

CAPÍTULO V

LA BUENA ADMINISTRACIÓN EXIGE UNA CULTURA ACTIVA DE TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD EN CONTRATACION PÚBLICA

1. INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ELEMENTO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN

La integridad y la transparencia en la contratación pública son elementos claves en una adecuada visión de la contratación pública desde la óptica del buen gobierno¹. Administrar mejor obliga no solo a una respuesta eficaz, sino, también, a rendir cuentas de forma transparente, y a preservar el principio de integridad, pues sin conocimiento efectivo no hay democracia². Esta cultura de prevención es todavía más importante en momentos como los recientes, cuando la pandemia, y la exigencia de respuestas inmediatas, están tensando las costuras de principios tan importantes como la transparencia, la participación política o la legitimidad de la división de poderes. La urgencia

¹ Sobre esta cuestión he tenido ocasión de reflexionar en varios trabajos. Me remito, por todos, ahora a mi monografía *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019, pp.77-96 y 199-328; «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», en J.M. GIMENO FELIÚ y M. VILLORIA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, 2016, pp.246-300; «Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP», en el libro colectivo *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 239-318 (hay 2.ª ed. de 2023) y «Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia», en el libro colectivo *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 117-134.

² Sobre esta cuestión es de indudable interés la obra de S. ROSE-ACKERMAN y B. PALIFKA, *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

derivada de la excepcionalidad exige más y mejor transparencia, con verdadera rendición de cuentas, pero no por obligación, sino por convicción de que en ello está la esencia del correcto uso del poder. Por ello el legítimo objetivo de simplificar la actuación administrativa no puede significar, ni justificar, la reducción de controles efectivos³.

Implantar mecanismos eficaces que sirvan de frenos al problema de la corrupción (en especial en el ámbito de la contratación pública) es un reto ineludible de regeneración democrática y del buen gobierno⁴. En este asunto no es admisible ni la indiferencia o indolencia, ni mucho menos, su justificación como elemento necesario para el funcionamiento económico e institucional, pues se erosiona la propia legitimidad democrática del Estado, en tanto se extiende la idea de que la respuesta del poder público a las demandas sociales es inequitativa⁵. Son muchos los elementos de reflexión sobre la regeneración y calidad democrática para poder aportar soluciones al problema de la corrupción (e ineficiencia). Muchas de las prácticas de corrupción se encuentran muy vinculadas a la ausencia de transparencia⁶. No en vano, es la opacidad el escenario de cultivo que permite la proliferación de actuaciones corruptas⁷.

³ La situación de excepcionalidad generó algunas prácticas no deseables en la compra de productos sanitarios, como advierte S. BELLÓ PAREDES, «Covid-19 y contratación pública: un peligroso cóctel en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 213, 2020, p. 386.

⁴ En la importante Sentencia de 27 de noviembre de 2023, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador*, la Corte se pronuncia sobre el coste de la corrupción en la contratación pública. La sentencia aborda la responsabilidad internacional del Estado del Ecuador por las supuestas represalias sufridas por el señor Julio Rogelio Viteri Ungaretti, miembro de las Fuerzas Armadas, y su familia. Se alega que dichas represalias se dieron como consecuencia de una denuncia por graves irregularidades en la administración pública y hechos de corrupción dentro de las Fuerzas Armadas que realizó el señor Viteri en noviembre de 2001. El caso trata sobre la relación estructural entre libertad de expresión y democracia, en particular la libertad de expresión como forma de denuncia de actos de corrupción. Interesa destacar que para la Corte, citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las denuncias de actos de corrupción constituyen el prototipo de lo que se convierte en un asunto de interés público.

Y, a propósito de la corrupción en la contratación pública, relata las consecuencias e impacto de la misma. Esta Sentencia de la Corte pone de relieve la importancia de seguir combatiendo la corrupción en el ámbito de la contratación pública, pues es con carácter general el principal escenario donde se producen las actividades ilícitas, en mayor o menor intensidad. Corrupción en la contratación pública que se vincula con la protección de los derechos humanos y que guarda directa relación con la necesidad de proteger principios constitucionales tan importantes como la objetividad, transparencia y eficiencia.

⁵ Muy sugerentes las reflexiones de V. LAPUENTE, «Por qué la corrupción no se castiga», *Política Comparada*, núm. 2011/02, Laboratorio de Alternativas, 2011, p. 5.

⁶ Hay que recordar como el profesor inglés R. Klitgaard ha definido con una simple ecuación el gran problema de la corrupción: $C = M + A - T$. C es Corrupción, M: Monopolio, A: Arbitrariedad y T: Transparencia. Cuanto menor la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción. (R. KLITGAARD *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Buenos Aires, Sudamérica, 1994, pp. 10 y ss.). Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción.

⁷ La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública o el de la financiación de partidos políticos. Ya lo explicaba Platón —cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad— en el segundo libro de la *República* expone el mito del pastor GIGES. (*República*, L. II, 359c-360d). En este mito (que igualmente se desarrolla por Tolkien, en su conocida obra *El señor de los anillos*) se plantea el dilema

De ahí que sea imprescindible eliminar los espacios de «oscuridad» en la gestión pública. 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 la cultura de nueva gobernanza⁸. En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que, cuando existen distintos intereses, no se distorsionen las condiciones de competencia⁹. Se necesita más y mejor transparencia para las distintas decisiones públicas (muy especialmente en los contratos públicos) y una correcta rendición de cuentas¹⁰. Hay que «dar luz» a ciertas prácticas, con el fin de avanzar en la idea de integridad en la toma de decisiones de las autoridades públicas¹¹. Transparencia que no debe percibirse como una nueva «carga» administrativa, sino como un instrumento de mejora, que debe servir para «modificar y corregir» aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias.

No resulta admisible, en mi opinión, el argumento de que las medidas de prevención implican mayor burocracia y mayor gasto, lo que avala la tendencia de no corregir las disfunciones y justificarlas como un mal estructural necesario para preservar la eficacia administrativa. Son tiempos para rearmar, desde el Derecho y con el Derecho (con adecuada estabilidad y claridad de la regulación), un nuevo modelo de gobernanza pública que prevenga y limite conductas antiéticas, abandonando las soluciones meramente formales¹². Lo

moral del hombre, que en caso de poseer un anillo de invisibilidad que le brinda todo el poder para actuar en secreto y con total impunidad, va a actuar, desafortunadamente según muestra la experiencia general, en beneficio propio y de forma deshonesto e injusta.

⁸ 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.

⁹ Vid. J. MESTRE DELGADO, «Reflexiones sobre el principio de transparencia como remedio eficaz para prevenir la corrupción», en A. BETANCOR (dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, op. cit., pp. 287-299.

¹⁰ J. M. GIMENO FELIÚ, «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público sobre «calidad institucional, transparencia y buen gobierno»*, núm. 82, 2016, pp. 137-158.

¹¹ Me remito a mi trabajo «Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 71- 77 y los trabajos de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en el libro colectivo *Por el Derecho y la libertad*, vol. II, *Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Madrid, Iustel, 2014, pp. 1901-1931 y de A. SANMARTÍN MORA, «Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, op. cit., pp. 81-122.

¹² No parece suficiente la amenaza del Octavo infierno al que están condenados los «estadores y los fraudulentos» (Dante Alighieri, en su obra *La Divina Comedia*, en la primera de las tres cánticas, *El Infierno*). Los sistemas formales o meramente punitivos han demostrado su ineficacia. Y las consecuencias de la corrupción deben ser atacadas en todos sus efectos, como

que obligará, como se ha dicho, a repensar cual debe ser la «mejor» organización administrativa.

