en dicha cuestión no se entraba al no haber sido alegada por las partes.

Por ello en la Sentencia de 5 de julio de 2005 (RJ 2005, 5205) , recurso de casación 852/2003 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valencia que anulaba el Pliego de condiciones de un concurso recurrido por un licitador, entre otros puntos, por la valoración de la experiencia en contratos de gestión de servicios similares. Otro tanto acontece con la Sentencia de 28 de abril de 2005 (RJ 2005, 4702) , recurso de casación 418/2003 , al rechazar asimismo un recurso de casación deducido por un Ayuntamiento contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había estimado un recurso del Abogado del Estado contra un acuerdo de un Ayuntamiento relativo a la adjudicación de un concurso en que se valoraba la experiencia de empresas que la hubiesen adquirido precisamente en Cataluña. Se declaró que no cabía acoger la alegación municipal relativa a que la escasa puntuación asignada a la experiencia hacía que el citado criterio resultase prácticamente irrelevante. También en la Sentencia de 10 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3495) , recurso de casación 44/1999 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento frente a sentencia dictada por la Sala de lo contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife que anula el pliego de condiciones económico administrativas y el acuerdo de adjudicación de un concurso impugnado por un licitador dado que se exigía una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable lo que infringía el principio de libre competencia ya establecido en el art. 13 de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965, 771 y 1026) . La pervivencia de cláusulas como la aquí controvertida en los Pliegos de Condiciones resulta notoria a este Tribunal al haber examinado recursos de casación en que era objeto de impugnación la puntuación derivada de los criterios de valoración asignados al concepto experiencia (entre otras Sentencias las de 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8416) , recurso de casación 7065/1994 ; 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 31) , recurso de casación 5769/2001 ; 23 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3460) , recurso de casación 2129/2002) , o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (sentencia 13 de abril de 2005, recurso de casación 7987/2000 ; sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511/2002 ; sentencia de 24 de enero de 2006 (RJ 2006, 2726) , recurso de casación 7645/2000 ; sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677/2003; sentencia de 5 de junio de 2006 (RJ 2006, 3211) , recurso de casación 9067/2003)."

⁶⁶ Se fijaba el criterio valoración del equipo un cuarenta por ciento en la ponderación. La puntuación se asignará teniendo en cuenta la constitución del equipo, la experiencia probada y el análisis curricular.

⁶⁷ Lo explica bien el considerando 94 de la Directiva 24/2014: “Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los

Por último, aunque no puedo extenderme, al ser esta una de las ponencias de este Seminario a cargo de la profesora I. GALLEGO, conviene reseñar en que una de las principales “puertas” de la corrupción en España ha sido la generosa interpretación del derecho a modificar los contratos, no solo por imprevisibilidad, sino por nuevas necesidades o conveniencias políticas, alterando el precio final hasta en porcentajes de más de 200 por cien⁶⁸. Debe insistirse en la limitación de la potestad de los modificados (regulados en el artículo 72 de la Directiva 2014/24 y artículo 43 de la Directiva 2014/23). Ya no existe el *ius variandi*, al ser esta una posibilidad (que ya no potestad) que exige el cumplimiento de unos criterios estrictos (que deben ser interpretados de conformidad a la doctrina TJUE, tal y como advierte el considerando 107 de la Directiva 2014/24) que tratan de evitar que existan adjudicaciones ilegales. Por ello, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato y se pueda inferir de forma clara su significado y funcionamiento⁶⁹. Así, el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación⁷⁰. Previsión que se deberá tener en cuenta a efectos de calcular el valor estimado del contrato⁷¹.

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

⁶⁸ Esta cuestión de la modificación de los contratos ha sido objeto de especial atención en mi trabajo “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp. 83-140. Resulta también de interés el estudio de J. VAZQUEZ MATILLA, “The modification of public contracts: an obstacle to transparency and efficiency”, en *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, YUKINS C. y RACCA G (Dirs.), Bruylant (Bruxelles), 2014, pp. 275 – 306. También I. GALLEGO CORCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública” en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167 y J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015, pp. 65-89.

⁶⁹ El TJUE insiste en que los anuncios y pliegos deben tener una clara redacción para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular, consecuentemente, su oferta.

⁷⁰ Vid. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón núm. 27/2011, de 23 de noviembre, donde se concluye, a la luz de la doctrina del TJUE, que: a) las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes, b) el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. En el supuesto concreto, en cuanto la previsión del modificado no figuraba en el pliego, no es posible al alterarse si no el objeto del contrato. Lo contrario supondría una contravención del principio de publicidad y de igualdad de trato, y equivaldría a una adjudicación ilegal, y c) que procederá una nueva licitación, previa resolución, cuando el objeto del modificado no puede licitarse de forma individualizada sin afectar al objeto del contrato principal. No se trata de incorporar al

No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios que ocultará una nueva adjudicación decidida directamente y, por tanto, ilegal. En definitiva, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –entendida como una potestad condicionada– en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada⁷². Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia⁷³ –como recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* “un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación” (apdos. 116-118)–. De especial interés es la citada Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11) que enjuicia un recurso del Reino de España⁷⁴. La sentencia condena al Reino de España y critica 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*”.

Desde esta perspectiva es como, entiendo, debe analizarse la problemática administrativa analizada recordando que toda autoridad pública tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario⁷⁵. Por ello, sin concurrir los requisitos de la modificación debe licitarse la nueva necesidad⁷⁶.

pliego una cláusula de estilo, entendiendo que es ésta una mera exigencia formal y que no ha de afectar a la modificación. Es una auténtica regla sustantiva de obligado cumplimiento. Sin previsión expresa no puede existir un modificado.

⁷¹ En la carta de emplazamiento al Reino de España por el régimen de modificación contractual la Comisión exigía que su posibilidad se debía detallar de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse (lo que guarda relación con su importe).

⁷² Vid. J.L. MEILAN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, ob. Cit., p. 243. También BAÑO LEON, “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 142-145.

⁷³ Criterio de la diligencia ya apuntado por BARRERO RODRIGUEZ, C., *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2000, p. 100. También A.R. RODRÍGUEZ CASTAÑO, “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, en libro col. *La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009, pp. 411-412. Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LOPEZ, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, 2ª ed. La Ley, 2010, p. 1035.

⁷⁴ El litigio tiene por objeto, con carácter principal, la anulación de la Decisión de la Comisión C(2011) 1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a las fases de proyectos: «Suministro y montaje de materiales de vía en la Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Madrid-Lleida» (CCI nº 1999.ES.16.C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad ferroviaria Madrid-Barcelona. Tramo Lleida-Martorell (Plataforma, 1ª fase)» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Accesos a Zaragoza» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.003); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Lleida-Martorell. Subtramo X-A (Olérdola-Avinyonet del Penedés)» (CCI nº 2001.ES.16.C.PT.007), y «Nuevo acceso ferroviario de Alta Velocidad a Levante. Subtramo La Gineta-Albacete (Plataforma)» (CCI nº 2004.ES.16.C.PT.014), y, con carácter subsidiario, la anulación parcial de dicha Decisión por lo que se refiere a las correcciones aplicadas por la Comisión. Se confirma la sanción de casi 24 millones de euros.

⁷⁵ L. MARTIN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de

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

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

La correcta exigencia de solvencia y su adecuada proporcionalidad- que debe preservar el principio de igualdad de trato- es uno de los elementos clave para una correcta licitación y ejecución de la prestación. Y debe primar un concepto funcional, y no formal, del contratista (operador económico, en la terminología de las Directivas)⁷⁷. Así, el artículo 63 de la Directiva 2014/24 viene a aclarar la discrepancia sobre qué tipo de solvencia puede acreditarse utilizando recursos ajenos adoptando la regla de que se pueden integrar todo tipo de solvencia, incluida la económica, *“un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar al poder adjudicador que dispondrá de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. En cuanto a su solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán exigir que el operador económico y dichas entidades sean responsables solidarios de la ejecución del contrato”*.

Por supuesto, puede tenerse en cuenta, en esta fase de valoración de solvencia, la concreta subcontratación, que se regula en el artículo 71 de la Directiva 2014/24. Opción admitida ya por la doctrina del TJUE. Así, en sentencia de 23 de diciembre de 2009, (CoNISMa), se reconoce que: *“tanto de las normas comunitarias como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para la ejecución del contrato público,*

la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación del TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008, ob. Cit., pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las Sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C - 165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39-, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en el TRLCSP.

⁷⁶ Como bien se concluye en el Informe 10/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 11 de abril de 2012, *“Procede licitar un nuevo procedimiento de adjudicación que respete los principios que deben regir la contratación en el Sector Público, sin que la vigencia del contrato inicial pueda verse afectada por la contratación de forma independiente de las prestaciones no cubiertas en su objeto”*.

⁷⁷ Estos requisitos deben ser proporcionales al objeto del contrato y no debe exigirse una forma jurídica determinada, tal y como ha recordado la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2007, Frigerio Luigi.

*directamente o recurriendo a la subcontratación*⁷⁸. En todo caso, como bien advierte el considerando 102 de la Directiva 2014/24, debe garantizarse también adecuada transparencia en esta fase:

*“Asimismo, es preciso velar por que haya cierta transparencia en la cadena de subcontratación, pues así se facilita a los poderes adjudicadores información sobre quién está presente en los lugares en que se realizan las obras de construcción encargadas por ellos o qué empresas están prestando servicios en edificios, infraestructuras o zonas tales como ayuntamientos, escuelas municipales, instalaciones deportivas, puertos o autopistas que dependen de los poderes adjudicadores o sobre los que ejercen una supervisión directa. Es necesario aclarar que la obligación de facilitar la información necesaria incumbe en cualquier caso al contratista principal, tanto en función de cláusulas específicas que cada poder adjudicador debe incluir en todos los procedimientos de contratación como en función de obligaciones impuestas por los Estados miembros a los contratistas principales mediante disposiciones de aplicación general”*⁷⁹.

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

“Para la elección de estos elementos, el artículo 47 de la Directiva 2004/18 deja un margen bastante amplio a las entidades adjudicadoras. En contra de lo que dispone el

⁷⁸ Tal posibilidad puede desempeñar una gran importancia práctica pues permite que realmente se seleccionen a las empresas más capaces desde una visión global del contrato, con lo que, a la vez que garantizar una verdadera concurrencia, se favorecería el mejor cumplimiento de la prestación contractual, evitando, por lo demás, los característicos problemas que se derivan siempre que este aspecto se difiere a la fase de ejecución. Ésta es, por lo demás, la solución adoptada por Francia en su Código de Contratos públicos aprobado por Decreto 2001/2010, de 7 de marzo, que entró en vigor el 9 de septiembre. Posibilidad que si se recoge expresamente en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, en su artículo 42: “En el pliego de condiciones, la entidad contratante podrá pedir al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que, en su caso, tenga la intención de subcontratar con terceros. Dicha comunicación tendrá carácter meramente informativo correspondiendo al contratista asumir la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la entidad contratante.” Y ahora se recoge expresamente en el artículo 25 de la Directiva 18/2004: “En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.

Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal.”

⁷⁹ El artículo 71.3 de la Directiva prevé que los Estados miembros puedan disponer que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público (el contratista principal). Tales disposiciones podrán incluir mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos. Las disposiciones relativas a este modo de pago se establecerán en los pliegos de la contratación. Se trata de la acción directa, recogida en nuestro Código Civil en el artículo 1597. Sobre esta cuestión, de indudable interés en las relaciones contractuales públicas, me remito a las observaciones de F. BLANCO LOPEZ, “La subcontratación administrativa. Ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 del Código civil”, Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 38, 2011, pp. 221-257.