Los principios de integridad y transparencia, bien practicados, se convierten en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada¹³. Una política activa contra la corrupción permitirá recuperar la confianza de la ciudadanía en el modelo público y valorar adecuadamente el sentido de la política como instrumento de satisfacción del interés público. Y, también, para combatir la pobreza y prestar servicios públicos de mayor calidad¹⁴.

Solo así, podremos avanzar en la nueva cultura del buen gobierno que incorpore efectividad y seguridad, que lamine los fenómenos de la corrupción¹⁵, y que permita, como vengo recordando, poner en marcha, en palabras, del profesor Rothstein, el *Big-Bang anticorrupción*, que tanto necesitan nuestras sociedades¹⁶.

El principio de transparencia, la rendición de cuentas y el impulso a la justicia social son propios de la nueva arquitectura del contrato público en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética¹⁷. Brújula que

bien advierte C. AYMERICH en su libro *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

¹³ Vid. el excelente trabajo de J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Contratación pública y transparencia*, La Ley, 2016, en especial, pp. 393-440. El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la *modernización de la contratación pública* [2011/2048(INI)], señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre «Contratación pública y gestión de la hacienda pública», donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

¹⁴ Como indicaba D. Kaufmann, un país que mejora la lucha contra la corrupción y la gobernabilidad, de un nivel relativamente bajo a un nivel promedio, podría prácticamente triplicar los ingresos per cápita de su población a largo plazo (D. KAUFMANN, «Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción», *Revista Finanzas & Desarrollo*, septiembre de 2005, pp. 41 y ss.).

¹⁵ El Informe oficial de la Agencia sueca para la gestión pública (STATSKONTORET), *Principles of Good Administration in the Member States of the European Union*, 2005, establece una interesante comparación de los principios de buena administración existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de la Unión Europea: «la idea general tras la legislación sobre buena administración es que si la administración pública sigue procedimientos adecuados, la probabilidad de tomar buenas decisiones se incrementa notablemente. El diseño de procedimientos que aseguren que la autoridad administrativa considera todos los hechos relevantes, pondera todos los intereses relevantes y asegura que todas las partes puedan hacerle rendir cuentas durante el proceso mediante procedimientos transparentes y mediante la exigencia de que declare explícitamente el fundamento de su decisión asegurará un nivel mínimo de reflexión racional» (p. 78). Disponible en <http://www.statkontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>.

¹⁶ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «El necesario *Big-Bang* contra la corrupción en materia de contratación pública y la necesidad de rearmar el modelo de control desde la óptica de la integridad y el buen gobierno», *Revista Internacional Transparencia Internacional*, R.I.T.I., núm. 2, septiembre-diciembre, 2016, pp. 1-12.

¹⁷ Justicia social (que forma parte del art. 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del art. 9.2 CE. Basta recordar como ya en 1944 la importante Declaración

señala como norte una visión estratégica y horizontal de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales y postulados economicistas¹⁸. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en cómo utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de la contratación pública para preservar la mejor calidad en la prestación de los «servicios públicos» desde esta lógica de los ODS, que son también brújula ética del sector privado. Frente a empresas que ponen el acento en una estricta visión mercantil que vincula el éxito al mayor beneficio, existen cada vez un mayor número de organizaciones empresariales que hacen de la responsabilidad social corporativa su principal identidad, fijando su éxito más allá de la lógica del mayor rendimiento económico (y sin atajos fiscales o de corrupción), vinculando su propia justificación al compromiso social, tal y como sucede con muchas empresas del tercer sector. Una sociedad que tenga clara la dirección ética debe reconocer y poner en valor esta forma de gestión empresarial, fomentando las relaciones con estas frente a empresas «especuladoras».

2. LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO PRINCIPIO LEGAL Y ESCUDO FRENTE A LA CORRUPCIÓN

Procede, aun de forma sucinta, una reflexión sobre la gestión de la contratación pública como estrategia frente a la corrupción¹⁹. El mercado de los contratos públicos, por su impacto económico, es, como es notorio, donde existen «mayores tentaciones» y ofrecen más oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público²⁰. De hecho, la

de Filadelfia (actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo) declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social.

¹⁸ Así lo indicaba ya en mi estudio *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, op. cit., p. 18.

¹⁹ El problema de la corrupción es uno de los objetivos que aborda en primer lugar la Estrategia Nacional de Contratación pública aprobada, ex. art. 334 LCSP por la OIResCon, en diciembre de 2022, en donde sus dos primeros Objetivos son a) Combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de 15 la legislación sobre contratación pública. Mejora de la supervisión de la contratación pública y b) Combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de 21 la legislación sobre contratación pública. Mejora de los mecanismos de control de la legalidad ex ante y ex post de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y concesiones en todo el sector público. Se trata, sin embargo, de una propuesta, aunque bien alineada, demasiado programática que aconseja una perspectiva diferente y más proactiva.

²⁰ 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 FELIÚ, «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en relación con la financiación de partidos políticos», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 33-50; *Id.*, «Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP», en el libro colectivo *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 239-318; T. MEDINA ARNÁIZ, «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en el libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Cizur Menor, Civitas, 2014, pp. 299-344; A. CERRILLO e I. MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014; R. RIVERO ORTEGA, «Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana», en N. RODRÍGUEZ GARCÍA y E. A. FABIÁN CAPARRÓS (dirs.), *Corrupción y delincuencia económica*,

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 por 100 del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno»²¹.

En materia de contratos públicos existen (y han existido) prácticas contrarias al principio de integridad, y su carácter «estructural» (de distinta «intensidad», y efectos, es cierto)²². Prácticas que se encuentran muy vinculadas a la ausencia de transparencia²³. Los efectos de la corrupción en la gestión administrativa son evidentes²⁴. Amén de una clara ineficiencia en la gestión de fondos públicos, es una pérdida de competencia que afecta a la solvencia cualitativa del sector empresarial. Sin una competencia real, la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos. Además, junto a esos efectos nocivos sobre la economía o la eficiencia de recursos públicos (siempre escasos), hay un efecto especialmente perverso, pues la corrupción afecta a la credibilidad política del sistema y, por ello, a la propia democracia, en tanto, especialmente en tiempos de crisis como los actuales, provocan una evidente (y muy justificada) desafección ciudadana²⁵. Ello sin contar con los problemas reputacionales para la «marca institucional del país en cuestión» que retraen inversiones y apoyos financieros.

Universidad Santo Tomás (USTA), 2008, pp. 169-192; y B. ARIEL REZZOAGLI, *Corrupción y Contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Editorial Ratio legis, 2005.

²¹ Vid. J. MIRANZO DÍAZ, «A Taxonomy of Corruption In EU Public Procurement», *EPPPL - European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12 (2017), núm. 4, pp. 383-395.

²² Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», en M. VILLORIA, J. M. GIMENO y J. TEJEDOR (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 246-300; *Id.*, «Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP», en libro colectivo *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 239-318; T. MEDINA ARNAIZ, «La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104.2, 2016, pp. 77-113; y las reflexiones de A. GONZÁLEZ SANFIEL, «La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?», en F. HERNÁNDEZ (dir.), *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, 2016, pp. 31-48. También el trabajo de J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «Corrupción en la contratación pública», en A. BETANCOR (dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, op. cit., pp. 433-475 y de M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, «Buen gobierno, innovación y contratación pública. Examen crítico de algunas técnicas para el fomento de la integridad en los contratos públicos, a la luz del Derecho Europeo y de su recepción por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre», en el libro colectivo, *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 347-383.

²³ Al respecto me remito a mi trabajo «Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de Integridad y de Transparencia», *Revista Internacional de transparencia e Integridad*, núm. 9, 2019.

²⁴ Interesa las observaciones contenidas en el trabajo de la OLAF, COMISIÓN EUROPEA «Fraude en la contratación pública. Recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas», 2017, pp. 3 y ss.

²⁵ Vid. E. MALARET, «El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia», *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, primer semestre, 2016, pp. 21-60.

Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica de esta nueva visión estratégica del contrato público desde las exigencias de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda de Naciones Unidas 2030, para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial, lo que exige una actitud proactiva y no meramente reactiva²⁶. La «nueva» gobernanza pública, exige hacer de la integridad la principal señal de identidad²⁷.

El objetivo de integridad —reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción— forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el art. 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio). Y por integridad habrá que entender «el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno» [Recomendación del Consejo OCDE sobre contratación pública C (2015)2]²⁸. El IV Plan de Gobierno Abierto, aprobado en 2020²⁹, como impulso de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en España, ha posicionado a la integridad como uno de los ejes centrales del gobierno abierto, a la altura de la transparencia, la participación ciudadana o la formación.

La integridad no es, por tanto, un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos³⁰. Y se deben adoptar medidas adecuadas a tal fin con la

²⁶ http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas.

²⁷ Vid. A. CERRILLO e I. MARTINEZ, *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de interés y la lucha contra la corrupción*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014 (hay 2.ª ed. de 2018). La OCDE, en 2012 (*Progress Made in Implementing the OECD Recommendation on Enhancing Integrity in Public Procurement*. París) ha propuesto un conjunto de normas y reglas de integridad, así como instrumentos para su análisis y evaluación. Asimismo, ha impulsado diversos procesos de evaluación de varios países para ayudarles a adoptar buenas prácticas e implementar los principios de integridad. A título ejemplificativo, puede citarse 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, p. 30. El CESE mantiene este juicio negativo en su Dictamen de 29 de julio de 2015, *Combatir la corrupción en la Unión Europea: afrontar las preocupaciones de las empresas y la sociedad civil* (CCMI/132), y constata la importante «tasa» de corrupción en la contratación pública. De interés la Recomendación del Consejo de Europa CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre buena administración.

²⁸ Por todos, J. MIRANZO DÍAZ, *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, 2020.

²⁹ IV Plan de Gobierno Abierto de España 2020-2024. Disponible en https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto/planes-accion.html

³⁰ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en el libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 37-105.

intención de eliminar (o, al menos reconducir) prácticas que permitían la opacidad³¹. Lo que exige claridad de la respuesta jurídica, efectiva transparencia, mecanismos de control rápidos y eficaces y, por supuesto, profesionalización³².

La necesaria transposición de las Directivas europeas de contratación pública, que, como recuerda C. Aymerich Cano tienen entre sus objetivos combatir el problema de la corrupción³³, ha sido la oportunidad para «rearmar» nuestro modelo de contratación pública desde la lógica de los principios de integridad, procurando ineficaces soluciones formales. El art. 1 LCSP incluye la referencia a este principio (aunque pasa un tanto desapercibido, lo que aconsejaría una redacción del art. 1 distinta y «más didáctica»). 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 jurídicos³⁴. Y se adoptan medidas adecuadas a tal fin (aunque no se extiende la aplicación de la norma a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales cuando hay financiación pública mayoritaria, como era la opción inicial), con la intención de eliminar (o, al menos reconducir) prácticas que permitían la opacidad.

Sin embargo, como ha indicado Miranzo Díaz, resulta necesario un cambio de paradigma en la aproximación a la corrupción en la contratación pública³⁵. Son varias y complementarias las medidas a adoptar en materia de regulación de la contratación pública desde la perspectiva de mayor transpa-

³¹ Interesan las reflexiones de J. MIRANZO DÍAZ, «El necesario cambio de paradigma en la aproximación a la corrupción en la contratación pública europea: propuestas para su sistematización», *Revista General de Derecho Administrativo*, 51, 2019.

³² A. SANMARTÍN MORA, «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012, pp. 408-409 (este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la «profesionalización» de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa). Sirva de ejemplo la propuesta de profesionalización de la contratación impulsada por la Comisión europea (enero 2021), ahora concretada en la herramienta ProcurComp (mediante la definición de treinta competencias clave, ProcurComp proporciona una referencia común a los profesionales de la contratación pública tanto dentro como fuera de la Unión Europea). ProcurComp asiste a organizaciones en la creación de los equipos necesarios para lograr sus objetivos estratégicos de inversión, así como en la promoción de las carreras en el ámbito de la contratación pública. Ayuda además a que los profesionales de la contratación pública valoren sus competencias, y facilita su desarrollo profesional.

³³ C. AYMERICH CANO, «Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 45-46, 2015, pp. 209-239. Este autor, como medida para reconducir las posibles prácticas clientelares en la contratación pública propone la resolución de los contratos públicos en los que se acredite que ha existido una adjudicación considerada corrupta (C. AYMERICH CANO, *Un problema pendiente. La anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015).

³⁴ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en el libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 37-105.

³⁵ J. MIRANZO DÍAZ, «El necesario cambio de paradigma en la aproximación a la corrupción en la contratación pública europea: propuestas para su sistematización», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 51.

rencia y de prevención de la corrupción, que promuevan una mejora cualitativa desde la lógica de la mayor integridad y regeneración democrática³⁶.

3. HACIA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS TRANSPARENTE

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 (sin olvidar su directa relación con la cultura de nueva gobernanza)³⁷. En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia. Se necesita más y mejor transparencia para una compra pública más eficiente y una correcta rendición de cuentas³⁸. Hay que «dar luz» a ciertas prácticas, con el fin de avanzar en la idea de integridad en la contratación pública³⁹.

³⁶ Me remito a mi trabajo «Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182, 2017, pp. 181-221, «El necesario Big-Bang contra la corrupción en materia de contratación pública y la necesidad de rearmar el modelo de control desde la óptica de la integridad y el buen gobierno», *Revista Internacional Transparencia Internacional R.I.T.I.*, núm. 2, septiembre-diciembre, 2016, pp. 1-12 e «Integridad y transparencia en la contratación pública. De las ideas a la acción», en el libro colectivo *Ética pública en el siglo XXI*, Madrid, INAP, 2021, pp. 31-54. Y en este contexto de ayudar a mejorar el texto en tramitación, puede reseñarse la *Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016) realizada por el Observatorio de Contratos Públicos, donde se formulan pautas y redacción de articulado que puede servir para «reconducir» las debilidades del texto. (www.obcp.es). Interesa también el documento *Propuestas para la mejora del proyecto de ley de contratos del sector público formuladas por transparencia internacional España a través de su comisión de transparencia y prevención de la corrupción en licitaciones y contratos públicos*. http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/02/ti-e_propuestas_mejora_proyecto_ley_contratos_publicos.pdf.

³⁷ 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.

³⁸ J. M. GIMENO FELIÚ, «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público* sobre «calidad institucional, transparencia y buen gobierno», núm. 82, 2016, pp. 137-158.

³⁹ Me remito a mi trabajo «Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 71-77, y los trabajos de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en el libro colectivo *Por el Derecho y la libertad*, vol. II, *Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Madrid, Iustel, 2014, pp. 1901-1931 y de A. SANMARTÍN MORA, «Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en J. M. GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, pp. 81-122.

En materia de contratación pública, el significado del principio de transparencia ha sido bien definido (y dimensionado) por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relacionándolo con el principio de igualdad de trato de los licitadores. De hecho, se ha llegado a afirmar que el principio de transparencia es el corolario del principio de igualdad. Si el principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estas 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).