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

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

Con el fin de permitir la mayor concurrencia de licitadores, el artículo 59 de la Directiva 2014/24, prevé la obligación de aceptar las declaraciones responsables de los licitadores como prueba suficiente a efectos de participación en la licitación (opción ya contemplada en el artículo 6 de la ley de Aragón 3/2011 de medidas de Contratos del Sector Público y en la Ley 6/2006, de contratos públicos de Navarra, e introducida parcialmente por la Ley 13/2013, de Emprendedores)⁸⁰. Se confirma así la tesis de que son aplicables los principios de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, porque la aparente exclusión no lo es para las otras previsiones del artículo 5 (simplificación administrativa)⁸¹. En nada se cuestiona las reglas de capacidad del contratista con este modelo, pues los criterios de solvencia lo son para poder contratar y no para poder licitar. Esto justifica que exista ahora un primer trámite de declaración responsable para posterior comprobación antes de la adjudicación al licitador seleccionado. En pleno siglo XXI y en un contexto de simplificación parece lógico posponer a un trámite posterior más sencillo la comprobación documental, lo que se traduce en un ahorro de costes no solo para la administración sino para los potenciales licitadores, facilitando el que puedan presentar ofertas y funciones adecuadamente el principio de economías de escalas (adviértase que las PYMEs no suelen disponer de gran capacidad administrativa

⁸⁰ Me remito a mi trabajo “La Directiva Servicios y la contratación pública: hacia la simplificación administrativa”, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XII, 2010, pp. 409-443.

⁸¹ Así debe entenderse el considerando 57 de la Directiva “Servicios”. No en vano ambas Directivas – impulsadas por el mismo Comisario europeo, Bolkenstein, – tienen o persiguen un mismo objetivo: la consecución efectiva del mercado interior europeo mediante la simplificación, flexibilización y modernización. Vid. T.MEDINA ARNAIZ, “Impacto sobre la Administración autonómica en cuanto a la simplificación de los trámites a los prestadores de servicio”, en Libro colectivo Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León, núm. 13, dedicado al IMPACTO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN CASTILLA Y LEÓN dirigido por D.J. Vicente Blanco y R. Rivero Ortega, 2010, p.435. También A. SANMARTIN MORA defiende la necesidad de simplificación del marco de la contratación pública. “Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias”, en libro colectivo *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*. Zaragoza, 2010 p. 419.

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

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

Cualquier ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “prevenir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto⁸². 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 ciudadanos⁸³. Los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de la contratación pública un ámbito expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción. La nueva normativa europea pretende mejorar las salvaguardias existentes contra tales riesgos –son muchos los casos de *red flags* en esta fase- y ofrece una protección suplementaria⁸⁴.

La confidencialidad viene a ser regulada (artículo 21 de la Directiva 2014/24), a modo de complemento, para evitar políticas de competencia desleal o uso indebido de la información obtenida en el procedimiento⁸⁵. La confidencialidad, por tanto, exige adoptar medidas e interpretaciones que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores competidores, pues como advierte la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), de 29 de enero de 2013, *Cosepuri Soc. Coop. p.A. contra Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA)*, la materia de contratos públicos se fundamenta en una competencia no falseada. *Y 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*

⁸² 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.

⁸³ 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”, ob. cit., pp. 517-535. 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.

⁸⁴ Vid. T. MEDINA ARNAIZ, “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, ob. cit., pp. 299-344.

⁸⁵ Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008, VAREC, el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. Sobre esta cuestión resulta de interés el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre “Confidencialidad de las proposiciones de los licitadores, donde se recuerda que la necesidad de coexistencia y equilibrio necesarios entre este derecho de confidencialidad y el principio de transparencia, antes apuntada, de tal manera que la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario. Vid. el trabajo de A. I. BELTRAN GOMEZ, “El derecho de acceso a un expediente de contratación y la confidencialidad de las propuestas”, en núm. Extraordinario Revista Estudios Locales núm. 161, 2013, pp. 287-308 y M. RAZQUIN LIZARRAGA, *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*, Iustel, 2013.

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 de la Unión 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 perjudicar a dichos operadores.

Sin garantía de confidencialidad se genera inseguridad jurídica y se pervierte un modelo que se ancla en la confianza. Por ello, hay que preservar este principio.

Por otra parte, la Directiva 2014/24 contiene en su artículo 24 una regulación específica sobre los conflictos de intereses (a desarrollar de forma pormenorizada por los Estados⁸⁶), que se refiere a situaciones de conflicto de intereses reales, potenciales o percibidos, que afecten al personal del poder adjudicador o de los prestadores de servicios contratados que intervienen en el procedimiento y a miembros de la dirección del poder adjudicador que pueden influir en el resultado de un procedimiento de contratación pública aunque no participen en él oficialmente⁸⁷.

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)⁸⁸, comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

La percepción de objetividad es un elemento necesario de cara a la credibilidad del modelo, por lo que, con carácter preventivo y didáctico deben tenerse muy en cuenta los conflictos de interés⁸⁹. No en vano, esta en juego el principio de igualdad de trato,

⁸⁶ Sobre este régimen de conflicto de intereses en la Directiva nos remitimos a los trabajos de T. MEDINA ARNAIZ, “Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 271-300; A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad...*, ob. cit., pp. 157-250 y A.L. FERNANDEZ MALLOL, “La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno”; REALA, núm 2, julio-diciembre 2014.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ 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).

⁸⁹ 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

como bien advierte la STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo* ya que implica el “riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho” (apartado 35).

La solución que se propone no es de exclusión automática, ya que se reconoce, como posibilidad, la denegación de la participación del miembro del personal público en donde exista el conflicto de interés del procedimiento de contratación en cuestión, o en la reasignación de sus funciones y responsabilidades (abstención); pero si el conflicto de intereses no puede solucionarse de manera eficaz por estos medios, el licitador en cuestión será excluido del procedimiento (prohibición de contratar)⁹⁰. En todo caso, conviene advertir que los intereses privados que colisionan con el interés público no debieran limitarse a aquellos de contenido económico, sino que también deben incluir todo interés que pueda generar en el servidor público un beneficio directo o indirecto respecto de sus querencias⁹¹.

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 licitador⁹². Para ello, sirve e pauta interpretativa la doctrina del TJUE⁹³:

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

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

c) La exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado para evitar cualquier

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.

⁹⁰ 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.

⁹¹ Es una opinión compartida con A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad ...*, ob. cit., pág. 33.

⁹² T. MEDINA ARNAIZ, “Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública”, ob. cit, pp. 271-300.

⁹³ Sentencias del TJUE de 10 de julio de 2001, *Isméri 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.

vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia⁹⁴.

Con todo, la experiencia práctica en España obliga a repensar el sistema de prohibiciones y exclusiones de la licitación, muy formal pero poco operativo. Debe vincularse además las exclusiones de las licitaciones en función del grado de cumplimiento de los contratos y extender las prohibiciones en mayor grado de consanguinidad. La posible solución podrían ser las denominadas *blacklists* en toda la Unión para todos los poderes adjudicadores. Opción que exige la coordinación en la información entre las distintas Administraciones Públicas y poderes adjudicadores con el poder judicial, con el objetivo de tener “actualizado” este registro.

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

Por motivos evidentes, el sistema de control de la contratación continúa siendo el principal eje sobre el que pivota la normativa comunitaria para preservar la integridad. Idea en la que insisten el nuevo paquete legislativo comunitario (y que se pretende reforzar con la implementación de un modelo de gobernanza⁹⁵), 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

⁹⁴ Conviene advertir, que la Directiva ha eliminado la disposición específica contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento que si se contenía en la versión inicial (artículo 22). Resulta de especial interés la opinión de P. VALCARCEL “Acuerdos colusorios entre licitadores: un problema sin resolver en la normativa de contratación pública española” publicada en www.obcp.es, (11 de marzo de 2013), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.92/reلمenu.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.

⁹⁵ El artículo 83 de la Directiva 24/2014, aunque muy limitada en el texto definitivo tras las críticas de las autoridades nacionales- que obligaría a que los Estados miembros designasen a una única autoridad nacional, de naturaleza independiente, con funciones de supervisión y control de la contratación pública en lo que se pretende sea una nueva gobernanza de la contratación pública. Solo un organismo único en cada Estado, para proporcionar una visión de conjunto de las principales dificultades de aplicación, con competencia expresa para proponer soluciones adecuadas para los problemas de carácter más estructural. Entidad que asumiría, además, una competencia de vigilancia para los contratos de un valor relativamente elevado: 1 000 000 de euros para los suministros y los servicios, y de 10 000 000 de euros para el resto. A tal fin, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas - además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos- lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas –que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática- conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos públicos.

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

licitadores⁹⁶ - 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”⁹⁷.

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 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 derecho⁹⁸. Con ello no solo se impide alcanzar el efecto útil del recurso preconizado por

⁹⁶ 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.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ 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

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

La opción española se ha decantado por crear Tribunales administrativos, a los que se les reconoce facultades, de plena jurisdicción con posible restablecimiento de la situación jurídica individualizada y, en su caso, indemnización, se manifiestan en el contenido de la resolución final⁹⁹. La novedad es ciertamente relevante, tanto desde un

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 período de suspensión previo a la formalización del contrato, o la suspensión automática de la adjudicación en los supuestos de interposición del recurso, establecidos en nuestro ordenamiento en los artículos 40.3 y 45 TRLCSP, respectivamente.

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

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

En definitiva, procede la tramitación del recurso especial. Y siendo ilegal la adjudicación, que debe recaer a favor de la UTE recurrente, al ser el operador económico que realiza la oferta económicamente más ventajosa no 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”.

⁹⁹ 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

plano dogmático como de gestión práctica¹⁰⁰. 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 dispuesto¹⁰¹. 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 ciudadanos¹⁰². Es éste un tema crucial, pues del mismo depende la esencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el adecuado equilibrio de las prerrogativas en más y menos de la Administración.

La función de los órganos de control de los contratos públicos es la de control del procedimiento de licitación, pudiendo pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. Y, con la nueva regulación comunitaria, también de las cuestiones que puedan esconder actuaciones que afecten al procedimiento de licitación, como los modificados, convenios que sean contratos públicos o encargos a entes instrumentales si no se cumplen los requisitos para tener la consideración de medio propio. En todo caso, su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulta racional y razonable¹⁰³. 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

públicos?” en libro colectivo coord. Por Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014; pp. 25-138.

¹⁰⁰ M.A. BERNAL BLAY, “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, REDA núm. 160, 2013, pp. 190-213. La opción ha sido, no obstante, cuestionada por S. DE LA SIERRA (“Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública”, REDA núm. 149, 2011, pp. 107-1089) o A. SERRANO PASCUAL (“La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar”, El Consultor de los Ayuntamientos, Rev. 12/2011, 1539), al considerar que no se cumple con las reglas de la Directiva 2007/66, al exigir que en nombramiento del presidente sea equivalente al de juez. Opinión que no comparto, por formalista, y entiendo que no hay infracción en tanto la persona reúna las cualidades y estatus propio de la función jurisdiccional. Por el contrario, entiendo ajustada a la Directiva 2007/66 esta regulación M.A. BERNAL BLAY, quien recuerda que el TJUE ya ha aplicado estos parámetros –STJUE de 4 de febrero de 1999, Köllensperger, apartado 29- admitiendo como válidos órganos administrativos en donde actuara en calidad de Presidente “una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos”.

¹⁰¹ 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.

¹⁰² 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.

¹⁰³ Acuerdo TACPA 13/2011, de 14 de julio.

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 práctica¹⁰⁴. 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 administración¹⁰⁵.

Aunque este sistema pueda resultar cuestionable desde la perspectiva del derecho comparado, donde mayoritariamente se ha optado por un modelo jurisdiccional¹⁰⁶. Esta opción, desde la lógica del sistema quizá parece la más coherente -como bien destaca el profesor BAÑO LEON¹⁰⁷- aunque desde la realidad práctica quizá no resulta tan desacertada la opción del tribunal administrativo, a la vista de los tiempos que actualmente marcan los Tribunal contencioso-administrativos en la resolución de los recursos¹⁰⁸.

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 recurso¹⁰⁹. Sistema de recursos que lejos de la idea de gasto, debe contemplarse como una eficaz y rentable inversión, pues está permitiendo una mejor gestión en la

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ En el Derecho comparado europeo tenemos los ejemplos del “référé précontractuel” francés (Ley de 4 de enero de 1992, modificada por la Ley de 30 de junio de 2004), inspirador de las directivas comunitarias sobre recursos 42 o del contencioso precontractual portugués regulado en el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos (Ley 15/2002, artículos 100 a 103, que conforman la sección II del capítulo I, “De las impugnaciones urgentes”, del Título IV, “De los procesos urgentes”). Véase sobre 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.