Esto explica que la publicidad no es —ni puede serlo— un mero principio formal⁴⁰. 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)⁴¹.

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

⁴⁰ Vid. el trabajo de J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «“Transparencia” vs. “transparencia” en la contratación pública. Medidas para la transparencia material en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción», *Diario La Ley*, núm. 8607, Sección Doctrina, 2015.

⁴¹ En esta línea de exigencia de publicidad adecuada pueden recordarse las Sentencias del TJUE de 13 de abril de 2010, *Landgericht Frankfurt am Main*; de 9 de septiembre de 2010, *Ernst Engelmann* y de 3 de junio de 2010, *Raad van State*.

este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento*, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

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

Y son varias las estrategias adoptadas por la LCSP para hacer de la transparencia el eje de la contratación pública.

a) *Adecuada justificación de la necesidad y conveniencia de la prestación objeto de licitación.* La justificación de la necesidad (art. 28 LCSP), y el modelo de contrato y de licitación escogida exige una adecuada explicación, con análisis de conveniencia (que contemple los aspectos financieros). Hay que evitar la improvisación o las prácticas de «repetición» que no valoran adecuadamente la mejor forma de satisfacer una necesidad. Asimismo, el objeto debe ser claro y determinado para preservar la esencia de una licitación en igualdad y la correcta satisfacción del interés público. El canon de valoración en esta determinación de necesidad y su forma de previsión debe ser, como venimos advirtiendo, el correcto ejercicio del derecho a una buena administración. En relación con esta cuestión, conviene advertir que el plazo en las concesiones queda vinculado al plazo necesario de retorno de las inversiones (como plazo ordinario, se fija el de cinco años que exige la Directiva de concesiones). Es decir, no hay discrecionalidad en la decisión del plazo concesio-

nal, de tal manera que los plazos máximos que ofrece la LCSP (art. 29) no son de directa aplicación. El plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues —además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del art. 107 TFUE— puede implicar una retribución indebida (en más)⁴².

b) *La decidida apuesta por la transparencia frente a la opacidad denunciada en nuestra práctica contractual*⁴³. Con la nueva LCSP se introduce más transparencia en los procedimientos, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido. Se exige, además, una detallada información que se debe publicar en los perfiles de contratante. Perfiles de contratante que, como indica el art. 347 LCSP deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma. En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (la publicidad en el Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito). Y lo que es más importante, desde la perspectiva de cumplimiento de esta obligación, es que el apartado 3 de este precepto obliga a que la publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirán los efectos previstos en la presente Ley cuando los mismos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Y la no publicación en la Platafor-

⁴² Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de que «la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos» (art. 18). Este plazo se explica, en el considerando 52 de la Directiva, de la siguiente manera: «La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional».

⁴³ Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit.

ma, en tanto se quiebra el principio esencial de la concurrencia, comportará la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho [supuesto regulado de forma expresa en el art. 39.2 c) LCSP].

El acceso a los pliegos y demás documentación complementaria debe ser 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.

Se mejora también la transparencia en un procedimiento tan caracterizado por la opacidad como el contrato menor con la clara intención de poner un «cerco» a su indebida utilización como sistema de adjudicación directa ordinaria⁴⁴. En este procedimiento «simplificado», regulado en el art. 118 LCSP, se rebajan cuantías (40 000 euros en obras y 15 000 euros en suministros y servicios que pueden ser «rebajados» por las poderes adjudicadores) y se imponen ciertas reglas con el fin de evitar su indebida utilización (ahora muy «intensiva» en algunas administraciones) para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los controles (las cifras de 40 000 euros y 15 000 euros, actúan además de límite que se puede adjudicar al mismo contratista por tipo de contrato y mismo año). Asimismo, se obliga a reportar la información de los contratos menores asociado a cada contratista, con el fin de «descubrir» actuaciones irregulares⁴⁵.

En este procedimiento «simplificado» se rebajan cuantías y se imponen ciertas reglas con el fin de evitar su indebida utilización (ahora muy «intensiva» en algunas administraciones) para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los controles⁴⁶.

Existe, además, una novedosa regulación del procedimiento negociado con más detalle (arts. 164 a 169). Así, se advierte que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los distintos aspectos a negociar (y la ausencia de negociación se considera causa de nulidad, como ha indicado Acuerdo del TACPA 8/2015). Pero lo más destacado es que desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción). Opción que se explica de forma expresa en la Exposición de Motivos:

⁴⁴ Por todos, J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Contratación Pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, Madrid, La Ley, 2016, pp. 169-185, donde, entre otras, también se aborda la necesidad de reducir los contratos menores como una de las medidas para prevenir la corrupción en la contratación pública.

⁴⁵ Sobre el significado de la nueva regulación resultan de interés las reflexiones críticas de J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 20, Sección Opinión/Actualidad, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. 2017, Ref. 2425/2017, p. 2425. Conviene recordar que la LCSP regula tres supuestos especiales de contratos menores: los contratos de servicios sanitarios de urgencia de importe inferior a 30 000€ (art. 131.1.3 LCSP/2017); las actividades docentes (cursos de formación, seminarios, conferencias, y similares (art. 310 LCSP) y la suscripción de publicaciones y acceso a bases de datos el límite de los contratos armonizados (DA 9.ª LCSP).

⁴⁶ *Vid.*, por todos, B. VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, *La figura del contrato menor en la contratación pública española*, Aranzadi, 2023.

Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.

Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil, pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, las necesarias publicidad y transparencia en el contrato⁴⁷.

Asimismo, y en lo que se refiere a la elección de procedimientos, debe insistirse en la correcta utilización del procedimiento negociado y la obligación de negociar sobre aspectos técnicos y económicos (y evitar que se utilice como un procedimiento de adjudicación directa). Las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas. Por ello, sería recomendable residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación. Los elementos que en ningún caso se podrán modificar en el transcurso de la negociación son la descripción de la contratación, la parte de las especificaciones técnicas que defina los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación. Por supuesto, durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato, por lo que no podrán facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Y tampoco revelarán a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de este.

En relación con esta cuestión *conviene advertir que debe vigilarse el posible fraude en la elección de este procedimiento al forzar como desierta una licitación previa*. Al quedar desierto se puede utilizar la opción procedimiento

⁴⁷ Esta opción de eliminar la posibilidad de negociación por la cuantía ha sido implantada en Cataluña mediante el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (art. 7). Este Decreto Ley tiene por objeto establecer medidas en relación con la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Como consecuencia de la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit, se ha presentado la proposición de Ley de medidas para promover la transparencia en la contratación pública —Grupo Parlamentario Popular—, en el Congreso, 21 octubre de 2016.

negociado sin publicidad, pero en las mismas condiciones de la licitación original. Y por ello resulta difícil justificar la urgencia en la utilización de un procedimiento que es en sí mismo excepcional frente a los plazos ordinarios. Así, el art. 32 de la Directiva es Directamente aplicable para determinar las condiciones del procedimiento negociado con este fundamento. Lo que significa que no se pueden introducir modificaciones sustanciales ni en el objeto ni condiciones de retribución. Así lo ha recordado, por lo demás, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en la Resolución 201/2015. Además, al utilizar este procedimiento se debe negociar e introducir la forma de negociación, pues de lo contrario existirá vicio de nulidad de pleno derecho (Acuerdo 8/2017, del Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

c) *Criterios objetivos de la licitación. La ponderación y motivación.* Conviene insistir en la necesidad de que los criterios que se fijan 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 4/12/2003 (EVN y Wienstrom), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores. 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 STJUE de 17/12/ 2002, *Concordia Bus Finland* y la STJUE 24/11/2005, *EAC srl*; y el Acuerdo 64/2013, de 6/11/2013, del TAPCA). 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 STJUE 16/9/2013 (asunto T-402/06).