¹⁰⁷ J. M. BAÑO LEON, “Jurisdicción y recursos”, *Diccionario Contratación Pública* (Dir. J. BERMEJO), Iustel, Madrid, 2008, p. 390.

¹⁰⁸ Basta con analizar los datos elaborados por el CGPJ. *La Justicia dato a dato. Año 2008*, Madrid, 2009. Sobre la dimensión sociológica de la jurisdicción contencioso administrativa, con un pormenorizado análisis de la congestión de los Tribunales y su lentitud en la resolución de asuntos, resulta de gran interés consultar las ediciones anuales elaboradas por MARTÍN REBOLLO, L. de las *Leyes administrativas*, Aranzadi, Pamplona (16 ed., 2010), “Estudio preliminar. Introducción a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

¹⁰⁹ Resulta de interés el Informe sobre la Justicia Administrativa 2015. Especial contratos públicos (Coordinado por S. DIEZ), elaborado por el Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid que centra su atención, en particular, en Tributos, Contratos Públicos y Responsabilidad Patrimonial, que debe servir de base tanto para la toma de decisiones de política legislativa y de justicia. (se puede consultar en: <http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2015/03/Informe-sobre-la-Justicia-Administrativa-2015.pdf>).

administración, corrigiendo prácticas viciadas, lo que se traduce en importantes ahorros económicos¹¹⁰.

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 mecanismo de recurso y sus especiales características.

Además, como principales “lagunas” podemos señalar lo siguiente¹¹¹. La primera, la no extensión integral del sistema ya que este recurso no debe depender del importe del contrato¹¹². Eso significa que para los contratos no armonizados no existe este recurso y el TRLCSP remite a la legislación general¹¹³, lo que genera una dualidad

¹¹⁰ Vid. M.A. BERNAL BLAY, “El sistema de tutela...”, ob. cit., pp. 210-211.

¹¹¹ También crítico por cierta insuficiencia, se manifiesta J.A RAZQUIN LIZARRAGA, “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector público”, *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010”, pp. 50 a 52.

¹¹² 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.

¹¹³ La Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado mediante Informe 48/08, de 29 de enero de 2009, analiza qué recursos proceden en la adjudicación provisional en contratos no sometidos a regulación armonizada afirmando que sólo pueden interponerse los recursos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; artículo 107 de la misma: “Contra las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición”. Se recuerda que el recurso a interponer será normalmente el potestativo de reposición como previo al contencioso administrativo, pues por regla general las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa. Sin embargo, existe un supuesto en el que esto no es así. En efecto las Juntas de Contratación, tienen el carácter de órganos de contratación pero no ponen fin a la vía administrativa por lo que sus resoluciones, antes de ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, deberán ser objeto de recurso de alzada ante el superior jerárquico de la misma, debiendo entenderse por tal el órgano del que han recibido las competencias que tengan atribuidas. Interesa destacar la naturaleza del acto de 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

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 separables¹¹⁴. Convendría, por ello, diseñar un concreto régimen de recursos único al margen del importe del contrato¹¹⁵. Y, en todo caso, recuperar la unidad de jurisdicción a favor del contencioso administrativo para las fases de preparación y adjudicación, con indiferencia del carácter o no de Administración pública del poder adjudicador¹¹⁶.

Por último, es cierto que la articulación práctica en España pone de manifiesto ciertas disfunciones, en tanto la planta autonómica de estos Tribunales a fecha de hoy no está cerrada, generando asimetrías poco compatibles con el principio de seguridad jurídica. Y la extensión -a mi juicio sin justificación legal- al ámbito local genera indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo¹¹⁷. Además, las restricciones presupuestarias actuales condicionan la función de control que puede afectar a la consecución de la rapidez de este recurso, con los perjuicios desde la perspectiva de la eficacia que se ocasiona para el órgano demandante de la prestación suspendida hasta la resolución expresa.

En todo caso, conviene insistir en que el correcto funcionamiento de la contratación pública con objetivos de política pública como vectores de su concreto diseño exige la existencia de mecanismos de control efectivos y rápidos por autoridades independientes ya sean judiciales -mediante la oportuna reforma procesal-, o mediante “arbitrajes administrativos” independientes y con estatus de juez (así lo exige la Directiva “recursos”). De esta manera se puede avanzar en un modelo que preserve el principio de integridad¹¹⁸. Y la experiencia del modelo español a través del recurso especial ante los tribunales administrativos, con las insuficiencias descritas, ha supuesto

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”.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Vid., por todos, sobre esta interesante cuestión, el clásico trabajo del profesor L. MARTIN-RETORTILLO, “Unidad de Jurisdicción para la Administración Pública”, *RAP* núm. 49, 1966, pp. 196 y ss.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ 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.

un notable avance, que en modo alguno puede ser considerado como gasto innecesario o prescindible¹¹⁹.

Lo importante, en definitiva, es preservar un control útil, basado en la pronta respuesta y en la especialización e independencia de estos tribunales administrativos, estatal o autonómicos, regulando una planta de carácter cerrada, que impida su extensión en el ámbito local o institucional, y que incluya mecanismos de coordinación que favorezcan la unidad de doctrina y, por ello, la predictibilidad y seguridad jurídica¹²⁰. 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 sistema¹²¹. Este sistema de “justicia administrativa especial”, (cuyas ventajas ha destacado el profesor J. SANTAMARIA PARTOR¹²²), ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras admitir a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), ha declarado, por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, que en estos tribunales se dan las notas de carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción que justifican su consideración como órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE.

Este reconocimiento de órgano jurisdiccional a efectos del derecho comunitario, tiene especial consecuencia en lo relativo al obligado cumplimiento de sus Acuerdos o resoluciones, que tiene el carácter de ejecutivos y ejecutorios. Aspecto sobre el que interesa dar cuenta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014, en el recurso de casación núm. 3014/2013 (asunto de la Privatización Aguas Ter-Llobregat en Cataluña)¹²³, donde se concluye, en relación a los efectos de las resoluciones dictadas en estos recursos especiales que en su fundamento octavo afirma:

¹¹⁹ Esta opinión favorable es también defendida por P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, ob. Cit., p. 371-373: “...estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se está comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato”. También por M. A. BERNAL BLAY, que destaca la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la *auctoritas* de su doctrina. “Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011”, en libro col. *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331.

¹²⁰ Sobre la cuestión de la seguridad jurídica, entre otros, es cita imprescindible en trabajo de J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Madrid, 2005.

¹²¹ 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)

¹²² Lo explica de forma muy clara en su monografía *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial, pp. 48-64.

¹²³ Se recurre el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en auto de fecha 26 de marzo de 2013 razona que: “Sin embargo, no puede dejar de señalarse ya a priori la profunda influencia que tiene en esta materia el Derecho europeo, que ha establecido unos estándares que deben seguir los Estados miembros en cuanto se refiere a los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, contenidos en las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE.

La normativa europea pretende asegurar la existencia de mecanismos eficaces de garantía para los licitadores, de modo que se eviten las situaciones relativamente frecuentes en que el tiempo necesario para sustanciar los procedimientos ordinarios hace inviable revertir una situación ilegal, que se

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

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

Criterio confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2014 en relación al recurso de casación contra resolución TSJ de Cataluña en relación a la tutela cautelar sobre la resolución del OARC en el caso de la privatización de las aguas Ter-Llobregat, que viene a recordar las especiales características de los tribunales administrativos contractuales. En concreto, puede resaltarse que no es necesario que la resolución del OARCC declare la nulidad del contrato, pues la resolución que declaró que el adjudicatario debió ser excluido del procedimiento de licitación “lleva consigo la anulación del contrato”, y el carácter ejecutivo y ejecutorio de las resoluciones de los tribunales administrativos si no se ha acordado tutela cautelar por la jurisdicción.

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

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

Para finalizar afirmado, dato muy relevante, que las resoluciones de los tribunales y órganos de recursos contractuales, tienen una “singular relevancia” por haberlo querido así el legislador europeo y, en consonancia, el español, resaltando que *“Y es que, frente a la indicada especial significación de las decisiones del órgano llamado a impedir las adjudicaciones precipitadas y los hechos consumados en materia*

convierte por ello en un hecho consolidado. A tal fin, se establece la paralización inicial de los acuerdos de adjudicación de los contratos públicos, a fin de que un órgano independiente del poder adjudicador pueda resolver el recurso antes de que aquéllos desplieguen sus efectos. Además, se otorga una especial eficacia ejecutiva a las resoluciones de dicho órgano independiente,(...)”

de contratos del sector público, no nos ha ofrecido razones bastantes para desvirtuar las que llevaron a la Sala de Barcelona a denegar la medida cautelar”.

Así, una resolución de estos Tribunales, en tanto órganos “jurisdiccionales” (lo que explica que no tengan la condición de demandado, tal y como previene la LJ), deben ser cumplidas en sus propios términos¹²⁴. Máxime cuando se ha incumplido con la regla de la suspensión *ex lege* en los supuestos de adjudicación y se ha procedido a formalizar, de forma indebida, un contrato¹²⁵.

Esto significa que, salvo que el Tribunal competente de la jurisdicción contencioso, haya dictado auto concediendo tutela cautelar donde se suspenda la eficacia de lo resuelto por estos Tribunales administrativos, sus resoluciones deben ser cumplidas de forma directa y sin demora, sin que pueda condicionarse en modo alguno al fallo definitivo del Tribunal contencioso. Solo así se da cumplimiento a la arquitectura jurídica del recurso especial y su fundamento, no se olvide, en las Directivas recursos¹²⁶. En consecuencia, la Administración afectada por una resolución

¹²⁴ 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.

¹²⁵ Cuestión analizada y resulta por el Tribunal Administrativo de Contratos públicos de Aragón en su Acuerdo 55/2013, en relación a la formalización de un contrato sin respetar el plazo de *stand hill* que exigen las Directivas, de tal manera que tramitando el recurso especial, al aceptar las pretensiones del mismo y declarar ilegal el acto de adjudicación, acuerda declarar la nulidad del contrato indebidamente celebrado, acordando, ex artículo 35 TRLCSP, que el contrato indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo.

¹²⁶ 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

de estos tribunales, en tanto son decisiones ejecutivas y ejecutorias en sus propios términos (y que no responden a criterios jerárquicos, pues debe insistirse en la nota de independencia), no puede justificar la inaplicación de la misma bajo ningún concepto. Así lo ha destacado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 28/2013, de 14 de junio de 2013, en relación a la decisión de no cumplir lo acordado con carácter previo por el Ayuntamiento al alegar este que era un tema todavía *subiudice* por que lo había impugnado un particular (aunque no existía auto cautelar de suspensión)¹²⁷. El argumento del Tribunal administrativo, instando a cumplir en sus propios términos lo acordado, es el siguiente:

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

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

El Ayuntamiento de Huesca, al no recurrir ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón el Acuerdo 51/2012 consintió la decisión adoptada por este Tribunal administrativo. Y debió poner en conocimiento de este Tribunal administrativo el recurso interpuesto por AON, pues no es admisible que este Tribunal

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.

¹²⁷ Este Tribunal administrativo, desde sus inicios, viene exigiendo a la Administración a la que se le anula un pliego o acto de exclusión o adjudicación que informe de las decisiones adoptadas para el efectivo cumplimiento

administrativo conozca, seis meses después, la interposición del recurso contencioso-administrativo, y lo sea por el requerimiento de información derivado del incumplimiento de lo establecido en el acordando Tercero del Acuerdo”.

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

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

Y de no dar adecuada respuesta, al ser un claro supuesto de inactividad material de una Administración, se podrá utilizar por los interesados el artículo 29.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa¹²⁸, al ser la decisión del órgano de recursos contractuales título ejecutivo firme¹²⁹. Así, los afectados podrán solicitar el cumplimiento y ejecución de esta Resolución por parte de la Administración “condenada”, y si ésta no se produce en el plazo de tres meses desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, para que el juez contencioso inste, con su *auctoritas*, al cumplimiento inmediato¹³⁰. De no admitirse esta interpretación, la aplicación formal de la LJ de 1998 para un supuesto no previsto, conduciría a una inaplicación de facto de los principios de control útil, rápido y eficaz en contratos públicos y consolidaría una práctica de incumplimiento, solo atenuada por la tutela resarcitoria de los Tribunales contencioso, alejada de los fines del control de la contratación pública y, en especial, de protección de la integridad.

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

¹²⁸ Recordamos que este precepto indica que “*Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración*”.

¹²⁹ Recuérdesse que la Exposición de Motivos de la Ley de 1998, en relación a este recurso por inactividad afirma que “Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración” (Apartado V. párrafo 1). Sobre esta cuestión, por todos, me remito al excelente trabajo de M. GOMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, 2ª ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 739-763.

¹³⁰ Por lo demás, si el 136 LJ ya privilegia esta acción limitando los casos de tutela cautelar, debe advertirse que ni siquiera podrá ser alegado por la Administración si la tutela cautelar le ha sido denegada con carácter previo (por ejemplo, en el citado asunto Aguas Ter-Llobregat).

A modo de conclusiones finales, puede afirmarse que la cuarta generación de Directivas de contratos públicos puede ser el fin de un primer ciclo de la regulación en la materia (alcanzada ya una visión completa y “estratégica” de todas las fases de la contratación¹³¹), máxime cuando existe una importante doctrina del TJUE que ya se ha incorporado y que, en todo caso, sirve de pauta interpretativa de cara a la integración y armonización de los Derechos atendiendo a los principios, categorías e instituciones de los Ordenamientos nacionales¹³². A modo de sucinto catálogo de decisiones a tener en cuenta podemos concluir lo siguiente:

a) Codificación y depuración conceptual. Este nuevo paquete legislativo exige del Estado español una depuración normativa antes del fin de abril de 2016. El contenido de esta nueva normativa, y la experiencia práctica de nuestra legislación nacional aconsejan una nueva normativa, completamente distinta del actual TRLCSP en tanto parece lógico que existan tres normas legales distintas o bien un “Código de Contratos Públicos” con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos. Un “Código” que dote de seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social¹³³.

Son tiempos de cambios que exigen reformas en profundidad de las normas administrativas y en concreto de las de contratación pública, que permitan, ahora sí, configurar un modelo armonizado y uniforme de contratación pública en Europa que permita una adecuada optimización de los fondos públicos para consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, y que incorpore como premisas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad. Simplificación y uniformidad de regímenes con independencia de su carácter o no de Administración pública, pues lo que urge es encontrar un escenario común para todo poder adjudicador, simplemente sencillo, eficiente y garante tanto de los principios constitucionales como de los específicos principios de la contratación pública que derivan del TFUE¹³⁴.

b) Refuerzo de los principios de integridad en la contratación pública. Es necesario revisar el modelo de la contratación pública desde el paradigma de la integridad y buen gobierno¹³⁵. Máxime cuando está en juego la protección del derecho

¹³¹ Me remito aquí a los trabajos sobre distintas cuestiones “estratégicas” de los contratos públicos al libro colectivo dirigido por J. PERNAS, *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

¹³² Recuerda este proceso de mutuas influencias, con cita de las sentencias más significativas, S. GONZÁLEZ VARAS en su *Tratado de Derecho administrativo. Tomo II El Derecho administrativo europeo*, Thomson, Pamplona, 2012, 2ª ed., págs. 36 y ss.

¹³³ Al menos, la transposición debería tener esta visión “codificadora” y presentar un texto de fácil comprensión y aplicación práctica, compatible con el derecho comunitario.

¹³⁴ F. BLANCO LOPEZ, “Procedimientos de adjudicación de los contratos en la LCSP”, en libro col. *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, en Colás Tenas, J. y Medina Guerrero, M. (Coords.), Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico (Cátedra Royo Villanova), 2009.p. 185.

¹³⁵ J.C. ALCALDE HERNÁNDEZ, “La nueva normativa de contratación pública: propuestas de la IGAE para el rigor presupuestario y contra la corrupción”, *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, núm.3560, 2014, pp. 17-26. En este trabajo se analiza la reforma normativa de la contratación pública sobrevenida a raíz de la transposición de las Directivas Comunitarias argumenta las propuestas que la propia Intervención del Estado plantea para cumplir sus principales objetivos, que son conseguir el mayor rigor presupuestario y luchar denodadamente contra la corrupción, lo que requiere un control eficaz y exhaustivo de los recursos públicos. Sorprende, no obstante, el escaso interés político hasta fechas recientes sobre esta materia. Testimonialmente puede recordarse la *Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción* presentada por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia, publicada en Boletín Oficial de las Cortes Generales (Serie B, nº 36-1) de fecha 5 de enero de 2012. Por el contrario, en Italia destaca la aprobación del

fundamental a una buena administración en la aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos (artículo 41 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)¹³⁶. Y no basta con una regulación reaccional de carácter penal (mediante la tipificación como ilícita de la información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos¹³⁷), que, siendo necesaria, no es suficiente¹³⁸. Como bien advirtiera D. KAUFMANN, la corrupción no se combate combatiendo la corrupción¹³⁹. Es necesaria una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil (mediante planes preventivos de la corrupción). La lógica de un Derecho Administrativo garantista moderno, vinculado al derecho a una buena administración¹⁴⁰, aconseja reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva, tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas (a los que debería reforzarse sus potestades, permitiendo investigación de oficio en cualquier momento y con posibilidad de suspender procedimientos)¹⁴¹, Agencias de Lucha antifraude¹⁴², creación de

Informe de la Comisión Para el Estudio de elaboración de medidas para la prevención de la corrupción (octubre 2012), coordinado por R. GAROFOLI, “*La corruzione in Italia - per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*”.

¹³⁶ EL TJUE ha utilizado ya este principio relación a procedimientos de adjudicación de contratos públicos, en la STJUE de 11 de mayo de 2010, PC-Ware Information Technologies/Comisión, STJUE de 19 de marzo de 2010 Europaïki Dynamiki/Comisión Europea o STJUE de 20 de septiembre de 2011, Evropaïki Dynamiki/BEI. Vid. en este sentido, J. PONCE SOLÉ, y O. CAPDEFERRO VILLAGRASA, “El Órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del Derecho a una Buena Administración”, en BASSOLS COMA, M. (Dir.): *Documentación Administrativa* 288: monográfico dedicado a Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, 2010, pp. 193 a 206.

¹³⁷ A este respecto, resultan de interés CASTRO CUENCA, C.: *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2009 y JAREÑO LEAL, Á.: *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011. Especial interés, por su vinculación a la contratación pública, el trabajo de A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la contratación pública*, ob. cit., pp. 37-53.

¹³⁸ 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”.

¹³⁹ D. KAUFMANN, “Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción”, *Revista Finanzas & Desarrollo*, septiembre de 2005, pp. 41-43.

¹⁴⁰ Sobre esta cuestión es ineludible la cita al trabajo de J.PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Sobre las consecuencias y sentido del derecho a una buena administración, sin animo exhaustivo, se pueden consultar los trabajos de J. TORNOS MAS, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública”, libro Homenaje al profesor L. Martín-Retortillo, Zaragoza, 2008, pp. 629 a 641; B. TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: INAP, 2005; J. RODRÍGUEZ ARANA, *El Buen gobierno y la buena administración de las Instituciones Públicas*, Madrid: Aranzadi, Cizur Menor, 2006; J.B. LORENZO DE MEMBIELA, «La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2007, núm. 30, pp. 445 y ss; y J. CARRILLO DONAIRE, «Buena administración ¿un principio, un mandato, un derecho subjetivo?», *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley, 2010, pp. 1137-1165.

¹⁴¹ 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

autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos¹⁴³ y, sobretodo, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido¹⁴⁴.

Extender la acción pública en el recurso especial –o al menos amplia, más allá de los potenciales licitadores- en defensa del derecho a una buena administración puede ser, como sugiere J. PONCE, una solución muy efectiva¹⁴⁵.

c) La transparencia como fomento de la igualdad de trato y de rendición de cuentas. La transparencia en la contratación pública, además de fomentar la concurrencia y la eficiencia de forma efectiva mediante medios electrónicos y corrigiendo la “dispersión” de la publicidad y la “oscuridad” en el diseño de criterios o

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

¹⁴² Un ejemplo es la Ley 14/2008, del 5 de noviembre (modificada por 7/2009, de 13 de mayo), por la que se crea la Oficina Antifraude de Cataluña, entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con el fin de prevenir e investigar posibles casos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público (sobre sus funciones, son de interés las reflexiones de A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad...*, ob. cit., pp. 300-330).

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

¹⁴³ Es el caso de Italia, que regula esta figura en su Código de contratos públicos. De interés el trabajo de S. TORRICELLI, “L’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia”, en libro colectivo coord. Por Rafael Fernandez Acevedo y Patricia Valcarcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 493-509. La carencia de una agencia anticorrupción en España es una evidente carencia, tal y como también advierte A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad...*, ob. cit., pp. 331-332.

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ 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.

exigencias en los pliegos de las licitaciones, debe servir como instrumento de rendición de cuentas (no en vano este principio guarda íntima relación con la cultura de nueva gobernanza)¹⁴⁶. A tal efecto el artículo 8 de la Ley 19/2013, de Transparencia obliga a que el portal de transparencia contractual contenga información sobre todo contrato público —y todo contrato patrimonial— al margen de su importe y tipo. Es decir, que aun en los procedimientos sin publicidad que permite el TRLCSP, debe publicarse en transparencia que ese contrato se ha celebrado. Esta información permitirá analizar la política de compra pública. Esto significa que hay que publicar la prestación licitada —concreción del tipo de contrato—, publicidad utilizada, número de licitadores, importe de licitación y adjudicación y adjudicatario. No se trata de replicar la información del perfil de contratante, sino de sistematizar de forma adecuada todos estos conceptos¹⁴⁷. Obviamente, la información debe poder ser objeto de «tratamiento» mediante sistema de búsquedas que permita, por ejemplo, determinar el número de contratos adjudicados en un mismo licitador; o la baja entre presupuesto de licitación y de adjudicación, o comparar la política de compras entre entes contratantes. Interesa destacar que se debe dar información de todos los contratos menores realizados, con los datos generales de importe, objeto y adjudicatario, lo que supone «sacar» de la penumbra esta modalidad contractual. Esta información pretende ser una herramienta de rendición de cuentas que permita explicar a la ciudadanía en qué, cómo y cuánto se invierten los recursos públicos mediante contratación pública. Además, debe servir para legitimar la actuación administrativa al existir un control político de su actuación. Y, por ello, en tanto que permite «dar luz» a ciertas prácticas, debe servir de avance en la idea de integridad en la contratación pública. A tal fin se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público, lo que nos permitirá detectar la corrección o no de la utilización de las formas de provisión. Interesa destacar que igualmente debería informarse sobre importe y número de contratos que recaen en los licitadores, desagregando el dato, por tipo de administración, con el fin de detectar prácticas restrictivas o «posiciones privilegiadas» en un concreto mercado público.

La transparencia se comporta aquí como instrumento principal de rendición de cuentas y de legitimación del buen hacer administrativo, directamente vinculado al principio de “buena gobernanza”. Pero no se cumple este principio con un portal que sea mero repositorio de información no sistematizada y lista interminable de datos¹⁴⁸. Se

¹⁴⁶ El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El objetivo es lograr integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea. *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001. Esta nueva no es solo una moda que pasará. Debe ser uno de los paradigmas sobre los que reformar nuestro modelo de organización y actividad administrativa. Vid. R. GARCÍA MACHO, Presentación del libro, *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 8.

¹⁴⁷ Vid. Por todos J.M GIMENO FELIU, “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 27-80; y A. SANMARTIN MORA, “Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno”, *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 81-122.

¹⁴⁸ La Comunidad Autónoma de Aragón ha dado un primer paso en este sentido. El Portal de Servicios del Gobierno de Aragón ofrece a los ciudadanos el canal Transparencia con la intención de informar y formar a una ciudadanía sensible, responsable y participativa, para que conozca y ejerza sus derechos y

exige una información accesible y comprensible, que permita una fácil valoración de la gestión contractual de los distintos poderes adjudicadores. Información que debe servir para «modificar y corregir» aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias¹⁴⁹. Para este objetivo puede resultar muy útil la incorporación de sistemas de auditoría de costes y precios de contratos públicos (o auditoría de contratos)¹⁵⁰. De esta manera el precio de los contratos respondería a una realidad y racionalidad del coste de producción y en donde la retribución del contratista sería un beneficio equilibrado y adecuado al valor, el esfuerzo y el riesgo asumido. La auditoría de contratos contribuye a conseguir el objetivo de transparencia en las compras públicas, previene la corrupción y propicia que los responsables de las adquisiciones públicas hagan compras prudentes y eficaces, porque dispondrían en su mano de una información económica y financiera apropiada relacionada con las materias objeto de los contratos; y una información acerca de la eficiencia y economía de las operaciones de los contratistas.

d) Profesionalización y nueva cultura ética de la contratación pública.