En todo caso, en la aplicación de los criterios de adjudicación, deberá analizarse la existencia de prácticas calificadas como *red flags*, tales como que exista un único licitador (criterio aplicado por el TAPCA en su Acuerdo 60/2015, de 15/5), que podrán justificar la anulación de la licitación. Esto supone que no es suficiente la simple determinación de la puntuación a otorgar a un criterio. Es necesario que los distintos coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación se establezcan en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación de forma clara e indubi-

tada, como bien advirtiera la STJUE 24/1/2008 (*Lianakis*). De lo contrario, queda en entredicho el principio de transparencia en relación al principio de igualdad de trato, debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos. Así lo advierte el Acuerdo 5/2015, del TACPA, al afirmar que:

Como ya advirtiera la STJUE de 24 de noviembre de 2008, Alexandroupulis (que valida el criterio ya adoptado por la STJUE de 24 de enero de 2008, *Lianakis*), al afirmar que una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Es más, con los criterios acordados por este Tribunal, la recurrente podría estar en condiciones de haber superado el umbral mínimo y su oferta debería haber sido admitida.

Por otra parte, conviene recordar que un criterio hermenéutico proclive al principio de igualdad de acceso, aconseja que la «oscuridad» o falta de precisión de los criterios no pueda perjudicar a los eventuales licitadores y que la discrecionalidad técnica no puede servir, amparar, ni ocultar, una contratación directa en clara vulneración de los principios de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, amén de resultar ajena a lo que es una actuación conforme al derecho a una buena administración⁴⁸.

Además, como recordaba el Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, del TACPA, «todo sistema de puntuación debe diseñarse permitiendo hacer efectivo todo el margen de ponderación, garantizando su función de poder establecer una prelación objetiva que refleje adecuadamente qué oferta cumple los mejores requerimientos económicos, con el fin no tanto de garantizar la igualdad de la licitación, sino, además, de hacer efectivos los principios de eficiencia y buena administración». Así, la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento, indicados en el pliego, y exigida por la LCSP se considera una infracción grave —calificable como vicio de nulidad de pleno derecho— que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública, explicitados en el art. 1 LCSP, el de garantizar los principios de «publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos».

Desde estos parámetros interpretativos deben analizarse el límite a la discrecionalidad de las actuaciones administrativas en aplicación de los criterios subjetivos. Máxime cuando se ha establecido la exigencia de alcanzar un umbral mínimo de puntuación en los criterios sujetos a evaluación previa. Opción que, si bien es conforme a Derecho, su concreta aplicación no puede interferir en el objetivo de toda contratación pública, que es la comparación de ofertas entre distintos licitadores conforme a los criterios determinados en el pliego. Y un posible indicio de incorrecta aplicación, como *red flag*, es que solo una empresa supere el umbral, lo que exigiría una motivación reforzada del órgano de contratación que explique el resultado.

⁴⁸ Por todos, Acuerdos del TACPA 5/2011, de 16/5/2016, 23/2011, de 3/10/2011, o 126/2016, de 29/12/2016.

En todo caso, la motivación de la discrecionalidad técnica exige el cumplimiento de los estándares fijados por el Tribunal Supremo (es paradigmática la sentencia la Sentencia de 24/9/2014, Rec. 1375/2013), al exigir que se cumplan con las siguientes exigencias:

- a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;
- b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico y;
- c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Es decir, debe documentarse cómo, por quién y cuándo se realiza la valoración técnica del criterio, pues sin estas explicaciones no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica. Y es que, como se advierte en el Acuerdo 98/2015, del TACPA, la actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

d) El régimen de *mayor transparencia en la regulación de los modificados contractuales*⁴⁹. El contenido «armonizado» que se propone en las Directivas, se ha utilizado de referencia también en los contratos no cubiertos en este art.319 LCSP (que no hace distinciones por el importe), lo que viene a evitar prácticas que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública⁵⁰. El régimen de modificación del contrato (arts.203 a 206 LCSP), que mantiene la distinción entre modificados convencionales y supuestos no previstos en el pliego, es más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias, con la finalidad de evitar prácticas irregulares (no en vano el considerando 107 de la Directiva de contratación pública recuerda que es de directa aplicación la jurisprudencia europea sobre esta materia)⁵¹. En todo caso, la jurisprudencia del TJUE sobre esta materia sigue siendo de aplicación (considerando 107 de la Directiva 2014/24)⁵². Interesa destacar que toda modificación debe publicar-

⁴⁹ Sobre la nueva regulación puede consultarse el trabajo de J.M. BAÑO LEON, «El modificación de los contratos», en libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp.1345-1365 y J.M. GIMENO FELIÚ, «Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP», en libro colectivo *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp.239-318 (en especial pp.278-284).

⁵⁰ Así lo he defendido en anteriores trabajos. *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)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp.28-31. Vid. también los trabajos de I. GALLEGU CORCOLES, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en el libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp.107-167; J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015.

⁵¹ La efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad —entendida como una potestad condicionada— en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada. Vid. J.M. 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, Barcelona, IDP, 2013, pp.142-145.

⁵² Y así se recordaba por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 116/2017, al anular la modificación del contrato de bicicletas del Ayuntamiento de Zara-

se (arts. 203.3 y 205 LCSP) y notificarse los acuerdos de modificación y que la modificación puede ser objeto de recurso especial. Esta regulación debe interpretarse conforme a los principios de la contratación pública y, para su correcto funcionamiento, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una adecuada planificación y gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras —exigiendo el replanteo previo antes de la aprobación del proyecto— y, en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto.

e) Transparencia y rendición de cuentas. La transparencia en la contratación pública, además de fomentar la concurrencia y la eficiencia, debe servir como instrumento de rendición de cuentas⁵³. A tal efecto el art. 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 tipo⁵⁴. Esta información permitirá analizar la política de compra pública. 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 pública⁵⁵.

Pero no se cumple este principio con un portal que sea mero repositorio de información no sistematizada y lista interminable de datos. *Se exige una información accesible y comprensible, que permita una fácil valoración de la gestión contractual de los distintos poderes adjudicadores. Información que debe servir para «modificar y corregir» aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias.* En esta línea debe destacarse las iniciativas de Transparencia Internacional España y el Observatorio de Contratos Públicos al poner en funcionamiento, desde esta lógica, la web contratospublicostransparentes.es. Y un primer dato es que el cuarenta por ciento de las licitaciones publicadas solo tienen un único licitador, que un muy importante número de contratos no llega a «descuentos del 2 por 100), y que determinadas empresas contratan habitualmente solo con ciertas Entidades contratantes»⁵⁶.

goza recordando, desde la jurisprudencia del TJUE, que la facultad de modificación contractual no confiere libertad de modificación, pues tal opción es contraria a lo dispuesto por el derecho europeo y las esencias de una contratación pública que preserva efectivamente tanto el principio de igualdad de trato como el de eficiencia.

⁵³ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2014, pp. 1901-1931. También B. NOGUERA DE LA MUELA, *op. cit.*, 2015, pp. 948-957, y A. SANMARTÍN MORA, *op. cit.*, 2015, pp. 81-122.

⁵⁴ Por todos, C. BARRERO RODRIGUEZ, y E. GUICHOT, *La transparencia en la contratación pública y sus límites*, Tirant Lo Blanch, 2023,

⁵⁵ Como recuerda E. Guichot, la frase del Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Louis Brandais, la luz del sol es el mejor de los desinfectantes, se ha convertido en la imagen más conocida que asocia transparencia y lucha contra la corrupción (E. GUICHOT, «Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción», en el libro colectivo *La Corrupción en España*, *op. cit.*, pp. 141-143).

⁵⁶ Los datos que se muestran en esta página web abarcan desde el año 2008 hasta la actualidad, y son recogidos de la Plataforma de Contratación del Sector Público (<https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>) que la Dirección General de Patrimonio del Ministerio de Hacienda y Función Pública pone a disposición de todas las administraciones españolas. En esta página web se puede consultar los datos de más de 1 500 administraciones que han dado de alta su perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP).

La cultura de la rendición de cuentas de la contratación pública se vincula a la idea de una «contratación abierta» que se define como una contratación transparente en todo tipo de contrato y en todas sus fases, con especial interés en los rendimientos del contrato y que tiene por destinatario a todos los ciudadanos⁵⁷. La Guía sobre Gobierno Abierto, elaborada en 2013 por el Instituto del Banco Mundial para la asociación internacional *Open Contracting Partnership*, contiene pautas para lograr un sistema de Contratación Abierta, que ha de garantizar procesos de contratación transparentes y justos y crear mecanismos activos de participación ciudadana y «reparación» de la contratación pública⁵⁸.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón quiso avanzar hacia un sistema de Contratación Abierta exigiendo en su art. 16.2, a todo el sector público aragonés, publicidad sobre la fase de ejecución:

«Se dará publicidad de la ejecución de los contratos que no tengan la consideración de contrato menor; la cual comprenderá al menos información sobre las ampliaciones del plazo de ejecución, prórrogas del contrato, contratos complementarios, modificaciones del contrato, fecha de la recepción e importe de la liquidación practicada y, en su caso, de la cesión o resolución del contrato».

La LCSP, en cumplimiento del art. 84 de la Directiva 2014/24/UE, diseña la nueva función de los perfiles de contratante, que deberán albergar los siguientes contenidos (art. 63) relativos tanto a preparación y adjudicación como a ejecución⁵⁹:

- a) Identificación y datos de contacto de la entidad contratante y del órgano de contratación.
- b) Descripción del objeto del contrato e identificación de sus códigos CPV.
- c) Valor estimado del contrato, presupuesto de licitación e importe de adjudicación.
- d) Procedimiento de adjudicación utilizado, con expresión de la causa que lo habilita en el caso de los procedimientos negociados, y tipo de tramitación del expediente.
- e) En su caso, fechas de publicación de los anuncios de licitación, e instrumentos a través de los que se han publicitado.
- f) Identidad de los licitadores que han participado en el procedimiento, ya se trate de licitadores que han presentado una oferta, de licitadores invitados a participar (en el caso de procedimientos restringidos y con negociación) o de licitadores excluidos, con expresión del motivo de su exclusión. En el caso de Uniones Temporales de Empresas, además de su denominación se indicará la de los integrantes de las mismas y su porcentaje de participación.

⁵⁷ A. SANMARTÍN MORA, «Contratación abierta. ¿Qué es?», *Revista electrónica del Observatorio de Contratación Pública* (publicada en www.obcp.es).

⁵⁸ Consultar la Guía sobre Gobierno Abierto (<http://www.opengovguide.com>).

⁵⁹ Como pone de relieve J. M. Martínez Fernández, la publicidad de la actividad contractual puede incluir otra información sobre aspectos de la ejecución: como datos de utilización, número de reclamaciones, etc. (J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Contratación Pública y Transparencia*, Wolters Kluwer, 2016).

g) Número de ofertas presentadas por operadores económicos que sean pequeñas y medianas empresas, operadores económicos de otro Estado miembro o de un tercer país o las ofertas presentadas por vía electrónica.

h) Motivos por los que se hayan rechazado ofertas consideradas anormalmente bajas.

i) Identidad del adjudicatario y motivos por los que se ha elegido su oferta.

j) Declaración del adjudicatario de no estar incurso en causa de prohibición de contratar, así como, en su caso, informe favorable de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las medidas planteadas para eximir de la prohibición de contratar.

k) Cuando se conozca, especificación de la parte del contrato que el adjudicatario tenga previsto subcontratar con terceros y, en caso de que existan, y si se conocen en ese momento, los nombres de los subcontratistas del contratista principal.

l) Plazo de ejecución y posibles prórrogas.

m) En su caso, la declaración de desierto o los motivos por los que se desista del procedimiento o se renuncie a adjudicar un contrato.

n) En su caso, los conflictos de intereses detectados y las medidas tomadas al respecto.

ñ) Resolución por la que se acuerda el mantenimiento de los efectos del contrato en el supuesto de declaración de nulidad.

Resulta evidente que la contratación pública genera multitud de datos e información que, con frecuencia son globalmente ignorados por los actores a los que su conocimiento podría beneficiar —Administraciones públicas, operadores económicos, o la ciudadanía en general—⁶⁰. Introducir técnicas de *big data* y de inteligencia artificial es una necesidad desde la lógica de la mejor gestión del interés público inherente a un contrato público⁶¹. Corresponde, en palabras de las propuestas contenidas en el referido *I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia artificial*, (a las entidades públicas asumir un papel activo en la gestión contractual referida al uso de la Inteligencia artificial, valorando con carácter previo qué condiciones deberían respetarse por parte de las entidades privadas contratistas teniendo en cuenta las singularidades del sector público. El ejemplo de la técnica *Security Administrator Tool for Analyzing Network* (denominado como SATAN), como herramienta contra la corrupción y la ineficiencia, debe servir para superar inercias o resistencias y poner en valor la tecnología (y de los sistemas de

⁶⁰ Vid. A. CERRILLO e I. MARTÍNEZ, «Las compras abiertas y la prevención de la corrupción», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Nueva Época, 2016, núm. 15, 2016, pp. 7-22 y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del “big data”», en J. M. GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 124-125.

⁶¹ Así, figura como conclusión del *I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia artificial* (1 de abril de 2019, Toledo) la siguiente: «También entendemos necesaria la adecuación del marco de la contratación pública para embridar y poner al servicio del interés general —evitando la cautividad de las Administraciones Públicas— la intensa colaboración público-privada en el desarrollo de herramientas algorítmicas, de IA y creación y gestión del big data. Así, la contratación pública ha de integrar las exigencias de transparencia y justificación, así como la no discriminación o el cumplimiento de las normas sobre privacidad. Ello, además, debe permitir la igualdad de los concurrentes en la contratación para satisfacer estos principios en el diseño».

inteligencia artificial y *machine learning*) en una gestión pública propia del siglo XXI.