Resulta necesario –de forma conjunta- abordar el reto de la profesionalización en aras a promover una nueva “cultura” de la contratación pública, que haga de la misma un instrumento de políticas públicas activas alejado de prácticas clientelares o de validación de proyectos claramente insostenibles ya desde una perspectiva financiera ya

obligaciones y colabore activamente en el fomento de una sociedad mejor. La Administración plantea la transparencia en la comunicación de su actividad diaria, porque facilita la confianza y el control directo por parte de la ciudadanía que puede ejercer un mayor control sobre sus gestores y realizar acciones constructivas. La finalidad de este Portal es transmitir información de manera comprensible, sencilla de entender por el conjunto de los ciudadanos/as, de tal forma que estén informados y conozcan las responsabilidades, procedimientos, reglas, normas y demás información generada por el Gobierno de Aragón, en un marco de abierta participación social. En materia de contratación pública, a través del canal Transparencia, del Gobierno de Aragón, se ofrece información sobre contratos adjudicados, contratos modificados y datos estadísticos.

¹⁴⁹Y muy ligada a esta idea de transparencia -vinculada con la de seguridad jurídica y predictibilidad-debería, como bien han sugerido P. VALCARCEL y R. FERNANDEZ ACEVEDO, consolidar un adecuada transparencia de los informes o resoluciones dictados por los órganos consultivos en materia de contratación o los especializados en la resolución de los recursos contractuales. La publicación en las distintas páginas web de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública estatal -y de los emanados de los equivalentes órganos autonómicos-, así como de las resoluciones de los Tribunales u órganos especializados en recursos contractuales, ya estatal ya autonómicos, garantizando un acceso fácil y rápido a su doctrina constituye una pieza seminal para el mejor engranaje de un funcionamiento transparente del sistema. “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, en libro col dirigido por D. Sorace *Amministrazioni Pubbliche dei contratti*, Ed. Scientifica, Nápoles, 2013. Y ello porque, como bien indican, estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se está comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato” (p. 371-373). M. A. BERNAL BLAY ha destacado también la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la *auctoritas* de su doctrina. “Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011”, en libro col. *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331.

¹⁵⁰ Propuesta que viene defendiendo, sobre la experiencia norteamericana, J.C. GOMEZ GUZMAN. Pueden consultarse sus opiniones “Auditoría de costes y precios de contratos públicos” (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.144/recategoria.121/remenu.3/c/hk.4b6869f339a2390b6c9b541de0690529>) y “Directiva 2014/24/UE y auditoría de contratos”, (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.151/recategoria.208/remenu.3/chk.c1c348625fbaea50fef3371f7782ff79>). Más información se puede encontrar en: <http://www.auditoriadecontratos.com>.

desde la propia lógica de la conveniencia y su sostenibilidad¹⁵¹. 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*.

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 impidan¹⁵². Una adecuada profesionalización –y “descontaminación política” de decisiones estrictamente administrativas, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad¹⁵³. Obviamente, los medios y procedimientos electrónicos deben ser herramienta principal de simplificación y transparencia¹⁵⁴. Las experiencias europeas han demostrado los beneficios de las mismas: mayor rapidez de tramitación y adjudicación, reducción de costes y mayor eficiencia y mejor valoración social desde la perspectiva de integridad. En todo caso, debe tenerse presente que estamos también en un mercado de servicios electrónicos muy diversificado y, por ello, muy sensible a soluciones de “concentración” que conduzcan hacia un único proveedor. Sería aconsejable, en todo caso, la opción de homologación de las empresas que pueden prestar estos servicios para que cada Administración, a la vista de sus características organizativas, pueda decidir cuál es el modelo que prefiere, lo que, a su vez, fomentará una cultura de innovación, especialmente útil en este sector.

En conclusión, el nuevo marco regulatorio de la Unión –en un contexto de globalización-¹⁵⁵, no solo obliga a repensar en cómo articular una nueva normativa de contratos que satisfaga los intereses públicos con respeto a los principios de igualdad de

¹⁵¹ 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.

¹⁵² Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>. También. A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad...*, ob. cit., pp. 192-198.

¹⁵³ Vid. GIMENO FELIU, J.M., “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?”, ob. cit., pp. 518 y ss.

¹⁵⁴ La nueva normativa comunitaria pretende un sistema completamente electrónico, al menos en lo referente a la presentación telemática de ofertas o solicitudes en todos los procedimientos de contratación en un plazo de transición de dos años. La Directiva 2014/24 establece la obligación de transmitir los anuncios en formato electrónico, poner la documentación de la contratación a disposición del público por medios electrónicos y adoptar una comunicación totalmente electrónica (lo que obliga a estándares comunes de interoperabilidad), en particular por lo que respecta a la presentación electrónica de ofertas o solicitudes, en todos los procedimientos de contratación. Vid. J. PUNZÓN MORALEDA, “Simplificación en la contratación administrativa. Especial referencia a la contratación electrónica administrativa”, en libro colectivo *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 413 y ss.

¹⁵⁵ Un factor es, sin duda, la globalización jurídica, que está modulando las propias relaciones entre Estado y sociedad, como bien explica J.L. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo”, RAP núm. 193, 2014, 31-44. En este excelente estudio –a cuya completa bibliografía me remito– se da cuenta de la nueva deriva del Derecho público.

trato, eficacia, transparencia, eficiencia y rendición de cuentas¹⁵⁶. Aconseja, también, a repensar la organización administrativa y, también, parte de los propios fundamentos del derecho público¹⁵⁷. En lo que se refiere a la contratación pública -ya no solo contrato administrativo- se constata como se diluyen las prerrogativas públicas (como paradigma la regulación de los modificados contractuales), se reorienta el problema de la privatización de formas jurídicas, al ser indiferente para la aplicación de los principios y reglas inherentes a la contratación pública y se “escora” la regulación hacia el paradigma del derecho a una buena administración como elemento del control (y de un nuevo sistema de justicia administrativa) y de rendición de cuentas. El interés público como justificación a los privilegios del contrato administrativo, se subordina al principio de transparencia, libre competencia y eficiencia de los fondos públicos. La ecuación caracterizadora del Derecho Administrativo como “privilegios en más, privilegios en menos” se inclina hacia este último aspecto.

Estos son los retos de la transposición de las nuevas Directivas cuyo diseño debe permitir implantar una nueva gobernanza pública -junto con otras reformas estructurales-, incorporar como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad que permita impulsar un modelo armonizado y transparente de gestión de los fondos públicos, que ayude a consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, impulsar la reactivación económica y empresarial y, por supuesto, a legitimar democráticamente nuestro modelo político¹⁵⁸. Sólo así, en palabras del profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, se podrá evitar el fantasma de la corrupción¹⁵⁹. Nueva gobernanza de la contratación pública que debe coordinarse con las necesarias medidas de regeneración democrática (y de ejemplaridad pública)¹⁶⁰, que permitan asentar nuestro modelo institucional público¹⁶¹.

¹⁵⁶ Como ha destacado A. CERRILLO (“Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local”, Anuario de Derecho local 2011, IDP, Barcelona, 2012, pp. 277 y ss.), el diseño normativo de adecuadas estructuras organizativas, debidos procedimientos de toma de decisión y mecanismos de refuerzo de la transparencia administrativa son las vacunas frente a la corrupción pública. Y el escenario de los contratos públicos es especialmente idóneo para medidas profilácticas de este tipo. Muy elocuente sobre esta visión relativa a la organización como obstáculo, el trabajo de F. FRACHIA, “L’amministrazione come ostacolo”, en Rivista Il diritto dell’economia, vol. 26, n. 81 (2-2013), pp. 357-393. Como advierte con carácter general, pero claramente aplicable a la contratación pública, sin transparencia ni concurrencia, con regímenes excepcionales, se pone en peligro la democracia

¹⁵⁷ Un factor es, sin duda, la globalización jurídica, que esta modulando las propias relaciones entre Estado y sociedad, como bien explica J.L. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo”, RAP núm. 193, 2014, 31-44. En este excelente estudio -a cuya completa bibliografía me remito- se da cuenta de la nueva deriva del Derecho público.

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ L. MARTIN-RETORTILLO “Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción”, en libro colectivo Don Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa, Madrid, 2000, pp. 87 y ss. Un decálogo sucinto de medidas se pueden ver en mi opinión “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos” publicada en www.obcp.es (12 de noviembre de 2014).

¹⁶⁰ Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo Javier Gomá, en su obra *Ejemplaridad pública*, Taurus, 2009.

¹⁶¹ No puede desconocerse el dato de que nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la

Por último, no puede olvidarse que nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo¹⁶².

Las nuevas Directivas de contratación pública nos ofrecen una nueva oportunidad para intentar acotar las malas prácticas y la corrupción en los contratos públicos. Es momento de revisar en profundidad nuestro modelo (es una oportunidad) pues, como ya advirtiera Albert Einstein, “no podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo”.

Y quizá estemos en la senda adecuada. El Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 ha aprobado el Informe sobre los Anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España¹⁶³. El comunicado oficial informe que con esta norma se pretende incorporar a la legislación española el paquete de Directivas Comunitarias de Contratación Pública y tiene como objetivos primordiales mejorar la transparencia y la competencia en la contratación, así como agilizar los procedimientos fomentando la utilización de medios telemáticos¹⁶⁴.

estrategia del mercado interior europeo. Vid. el libro colectivo dirigido por J. PERNAS *Contratación pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 y mi monografía *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., en especial, pp. 39-60.

¹⁶² Resultan de especial interés las reflexiones de R. CANCINO, “La transición de China hacia una economía de mercado en el 2016 y sus implicaciones para la contratación pública”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 130, 2014, pp. 42-53.

¹⁶³ El Estado Español inició los tramites de transposición antes de la aprobación definitiva de las Directivas, mediante la creación de un grupo de expertos (GELEC) que se constituye en enero de 2014, con dirección del Director General Patrimonio. Este grupo, tras un año de trabajo, presentó un primer documento definitivo en enero de 2015, iniciándose la tramitación formal para su presentación como proyecto de Ley.

¹⁶⁴ Mediante Disposición Adicional se determina el criterio de atribución competencial. De la lectura de este precepto -al margen de que sea constitucionalmente discutible el sistema de lista para determinar lo básico en favor del Estado (la Ley 31/2007, de 30 de octubre, no sigue por lo demás este modelo)- pudiera desprenderse la opinión del escaso margen de maniobra competencial de las Comunidades Autónomas. Visión en modo alguno correcta ya que esta Disposición TRLCSP exige una interpretación desde la perspectiva de los marcos estatutarios vigentes (y no a la inversa ya que el Estatuto tiene una indiscutible función constitucional). El núcleo duro de las normas que merecen el calificativo de lo básico de la contratación pública son las disposiciones generales, los elementos estructurales y los procedimientos de selección y adjudicación de contratos (materias, que, por cierto, tienen directo fundamento comunitario). También serán básicas las normas que regulan el régimen jurídico de los contratos calificados como administrativos. Así, por contra, no tendrán carácter de básico en modo alguno las cuestiones de organización administrativa y de gestión contractual (incluyendo las relativas a preparación del contrato ligadas a éstas). Ciertamente, a partir de la competencia estatal exclusiva sobre la legislación básica de contratos, se reconoce a las Comunidades Autónomas la de dictar normas de desarrollo en el espacio definido por aquellas (STC 68/1988, de 19 de abril) y su ejecución. conviene abordar el alcance de esta competencia exclusiva del Estado sobre contratación y concesiones administrativas. J SANTAMARÍA (*Comentarios a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra*, MAP, Madrid 1992, pp. 521-522) ha señalado la heterogeneidad del concepto de contratos administrativos, que incluye materias con títulos competenciales diferentes. Los aspectos organizativos de la contratación y clasificación de los contratista corresponderían a la competencia de organización administrativa. La regulación de los contratos de entes instrumentales privados es competencia referida a organización del sector público. Los aspectos procedimentales respecto a la elaboración de proyectos, selección de contratistas y recepción de obras tendrían como título competencial el de los procedimientos administrativos. Sólo las normas sustantivas contractuales para las Administraciones Públicas, como las relativas a la capacidad para contratar, el precio y la

Con los textos preparados –ahora anteproyectos¹⁶⁵- se ha intentado correcta transposición de las Directivas 23, 24 y 25 de 2014. En lo que debe ser la nueva Ley de

formalización y ejecución del contrato, estarían amparadas en el apartado de contratos y concesiones administrativas a que se refiere el artículo 149.1. 18 CE. El Tribunal Constitucional asimila el contenido básico a los principios y garantías comunitarios, que implica para la Comunidad Autónoma el deber de adecuar su competencia a los mismos, al transponer la normativa, lo haga o no el Estado por medio de leyes de bases. Sobre todo, si consideramos en cuenta que las Directivas son normas de resultado, como se desprende de su propio contenido y alcance normativo, fundamentadas en unos principios que, por su parte, debe asumir la legislación básica estatal. Por tanto, a efectos del ejercicio de la competencia propia de la Comunidad Autónoma, su referencia sustancial son los principios y objetivos del Derecho comunitario que son, a su vez, los principios de la legislación básica estatal.