4. LA NUEVA ARQUITECTURA DEL SISTEMA DE CONTROL PREVIO VÍA RECURSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. UN MODELO DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO VINCULADO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

El incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, para el consecuente atajo de los mismos, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la corrupción⁶². Este hecho, además de la propia lógica del principio de eficiencia, obliga a diseñar un sistema de control previo rápido y efectivo como principal herramienta para gestionar de forma más eficiente los fondos públicos, de tal forma que se presenta como una oportunidad de inversión (y nunca un gasto, que deba ajustarse a reglas de «austeridad») pues los datos acreditan las importantes ventajas económicas de un modelo de control eficaz, en tanto favorece la transparencia y la concurrencia y permite corregir las patologías e «inercias» administrativas⁶³. Así, en esta cuestión, como ya advirtiera el profesor Baño León⁶⁴, postulados

⁶² Me remito a mis estudios «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en el libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 37-105 y *Sistema de control de la contratación pública en España. (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial Observatorio de los contratos Públicos, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

⁶³ El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE (Directivas de recursos en adelante), en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública publicado el 24 de enero de 2017 recoge la evaluación de los resultados de la aplicación de las citadas Directivas y en concreto si se consideran adecuadas a los objetivos propuestos atendiendo a si minimizan las cargas y los costes asociados y maximizan la posible simplificación de los procedimientos. Desde el punto de vista de la eficiencia, las Directivas sobre procedimientos de recurso proporcionan beneficios globales en consonancia con los efectos esperados, tanto directos como indirectos muy superiores a los costes que supone presentar y defender un procedimiento de recurso para los proveedores y las autoridades contratantes representando por lo general entre el 0,4 por 100 y el 0,6 por 100 del valor del contrato. Sin embargo, la Comisión entiende que los costes no se reducirían a cero si las Directivas sobre procedimientos de recurso fueran revocadas. Por el contrario, serían incluso mayores, debido a las diferencias nacionales en la normativa sobre revisión y recursos y a la falta de armonización a escala de la UE, dando lugar a un contexto más farragoso para licitadores y otras partes interesadas. Y añade el informe que en la evaluación de la legislación en materia de contratación pública de la UE que se publicó en el año 2011 se estimó, en general, que el ahorro del 5 por 100 conseguido en los 420 000 millones de euros en contratos públicos que se publicaron a escala de la UE se traducirían en un ahorro o una mayor inversión pública por un importe superior a 20 000 millones de euros al año. La aplicación efectiva de las Directivas sobre procedimientos de recurso puede, por tanto, aumentar la probabilidad de que se consiga un ahorro similar al estimado procedente de las Directivas sobre contratación pública.

⁶⁴ J. M. BAÑO LEÓN, «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 2004, p. 337.

autocomplacientes que impiden ver la realidad efectiva y que lastra al sistema de contratación pública de tal manera que los principios comunitarios de libertad de circulación, mercado interior o igualdad de trato se presentan como una «ilusión óptica» que desaparecen cuando nos acercamos al concreto procedimiento⁶⁵.

4.1. El fundamento europeo del control de los contratos públicos

El Derecho europeo ha tenido especial preocupación por el control de los contratos públicos. Así, las Directivas 89/665 y 92/13 —modificadas por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007—, han determinado un sistema propio de control en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Estas Directivas «procesales», han sido una auténtica revolución jurídica⁶⁶.

Las citadas Directivas obligan a los Estados a establecer un régimen especial de reclamaciones en materia de procedimiento contractual que permita a los interesados solicitar por un procedimiento ágil el control de aquellos actos de los poderes adjudicadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato en tiempo útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de adoptarse la decisión de adjudicación⁶⁷. Como afirma el quinto considerando de dicha Directiva 89/665 ya citada:

[...] dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que [la entidad adjudicadora] podría eventualmente adoptar» y que «la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas.

Las Directivas de «recursos» arbitran una serie de procedimientos de control/impugnación que tienen por fin controlar y corregir posibles incumplimientos.

⁶⁵ Sobre el significado es estos principios me remito a J.A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Albacete, Bomarzo, 2006.

⁶⁶ J.M. GIMENO FELIÚ, *El control de la contratación pública*, Madrid, Civitas, 1995; *Id.*, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de Contratos públicos y propuesta de reforma*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006. Interesa el trabajo de B. NOGUERA DE LA MUELA, «La Directiva recursos y sus consecuencias prácticas», en J.M. GIMENO (dir.) del Grupo Investigación del CGPJ de 2015, *Contratación administrativa*, con especial incidencia del derecho europeo; y M. MORA RUIZ, *El control de la contratación pública local: construcción sistemática*, Aranzadi, 2018, en especial pp.29-71.

⁶⁷ Sobre el contenido de los distintos mecanismos de control previstos en estas Directivas así como los mecanismos de indemnización me remito a mi trabajo *La nueva contratación pública...*, *op. cit.*, pp.254-265. En realidad, como indica J.L. Piñar Mañas, se trata de dos instrumentos esenciales (recursos y actuación de la Comisión), y de provisión de al menos dos medidas (medidas provisionales e indemnización) para la efectividad de la primera (J.L. PIÑAR MAÑAS, «El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria», en *Homenaje al profesor González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993, p.782). También el libro de D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación pública en la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, 2002.

mientos de la normativa comunitaria de contratación pública⁶⁸. Su objetivo es, evidentemente, animar a la participación de las empresas europeas a licitar en los contratos públicos de obras y suministro⁶⁹. El art. 81 de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo de 2004, insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que pueda sustanciarse en una agencia independiente. Pero el objetivo de las mismas no es solamente ofrecer un marco de recursos a los licitadores⁷⁰. La finalidad del recurso en contratación se debe contextualizar desde la óptica del art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial⁷¹. Por último, la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción. Un recurso que ya no tiene alcance precontractual y que se extiende a determinadas cuestiones de ejecución y cumplimiento referidas en las Directivas de 2014 de contratación pública⁷².

⁶⁸ El control establecido en esta Directiva, como destaca la STJUE de 18 de junio de 2002 (Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs), se opone a que una normativa nacional limite el control de la legalidad de la cancelación de una licitación únicamente al examen del carácter arbitrario de tal decisión.

⁶⁹ Por todos, J. L. PIÑAR MAÑAS, «El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria», en el libro colectivo *Homenaje al profesor González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 781 y ss.; J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos...*, op. cit., pp. 199–265; B. NOGUERA DE LA MUELA, «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español», en el libro colectivo *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 95–130; y GIMENO FELIÚ, *Contratos públicos...*, op. cit., pp. 187–217.

⁷⁰ Sobre ello, el excelente estudio de S. DIEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

⁷¹ Previsiones que, por cierto, tienen efecto directo, como ha recordado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), que aplica un criterio amplio de «decisión» a efectos del ámbito material del recurso especial, afirmando que el tenor literal del art. 1, apartado 1, de la Directiva de recursos 89/665 implica, por el uso de los términos «en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos», que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el art. 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva. Así pues, esta disposición se refiere con carácter general a las decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (criterio ya fijado en la Sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, apartado 28 y jurisprudencia citada). Además, esta STJUE advierte que el ámbito objetivo de la Directiva europea de «recursos» tiene efecto directo lo que obliga, por el principio de primacía del Derecho europeo, a entender como susceptible de recurso especial la decisión de modificación (sobre este efecto directo y su significado práctico nos remitimos a nuestro Acuerdo 62/2017). Lo que explica que el art. 44.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (Ley 9/2017, de 8 de noviembre), los haya incluido ya como actos susceptibles de ser impugnados mediante recurso especial. Así, la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo contencioso administrativo de Málaga, de 28 de septiembre de 2017, dictada en el recurso 785/2011, ha recordado la obligación de interpretación nacional en clave de cumplimiento del derecho europeo, reconociendo este efecto directo.

⁷² La previsión del art. 46 de la Directiva 2014/23, de concesiones, que modifica la Directiva 89/665/CEE, tiene especial incidencia en la redacción del art. 1 relativa al objeto del recurso. La

Así lo ha reconocido de forma expresa la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14, que recuerda que la *Directiva 89/665, de Recursos*, debe interpretarse necesariamente a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en su artículo 47 (véase, en este sentido, la sentencia *Ryneš*, C-212/13, apartado 29). Este derecho fundamental es de aplicación al margen del importe del contrato, motivo por el que la regulación de contratos no cubiertos deberá ser equivalente. Así, la opción nacional que se adopte debe preservar el principio de equivalencia de sistemas de control así como que la solución legal no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)⁷³.