Nada cuestiona esta interpretación la reciente STC 56/2014, de 10 de abril, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad y que contiene doctrina en materia de reparto de competencias entre Estado y CCAA sobre contratos administrativos, a la vez que declara la nulidad de la ley cántabra que excepciona la prohibición de pago aplazado. En esta sentencia se afirma que “En lo que concierne al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la materia «contratos administrativos» aparece diferenciada en el artículo 149.1.18 CE, aunque forme parte del amplio haz de competencias recogidas en el mismo precepto constitucional, que tienen diverso alcance y naturaleza, y cuya heterogeneidad impide un tratamiento unívoco (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 11). Regida así la legislación sobre contratos administrativos por un título competencial específico, esta circunstancia por sí sola impide aceptar la operación de subsunción en otros ámbitos competenciales que propone el Gobierno de Cantabria. Según la doctrina de este Tribunal, recapitulada en la STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 5: «desde un principio, venimos manteniendo que en materia de delimitación de competencias la regla de más amplio alcance debe ceder ante la regla más especial» [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 6; 87/1985, de 16 de julio, FJ 8; 87/1989, de 11 de mayo, FJ 3 a); y 193/1998, de 1 de octubre, FJ 1]. O, lo que es lo mismo, que el título específico ha de prevalecer sobre el genérico (SSTC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 2; 49/1988, de 22 de marzo, FJ 11; y 80/1988, de 28 de abril, FJ 3), sin perjuicio de que igualmente hayamos afirmado que “a este criterio no se puede atribuir un valor absoluto” (STC 213/1988, de 11 de noviembre, FJ 3)”. Y, recogida la competencia en los Estatutos, la Comunidad podrá legislar sobre contratación pública respetando, claro, lo básico (vid. A., SANMARTIN MORA en su trabajo “Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias”, en libro colectivo *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*. Zaragoza, 2010, pp. 405-428). Opción seguida, por ejemplo, por la Comunidad Foral de Navarra mediante la Ley, 6/2006, de 9 de junio. (la justificación de este ámbito competencial puede verse en el trabajo de CRUZ ALLI ARAGUREN, J., “La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos”, en libro col. *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Colección Pro Libertate, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2007, pp. 45-120).

¹⁶⁵ El Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 ha aprobado el Informe sobre los Anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España. El comunicado oficial es el siguiente:

INFORME SOBRE LOS ANTEPROYECTOS DE NUEVA NORMATIVA PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

“Se incorpora a la legislación española el paquete de Directivas Comunitarias de Contratación Pública y tiene como objetivos primordiales mejorar la transparencia y la competencia en la contratación, así como agilizar los procedimientos fomentando la utilización de medios telemáticos.

El Consejo de Ministros ha recibido dos informes del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público y de Contratos en los sectores específicos del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Los Anteproyectos se someterán a diversos trámites e informes preceptivos antes de su remisión por el Consejo de Ministros a las Cortes Generales.

Estos dos Anteproyectos incorporan a la legislación española las tres Directivas Comunitarias sobre contratación pública que fueron publicadas el mes de marzo de 2014 y algunas de sus principales novedades son las siguientes:

- Se introduce un nuevo procedimiento de adjudicación denominado de "asociación para la innovación", para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de I+D en obras, servicios y productos, para su posterior adquisición por la Administración. Los candidatos seleccionados realizarían las actividades de I+D requeridas y se adjudicará finalmente el contrato al que ofrezca la mejor relación calidad-precio.

Contratos del Sector Público son 340 artículos y 35 Disposiciones Adicionales. Es cierto que puede parecer un texto “continuista” o, en palabras de S. DEL SAZ, “un mismo traje con distintas rayas”¹⁶⁶. Sin embargo, existen notables diferencias que hacen que este texto pueda impulsar una diferente “gestión práctica” de la contratación pública. Intentaré, aun de forma sucinta, dar cuenta de las principales novedades que se han incorporado al actual anteproyecto¹⁶⁷:

a) Con relación a la sistemática formal, se decide, como premisa previa, no hacer una Ley *ex novo*, sino “partir de la” estructura TRLCSP de 2011. Existirán así dos leyes: Ley de Contratos del sector público y Ley de Contratación en sectores especiales que vendrán a sustituir al TRLCSP y a la Ley de contratación en sectores especiales. El articulado de esta Ley se ha estructurado en un título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales

- Se amplía el ámbito subjetivo de la Ley que, en determinadas circunstancias y supuestos, se aplicará a partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales, cuando su financiación sea mayoritariamente pública.

- Se apuesta decididamente por la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en la Ley.

- Con el objetivo de reducir las cargas administrativas se generaliza el uso de las llamadas “declaraciones responsables”, en las que el empresario simplemente manifiesta que cumple los requisitos para acceder a la licitación, sin necesidad de presentar documentación justificativa hasta el momento en que resulte adjudicatario del contrato.

- Para conseguir una mayor transparencia, se restringe notablemente el denominado “procedimiento negociado” (que no tiene publicidad), eliminando el motivo de la pequeña cuantía del contrato dentro de los supuestos que hoy día permiten su utilización. Sin embargo, para no perder las ventajas de agilidad que tiene este procedimiento, se crea uno nuevo, el Procedimiento Abierto Simplificado, en el que la duración del proceso de contratación será muy breve (alrededor de un mes), pero que, sin embargo, será totalmente transparente, con publicación obligatoria en Internet.

- Se fomenta e impulsa la competencia a través de diversos mecanismos tales como:

La introducción de un incentivo para que los contratos se dividan en lotes. Hasta este momento, la normativa vigente exige que se motive y justifique la existencia de diversos lotes en un contrato. A partir de la nueva Ley, el principio será justamente el contrario y se deberá justificar como excepcional el hecho de que no existan lotes. Esta división en lotes favorece especialmente el acceso de las PYMEs a los contratos públicos.

La restricción en la utilización de los llamados “medios propios” (entidades creadas por una Administración o poder adjudicador para la realización de determinadas actividades sin someterse a un procedimiento de contratación). En la nueva Ley aumentan las exigencias para garantizar que la utilización de estos medios propios está suficientemente justificada y no es un modo de eludir la publicidad y concurrencia características de la contratación pública.

- Se incorpora una nueva regulación, más equilibrada, de la regulación de la responsabilidad patrimonial aplicable a las concesiones. En la normativa actual, si hay una resolución de la concesión, sea cual sea su causa, la Administración debe abonar al concesionario las inversiones que ha realizado. Con la nueva normativa, si la resolución se produce por una causa imputable al contratista, como ocurre en los casos de insolvencia o concurso de acreedores, la indemnización se determina por el valor de mercado de la concesión. Este nuevo régimen incentivará que se produzca un cálculo riguroso de las inversiones necesarias en la concesión y una mejor gestión, ya que el concesionario, si la resolución le es imputable, ya no tendrá garantizada la recuperación de la inversión.

- Para mejorar la gobernanza en esta materia, se crea en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado un Comité de Cooperación, en el que participarán Comunidades Autónomas y Entidades Locales, que será un órgano de encuentro, cooperación y unificación de criterio, así como de recopilación de información para elaborar el informe de supervisión que debe remitirse cada tres años a la Comisión Europea”.

¹⁶⁶ S. DEL SAZ, “La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?”, *RAP* núm.174, 2007.

¹⁶⁷ Me remito a mi trabajo “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano”. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 19-60.

de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV). Una de las principales novedades es que se adopta una **uniformización del régimen jurídico** en la licitación, con independencia de la naturaleza pública o privada del poder adjudicador. Hay novedades en simplificación, que conllevan descarga burocrática y mayor agilidad en tramitación/adjudicación. Se introduce mención CPV con el objetivo de favorecer una mejor tipificación contractual y una mayor transparencia.

b) Se conserva la redacción artículo 1 y 2, con la introducción al principio de integridad. Es una señal de que la Ley pretende combatir la problemática de la corrupción. Y, no es una mera cuestión formal, pues amén del efecto didáctico de su inclusión, se refuerza la idea de que la integridad (la honradez), no es un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos.

c) Se da nueva redacción artículo 3 para aclarar el concepto poder adjudicador: párrafo 1 se mantiene para definir que es sector público. El párrafo 2 indica quien es poder adjudicador y su utiliza el sistema de lista. El párrafo 3 se indica quien es Administración Pública. Se suprime la mención a que las Entidades Públicas Empresariales no se comportan como Administración Pública y se acuerda que solo las entidades de derecho público que sean efectivamente de mercado serán no Administración Pública a efecto de esta Ley. Como novedad importante -en relación a lo que ya hemos expuesto- es que se incluye a partidos políticos y sindicatos y organizaciones empresariales si hay financiación pública mayoritaria. Sin duda un cambio de indudable interés, máxime en el actual contexto de falta de transparencia de la gestión política que cuestiona la propia legitimidad de las instituciones administrativas¹⁶⁸.

d) En negocios excluidos se decide mejorar la sistemática con varios preceptos distintos que contengan una materia idéntica y un último “cajón de sastre”. En cuestión de convenios (se introduce de “cooperación”), se sustituye “naturaleza” **por contenido y causa** (se pretende evitar fraudes y favorecer control y evitar que bajo subterfugios formales se esconda una relación que es un contrato público). La letra d) se cambia la mención de Administración Pública por la de poder adjudicador. Asimismo, se da sustantividad a compra pre-comercial.

e) Se regula la cooperación vertical y horizontal. Se opta por utilizar las categorías y conceptos comunitarios, con el fin de favorecer la predictibilidad. Así, no se habla de encomiendas sino de encargos. Encargos que deben ser objeto de publicidad con el fin de garantizar, mediante el control, la idoneidad de cada encargo. Los entes que tengan consideración de medios propios deben **contar con los medios idóneos**¹⁶⁹. En todo caso, cien por cien capital público. Son necesarios, además, otros requisitos:

¹⁶⁸ Se ajustan, igualmente, ciertas previsiones relativas a la Administración local, tanto en materia de organización, cuantías de contrato menor en función de población y de elementos de control. Sobre la incidencia de la Directiva 2014/24 en la Administración local resulta de especial interés el trabajo de M. A. BERNAL BLAY, “La contratación de las Entidades Locales en el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública”, REALA núm. 2, nueva época, 2014.

¹⁶⁹ Criterio defendido en el Informe 65/07, de 29 de enero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado -«Consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión»-, añade a los requisitos mencionados el de la idoneidad del ente para recibir y prestar el encargo afirmando: “Habrà que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda.”

que la empresa que tenga el carácter de “medio propio”; disponga de medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga; que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa; que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad.

e) Los contratos celebrados en el ámbito de la Defensa y Seguridad, seguirán rigiéndose por su correspondiente Ley específica, en los supuestos en ella determinados. Se delimita en el texto, así mismo, la aplicabilidad de la presente Ley o de la ley específica, según los distintos supuestos posibles en el caso de contratos referidos a los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

f) En la tipología de contratos hay **ajuste de definiciones de obras y servicios (concepto funcional de obras**: que exista influencia –STJUE 30 octubre 2009-). Se decide que plazo de estos últimos será común a todo poder adjudicador con excepciones (inversiones, etc.). El plazo ordinario es de 5 años (porque es el que referencia la Directiva concesiones). Desaparece contrato de colaboración público-privada y CPPI¹⁷⁰. A la vista de la experiencia práctica se pretende evitar confusiones o incorrecto uso. En todo caso, la opción de realizar CPP (desde de la perspectiva de SEC 2010) se encuentra en la regulación de concesiones. Se incorpora definición contrato servicios conforme al Derecho de la Unión Europea. Así, se incluye contrato concesión de servicios que se caracteriza por al existencia de riesgo (ya no hay contrato de gestión de servicios públicos: se eliminan las figuras del concierto y de la gestión interesada). Se adopta el **criterio del riesgo operacional** como elemento para delimitar concesión de contrato¹⁷¹. El plazo concesiones queda vinculado al plazo necesario retorno inversiones.

Se define contrato mixto con regla general de valor estimado de la prestación. Se aclara que los contratos administrativos/privados son, en esencia, “régimen jurídico”.

g) Se decide **reformar tema jurisdicción superando la dualidad jurisdiccional**. Toda fases de preparación y adjudicación, al margen de importe y naturaleza poder adjudicador, se residencia en orden contencioso¹⁷². Existe ahora coherencia con la

¹⁷⁰ A favor de esta eliminación de contrato CPP del artículo 11 TRLCSP se puede ver la opinión de M. MAGIDE HERRERO, “Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa”, en libro col. *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, pp. 68-69. Ciertamente, como bien ha sistematizado, en un análisis exhaustivo, son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual “específicamente español” y, quizá, por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica M. HERNANDO RYDINGS, en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012, pp. 534-541. También M. A. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, “El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica”, REDA núm. 167, 2014, pp. 293-326.

¹⁷¹ Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, RAP núm. 194, 2014, 437-474.

¹⁷² No resulta posible una solución formal anclada en la idea rígida del contrato administrativo, pues, como bien ha explicado O. MIR PUIGPELAT el Derecho Administrativo se define en la actualidad no solo sobre la base del elemento subjetivo -Administración pública- sino también a partir de su consideración como Derecho exorbitante que se dirige a conciliar el interés general y el particular. Y resulta evidente tal condición en cualquier contrato público (donde las reglas y principios son públicos), tal y como ya advirtiera, por cierto, el Tribunal Supremo en la conocida sentencia Hotel Andalucía Palace (núm. 2113/1965 de 4 de febrero) donde el dato de que existen reglas administrativas es lo que decidió la competencia a favor del orden contencioso (en un contrato de una empresa pública).

solución adoptada por el actual artículo 2 b) LJ de 1998, que establece la regla (que no debería ser alterada por la legislación de contratos, en tanto legislación sectorial), de que todas las cuestiones de preparación y adjudicación de cualquier poder adjudicador se deben residenciar en sede contenciosa¹⁷³.

La opción de diferenciar por al consideración de contrato armonizado o no armonizado que estableció el artículo 21. 2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 se separaba, pues, de una interpretación uniforme que residenciaba en el orden contencioso los contratos públicos de entes no Administración Pública. Así, de forma “sorprendente” habilitaba la competencia del orden civil en los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores que no son Administración pública, lo que venía a “resucitar” la dualidad de jurisdicción con sus sabidos inconvenientes procesales y de seguridad jurídica. La cuantía del contrato sirve para fijar el órgano competente, siendo ajeno a la lógica de la naturaleza del sujeto o del interés público como criterios delimitadores.

Es –y debe ser– el criterio funcional de poder adjudicador y no formal de Administración Pública, el que determina ante que orden jurisdiccional se residencia la competencia¹⁷⁴. Máxime cuando el artículo 2 LJ viene admitiendo la categoría de los actos “materialmente” administrativos. En definitiva, en una actividad como la de los contratos públicos tan sensible desde una perspectiva económica, es necesario dotar a la arquitectura jurídica del control de la necesaria coherencia, que garantice el máximo de seguridad jurídica y favorezca la predictibilidad. Y, por cuanto resulta evidente que en la fase de preparación y adjudicación de cualquier contrato público (incluyendo las modificaciones ilegales), sea o no realizado por una Administración pública, hay un interés público relevante, debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa su fiscalización¹⁷⁵.

¹⁷³ De hecho, con la LCAP de 1995, ya la sala de lo civil se declaró incompetente en contratos de empresas públicas al afirmar: “que «no cabe duda de que el contrato cuyas consecuencias jurídicas se presentan ante el Tribunal Civil es de naturaleza administrativa: así lo revela el procedimiento administrativo de licitación y de adjudicación de la obra contratada, la previa determinación de los correspondientes pliegos de condiciones administrativas y técnicas, y, en fin, la propia tipología del contrato, que no es sino de las obras públicas, y celebrado por una empresa pública municipal, como lo es «Aguas del Puerto, Empresa Municipal, S.A». A tal respecto es bueno recordar que el artículo 1º de la [Ley 13/95 \(RCL 1995, 1485, 1948\)](#) de Contratos de las Administraciones públicas, establece que los contratos que celebren las Administraciones Públicas se ajustarán a las prescripciones de la citada Ley, a cuyos efectos se entenderá por Administraciones Públicas también a las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público, notas éstas que se dan de forma expresa en la empresa pública expresada, dedicada al suministro de aguas potables de El Puerto de Santa María, y cuyos cargos directivos son nombrados y sus presupuestos aprobados por el Ayuntamiento de dicha ciudad, debemos ratificar la resolución de la Audiencia” (Sentencia núm. 776/2005 de 11 octubre. RJ 2005\857).

¹⁷⁴ Se explica de forma excelente en el trabajo de P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 237-277.

¹⁷⁵ Por otra parte, desde la lógica de la arquitectura de los principios procesales sobre los que se fija la competencia, básicamente sujetos y objeto, con causa de interés público, resulta incomprensible que el criterio cuantía pueda determinar un cambio de orden jurisdiccional, posibilidad contraria al buen funcionamiento del Estado de Derecho y de la necesaria seguridad jurídica pues la dualidad jurisdiccional

Desaparece la previsión a arbitraje para los contratos de las Administraciones públicas, para que sea decisión de cada Administración pública.

h) En el ámbito del recurso especial, se mantiene el modelo de los tribunales administrativos, que, como ya se ha explicado, son órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE. Desde la perspectiva del procedimiento, se mejoran los aspectos de invalidez y **desaparece cuestión de nulidad contractual** que se integra en el recurso especial. El **recurso especial se configura con carácter obligatorio**¹⁷⁶. Se establece que es para importes armonizados, pero se deslegalizan las cuantías. Así, las Comunidades Autónomas (como ya han hecho Navarra y Aragón) podrán rebajar los límites (lo que permite un mayor control Administración local y de la institucional). Se refuerza la planta bajo la previsión de que no existan tribunales locales¹⁷⁷. La decisión de la Comunidad Autónoma atrae la competencia del concreto órgano de recursos contractuales (la planta debe ser "cerrada" y coherente, por lo que no deben existir órganos de control de ámbito local).

Se reconoce una legitimación amplia conforme doctrina tribunales administrativos (se entiende que incluye doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimación de concejales, tal y como contempla expresamente el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entrada en vigor el 25 de octubre de 2015)¹⁷⁸. Hay un nuevo sistema de impugnación plazos de los pliegos (que incorpora la doctrina de la Audiencia Nacional). **Las comunicaciones son electrónicas** en todo caso. Y se extiende el objeto del recurso contra modificaciones y encargos ilegales (lo que supone que ya no es recurso precontractual)¹⁷⁹. Se elevan las multas por temeridad o mala fe en al interposición del recurso a 30 000 euros¹⁸⁰. Los

en asuntos de misma materia y sujetos quiebra los mismos. Critican por ello, entre otros, la opción del artículo 21 TRLCSP los prof. GARCIA DE ENTERRIA y TR. FERNANDEZ (*Curso Derecho Administrativo*, Vol. II, 2013, p. 622).

¹⁷⁷ Me remito a las consideraciones de mi estudio “Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva, Revista Derecho Público de Cataluña núm. 47, 2013”.

¹⁷⁸ La legitimación no puede ser un obstáculo para analizar la legalidad de un procedimiento contractual, siempre que se acredite un interés directo y no una mera expectativa. El recurso especial debe interpretarse desde la lógica del artículo 24 CE confiere a todas las personas -personas físicas o personas jurídicas-el derecho a acceder a un tribunal (u órgano independiente de control) para interesar la protección de sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, lo que obliga a interpretar las normas procesales que regulan la atribución de legitimación de forma razonable, en sentido amplio y no restrictivo, con la finalidad de otorgar tutela judicial al administrado y de garantizar la fiscalización del cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración (SSTC 28/2005, de 14 de febrero), y 139/2010, de 21 de diciembre). En todo caso, debería avanzarse hacia una legitimación amplia, dado que la verdadera finalidad del control debe ser garantizar el derecho a una buena administración -como recuerda la Directiva 2007/66-.

¹⁷⁹ Sobre en carácter no precontractual del recurso especial puede verse mi trabajo *La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable*, en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, 99. 83-140.

¹⁸⁰ Como recuerda la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) en su Sentencia de 14 mayo 2014. JUR 2014\157183, el artículo 47.5º TRLCSP otorga la posibilidad de imponer una multa al recurrente cuando aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso. La finalidad de esta facultad de imponer una multa no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta que el mismo sea resuelto (art. 45 TRLCSP). Obviamente, la denominación de multa no implica que tenga naturaleza sancionatoria, pues su finalidad es de protección

diferentes órganos de recurso que sean creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos (Disposición Adicional 24).

i) En lo relativos a las cuestiones de solvencia se aclara como condición de ejecución lo que son adscripción de medios. La clasificación empresarial se mantiene solo en contratos de obras de más de 500 000 euros. Importante novedad, desde la perspectiva de simplificación, es que se establece la **declaración responsable** como regla general en todo procedimiento abierto. Y se regula el modelo de documento. Hay un precepto (artículo 64) dedicado a Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses. Se establece nuevo modelo prohibición de contratar, que es el mismo para cualquier poder adjudicador, sea o no Administración Pública. Se extiende el régimen de familia (la prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses) y se ajusta la prohibición al “contrato”. Se regula un nuevo sistema y procedimiento de determinación de las prohibiciones de contratar (vinculado a cada contrato).

j) Se revisan, a efectos de su homogeneización, las diversas expresiones que se utilizaban en el Texto Refundido anterior para referirse al valor de los contratos, por ejemplo “cuantía” o “importe del contrato”, reconduciéndose en la mayor parte de los casos al concepto de “valor estimado” del contrato, que resulta ser el correcto. Este concepto queda perfectamente delimitado en la nueva Ley, al igual que lo están el de “presupuesto base de licitación” y el de “precio del contrato”, evitándose, de esta forma, cualquier posible confusión entre ellos.

k) En materia de procedimientos, se regulan las consultas preliminares al mercado (art. 115) y se introduce el **procedimiento abierto con tramitación simplificada** (muy similar al de la Ley 3/2011 de Aragón). Los umbrales para su utilización son los no armonizado en suministros y servicios y 2 millones en obras. (salvo poder adjudicador no Administración pública, que lo puede utilizar para todo importe). Hay una novedosa regulación del **procedimiento negociado con más detalle**. Existe obligación de negociar delimitando ponderación (causa de nulidad, como ha indicado Acuerdo del TACPA 8/2015). Se mantiene la previsión de no negociar que contiene la Directiva (ej. Derechos especiales, etc.). **Desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción)**. Se mantiene contrato menor y sus

del uso adecuado del sistema del recurso especial para conciliar adecuadamente los distintos intereses públicos. Tendría su equivalente en la previsión del artículo 247 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre respeto a las reglas de la buena fe procesal y multas por su incumplimiento, donde se dice que “*si alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar*”. Así, es una facultad de carácter procesal del Tribunal administrativo decidir si concurren estas circunstancias de mala fe y temeridad para imponer la multa.

cuantías. Se ajustan las mismas en función municipios de menos 5000 habitantes. (como en Aragón). En el ámbito de la innovación y desarrollo, con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras, destaca especialmente la introducción del nuevo procedimiento de asociación para la innovación. Se ajusta dialogo competitivo a novedades de la Directiva (reforma técnica).

j) Sobre los Acuerdo Marco, la nueva normativa prevé la posibilidad de adjudicar contratos con base en un acuerdo marco estará condicionada a que en el plazo de treinta días desde su formalización, se hubiese remitido el correspondiente anuncio de la misma a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, en el caso de que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada y efectuado su publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el «Boletín Oficial del Estado» en el caso de los Acuerdos Marco celebrados en la Administración General del Estado Administración General del Estado y por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas.

Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre las empresas y los órganos de contratación que hayan sido originariamente partes en el mismo (salvo lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 225 en relación con los acuerdos marco celebrados por centrales de contratación).

En todo caso, las empresas parte del acuerdo marco estarán obligadas a mantener en el acuerdo marco los precios con que concurrieran en el mercado, si éstos mejoraran los de la adjudicación del acuerdo marco, siempre que las condiciones aplicables a la prestación fueran similares.

k) Lógicamente, la propuesta de normativa incluye medidas a favor PYMEs¹⁸¹: nueva **regulación de la división en lotes de los contratos**. Así, se invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que, solo si no se divide, hay que justificarlo. Se regula la oferta integradora y se puede limitar número de lotes. El **acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito**, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados.

l) Se **precisan los criterios de adjudicación**, que deben cumplir los siguientes requisitos: a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato. b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Hay una doble distinción de criterios: Criterios relacionados con coste (se incluye mejor relación coste-eficacia) y criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio. Se limita el uso criterio mejoras: no podrá asignársele una valoración superior al 2,5%. Se definen como las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que aquéllas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones.

En criterios adjudicación se incluye, además, la definición y cálculo del coste del ciclo de vida y de las ofertas anormalmente bajas. Se regulan criterios desempate

¹⁸¹ Sobre la cuestión de las PYMES y la contratación pública puede consultarse: J.M. GIMENO FELIU, “La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 59 a 84, y el estudio de G. BARRIO GARCIA, “Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación Pública”, en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 133-160.

(criterios sociales). Se recuerda la obligación de establecer ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. La elección de las fórmulas se tendrán que justificar en el expediente, y las mismas deberán permitir que en condiciones normales pudiera llegar a existir una diferencia equivalente a la ponderación correspondiente al respectivo criterio automático entre la mejor y la peor oferta.

Los órganos de contratación podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por este último, como medio de prueba del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas, o de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato. Se detalla el régimen de la confidencialidad de las ofertas y la notificación de la adjudicación se efectuará por medios electrónicos.

m) Destaca la posibilidad de que, previa previsión en los pliegos, el poder adjudicador compruebe el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más riguroso que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

n) El régimen de modificación del contrato, más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias (art. 72 Directiva). Se introduce adverbio “solo” y se limitan posibilidades. No hay modificados de “*minimis*”. Se regula la cesión del contrato con el fin de evitar que se considere modificación contractual. Toda modificación deben publicarse y notificarse los acuerdos de modificación (opción ya incorporada en Aragón y Navarra).

Sin embargo, existe una cierta “disfunción”, por comparación con el régimen actual en relación a los poderes adjudicadores no Administración Pública (artículo 20 TRLCSP), pues se “limita”, a mi juicio indebidamente, la aplicación del procedimiento de modificación contractual solo para los contratos de importe armonizado. La previsión que se contiene el artículo 26 del anteproyecto debería ser revisada para dotar al sistema de la uniformidad pretendida, y evitar zonas de sombras vinculadas a la naturaleza del ente y el importe del contrato.

ñ) En el régimen de contratos administrativos existen ajustes técnicos (mayor plazo garantía en los contratos de obras), más importantes en concesiones: se incluye concepto TIR. Se limita RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 (el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma). Se permite pagos por disponibilidad.

o) Al regular el reequilibrio económico de la concesión de obras y servicios se mantiene la redacción actual sobre el *factum principis* (decisión de la Administración pública concedente que incide de forma sustancial en concesión) y no se incorpora como causa de reequilibrio el riesgo imprevisible¹⁸².

¹⁸² Esta decisión de no “cambiar” la regulación del *factum principis* no parece una buena solución. En mi opinión, deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad. La concesión se explota por el contratista a riesgo y ventura, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide –más bien lo contrario- el reequilibrio financiero, pues, como ya ha advertido el Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura, «*el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la*

Se puede ampliar 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato. En el ámbito de los sectores públicos autonómico y local, deberán remitirse al Comité Técnico de Cuentas Nacionales o, todos los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios adjudicados en sus respectivos ámbitos, cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros, o cuando, en su financiación se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o el otorgamiento de préstamos o anticipos.

q) Muy importante novedad es la regulación del Libro III relativo a los contratos de poderes adjudicadores, no Administración Pública, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores. Se **suprime la obligación de aprobar Instrucciones de Contratación (uniformización de reglas jurídicas)**.

r) En materia organizativa destaca la previsión relativa a la mesa de contratación, que se define como órgano de asistencia técnica especializada (lo que supone que no puede tener componente político en las personas que se designan, tal y como advirtiera el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos en su Acuerdo 45/2013, de 7 de agosto). Se regulan órganos de contratación entidades locales. Debe mencionarse la nueva regulación de la figura del perfil de contratante, más exhaustiva que la anterior, que le otorga un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad. Pero a efectos de publicidad/transparencia debe estarse a la publicidad en Portal Contratación Sector Público (o autonómicos, interconectados). Plazos se inician en momento publicación PCSP. El Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito.

Existe una nueva regulación del Registro de Contratos del Sector Público (que debe servir para mejorar no solo en simplificación, sino también en transparencia), en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros.

s) Se opta por la **extensión regla de medios electrónicos, incluso para ofertas**. En cuanto a la presentación facturas, el contratista tendrá la obligación de presentar la factura que haya expedido por los servicios prestados o bienes entregados ante el correspondiente registro administrativo a efectos de su remisión al órgano administrativo o unidad a quien corresponda la tramitación de la misma. En los pliegos de cláusulas administrativas para la preparación de los contratos que se aprueben a partir de la entrada en vigor de la presente disposición, se incluirá la identificación del órgano administrativo con competencias en materia de contabilidad pública, así como la

*necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública» (Dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002). No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Igualmente debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando al inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó al inversión debería ajustarse la TIR. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior “judicialización”, con las incertidumbres que comporta). Vid. J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., pp. 148-150.*

identificación del órgano de contratación y del destinatario, que deberán constar en la factura correspondiente.

t) Se diseña un nuevo **sistema de gobernanza**, del que deriva un nuevo rol de la Juntas Consultiva Contratación (se crea un Comité con representación CCAA) por exigencia del Derecho de la Unión Europea. 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 pública. Esta regulación obligará a modificar Reglamento Junta autonómicas.

De todo lo expuesto, se constata que la nueva regulación que se contiene en el Anteproyecto no es un mero “maquillaje”, y que incorpora importantes novedades (aunque es cierto que resulta una Ley muy extensa y con algunos problemas formales)¹⁸³.

Se “renuncia” a la idea de un “Código de Contratos Públicos”, con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos¹⁸⁴. Sin embargo, la transposición recoge en parte esta visión “codificadora” ya que presenta un texto de fácil comprensión y aplicación práctica, compatible con el derecho comunitario, lo que puede dotar de seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social. Es de esperar que el trámite de información pública, así como el debate parlamentario, permita mejorar en lo sustantivo y en lo técnico una norma de tal significado para el correcto funcionamiento de las instituciones públicas, así como para prevenir efectivamente el problema de la corrupción, tan generalizada en el ámbito de los contratos públicos¹⁸⁵. E interesaría una transposición en plazo, para evitar los problemas prácticos del efecto directo de las Directivas¹⁸⁶.

En cuanto a la pretensión de un cambio de modelo en la contratación pública más eficiente y más efectivo en la prevención de la corrupción, las medidas adoptadas parecen acertadas¹⁸⁷: se incluye expresamente con valor jurídico el principio de

¹⁸³ Se incorporan muchas de las propuestas que ya realizamos con anterioridad (por todas, mi ponencia en “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015 .

¹⁸⁴ Así lo propuse en mi trabajo “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 25-84.

¹⁸⁵ Me remito a mi trabajo “Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos”, publicado en www.obcp.es (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/relcategoria.208/relmenu.3/chk.1b2c9f6d99eecf44223c17ac60720747>).

¹⁸⁶ En ese contexto, la Memoria del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de 2014 advierte la necesidad de una coordinación de los distintos tribunales administrativos de recursos contractuales (ante juez comunitario), con el objetivo de aclarar que preceptos desplegaran efecto directo, desplazando, desde la lógica de la primacía del Derecho de la Unión europea, a las previsiones del TRLCSP que resulten contrarias.

¹⁸⁷ La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado en febrero de 2015 un documento de análisis de la contratación pública en España “[PRO/CNMC/001/15: Análisis de la](#)

integridad, se extiende la aplicación a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales, se eliminan prácticas que permitían la opacidad (regulación estricta de los convenios y de los encargos a medios propios, eliminación de la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, publicidad y control de los modificados, eliminación de las instrucciones internas de los poderes adjudicadores no administración pública, publicidad diseñada para ser transparente poniendo en valor la Plataforma de Contratos del Sector público, regulación de los conflictos de intereses y extensión de las prohibiciones de contratar por vínculos familiares, refuerzo del recurso especial, profesionalización de las mesas, etc.) y se fomenta la simplificación.

Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia (http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf). En él reconoce una serie de fortalezas así como de oportunidades de actuación orientadas a la consecución de mayores niveles de transparencia y competencia y cifra en 47 000 millones de euros al “ineficacia” del modelo de contratación pública en España. Asimismo, el *Informe del Tribunal de Cuentas núm. 935* (pp. 228 a 230) puso de relieve una serie de deficiencias o anomalías indicando que en algunos contratos no se motivaron adecuadamente la necesidad pública que los justificaba (p. ej., cuando se recurre a un contrato de consultoría, asistencia o servicios sin concretar las razones por las que no puede asumirse con medios propios) o bien el uso de criterios discriminatorios en los pliegos (p. ej., la necesidad de contar con experiencia o medios vinculados a una Comunidad Autónoma). También se advierte la falta de justificación para utilizar la tramitación de urgencia o de emergencia o el fraccionamiento de la cuantía del contrato usando el contrato menor, todo ello con la finalidad de eludir la publicidad y la concurrencia. Por lo que respecta a los conflictos de intereses, se pone de manifiesto que dicho problema es especialmente relevante en el ámbito local, lo se dice genera unas ganancias privadas en detrimento de los intereses públicos (pág. 31). Igualmente se advierte se daba una “falta de justificación de la concurrencia de los supuestos legales que permiten la utilización de procedimientos negociados sin publicidad, que implican la exclusión de los contratos así adjudicados de los principios de publicidad y libre concurrencia, la mayor discrecionalidad en la selección de los adjudicatarios y en los que, además, no suelen obtenerse bajas apreciables, particularmente, cuando se invocó la existencia de una imperiosa urgencia o de un único empresario capacitado para la realización de las correspondientes prestaciones” (pág. 230). Finalmente, se constata hace referencia a los retrasos en la ejecución de los contratos, especialmente los de obras, la deficiente constancia de la conformidad tanto de los productos suministrados en bienes fungibles o material sanitario (contrato de suministro) como de los contratos de consultoría, asistencia o servicios. En este último caso, se pone de manifiesto la subida de los precios en función de las subidas salariales, lo que rompe con el principio de riesgo y ventura y la revisión de precios conforme a las fórmulas predeterminadas (p. 230). Resulta también de interés la Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio. En extenso me remito a mi trabajo “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos, número especial 2015, Las Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur menor, 2015.