El ámbito del recurso referido en las Directivas «recursos» es «amplio». Este recurso, de fundamento europeo, debe interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE⁷⁴. La STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, parte de la premisa de que la noción de decisión recurrible debe delimitarse a partir del tenor de las Disposiciones de la propia Directiva y, en particular en función del objetivo de tutela eficaz y rápida que persigue, para concluir que una interpretación restrictiva del concepto de Decisión recurrible sería incompatible con lo dispuesto en el art. 2.1.a) de la misma Directiva. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJUE de 18 de junio de 2002, *HI Hospital Ingenieure*) o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, *GAT*). También actos de trámite de admisión de un licitador, como se reconoce en la de 5 de abril de 2017, *Marina del Mediterráneo SL* y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), que aplica este criterio amplio de «decisión». La decisión sobre el acceso a información confidencial es también objeto de consideración en la STJUE de 7 de septiembre de 2021, *Klaipėdos*, (asunto C-927/19) concluyendo, y es relevante, que se trata una cuestión (decisión) incluida dentro del objeto de la Directiva recursos, lo que obliga a interpretar los supuestos del

nueva redacción, en cuanto se refiere a los contratos sometidos a la regulación de las nuevas Directivas, implica una ampliación el objeto del recurso, pues de la inicial limitación a las cuestiones de licitación y adjudicación, se incluye ahora a todas las cuestiones de los contratos, lo que afecta claramente a los supuestos relativos a modificaciones contractuales, subcontratación y causas de rescisión/resolución, en los términos regulados por las Directivas. Sobre esta idea me remito a mi estudio (y sus conclusiones) *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial (2016) *Observatorio de los contratos Públicos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

⁷³ Criterio interpretativo fijado en las sentencias TJUE de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Loutraki* y otros, C-145/08 y C-149/08, apartado 74, y de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, apartado 39.

⁷⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo (sala Tercera Sección 4.ª), 269/2018, de 20 de febrero de 2018, Rec. 2725/2015, recuerda que es aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual, una vez detectada una irregularidad, debe tenerse en cuenta respecto de todos los licitadores.

art. 44 LCSP como un número abierto y no cerrado de cuestiones susceptibles de recurso especial⁷⁵.

El sistema diseñado por las Directiva 89/665 y 2007/66, pretende que exista un recurso rápido y eficaz, que exige independencia en su diseño⁷⁶. No tiene por qué ser un órgano judicial (aunque sí jurisdiccional, en la interpretación de la Unión Europea) y basta, como se reconoce en la STJUE de 4 de febrero de 1999, *Köllensperger* (apartado 29), que sea un órgano administrativo en donde actúe en calidad de Presidente «una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos»⁷⁷.

⁷⁵ Esta sentencia, como el precedente citado, recuerda que la Directiva de recursos (Art. 1.1. pfo. 4.º), se desprende que, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los arts. 2 a 2 septies de esa Directiva 89/665 (104). Señala igualmente que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el concepto de «decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores» debe ser objeto de una interpretación amplia (105), tal y como se tuvo ocasión de ver en diversas sentencias del TJUE en la que este declaró que la decisión de un poder adjudicador por la que se admite a un operador económico a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público constituye un acto que puede ser objeto de impugnación (106).

⁷⁶ Téngase en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, 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, *Susanne Bulicke*. Igualmente apdo. 38, STJUE de 18 de enero de 2011, *Souzana Berkizi-Nikolaki*). 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 (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*, apartados 30 a 32).

⁷⁷ Debe advertirse, sin embargo, que la instancia administrativa no es ni obligatoria ni suficiente, sino que, por el contrario, esta Directiva parece considerar a la vía jurisdiccional (en el sentido dado por la jurisprudencia del TJUE, en el que se admiten los supuestos de arbitraje) como la única que verdaderamente garantiza a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y las presuntas infracciones. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STJUE de 4 de febrero de 1999, al afirmar que «los requisitos recogidos en el apartado 8 del art. 2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, no se aplican a disposiciones como las que regulan la composición y el funcionamiento del Tiroler Landesvergabeamt (organismo de control) al no darse la nota de independencia». Según el Tribunal, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. Sentencia que recuerda la jurisprudencia anterior: las sentencias de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, apartado 23, y las sentencias de 30 de junio de 1966, *Vaassen-Göbbels*, de 11 de junio de 1987, *Pretore di Salò*, apartado 7; de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, apartados 7 y 8; de 27 de abril de 1994, *Almelo* y otros, apartado 21, y de 19 de octubre de 1995, *Job Centre*, apartado 9). Esta jurisprudencia viene a validar el

De estas Directivas —y de su concreta reforma— se deduce que debe existir un recurso rápido y eficaz en materia de contratación pública⁷⁸. Un recurso específico y que impide la celebración del contrato —y, obviamente, el comienzo de su ejecución— hasta que se produce su resolución expresa⁷⁹. Así lo había advertido ya la STJUE de 28 de octubre de 1999, *Alcatel*:

[...] los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato⁸⁰.

Los Estados —como bien recuerda la STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*⁸¹— deben diseñar un régimen específico de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar la contratación pública, no siendo suficiente la aplicación de los recursos ordinarios que ese Estado tenga establecidos para el resto de la actividad administrativa⁸². Mecanismos que no serán correctos cuando hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, tal y como se deriva del principio comunitario de efectividad⁸³. Por ello, la STJUE de 4 de julio de 2013, *Fastweb*, indica que según el órgano encargado de conocer un recurso no deberá inadmitirlo si se interpone por parte de otros licitadores que presentaran ofertas que no se ajusten a las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones.

sistema de recurso especial implantado en España. *Vid.* M. A. BERNAL BLAY, «El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», *Revista española de derecho administrativo (REDA)*, núm. 160, 2013, pp. 190-213.

⁷⁸ El recurso debe ser efectivo atendiendo al momento procesal en que las infracciones de las disposiciones pueden corregirse. STJUE de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania, apartado 23.

⁷⁹ No es posible, por tanto, residenciar la solución mediante la remisión al sistema general de justicia administrativa del país. Resulta necesario un sistema propio de recurso en materia de contratos. Criterio que ya sentó la STJUE de 26 de septiembre de 1998, *Tögel*.

⁸⁰ Y es que la Directiva «Recursos» impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como se recuerda en la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. Debe existir, por tanto, un plazo suspensivo antes de que proceda la ejecución de la prestación recurrida (STJUE de 24 de junio de 2004, Comisión Austria, apartados 20 a 23).

⁸¹ Asimismo, en la STJUE 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, apartado 74, el Tribunal subraya que el objetivo de la directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.

⁸² Las Directivas diseñan un régimen de control de «mínimos» correspondiendo a los Estados concretar la concreta arquitectura de control desde la óptica de los principios referidos: STJUE de 27 de febrero de 2003, *Santex*, ap. 47 y STJUE de 24 de junio de 2004, Comisión Austria. 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.

⁸³ Véanse, por analogía, las sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 2001, *Banks*, apartado 121, y de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, apartado 29.

El sistema de recursos está caracterizado por la posibilidad de que las decisiones recurridas puedan ser anuladas con el fin de corregir efectivamente la infracción cometida (STJUE de 28 de octubre de 1999, *Alcatel*, apartado 43 y STJUE de 4 de diciembre de 2003, *EVN AG*), caracterizándose este recurso por el necesario carácter suspensivo entre la adjudicación y la celebración (o perfección del contrato), tal y como se declara tanto en la STJUE de 24 de junio de 2004, *Comisión/Austria* y la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España, por no cumplir nuestro ordenamiento con esta característica⁸⁴. Y, en la lógica del sistema, los plazos deberán ser claros evitando incertidumbres al respecto (STJUE de 28 de enero de 2010, *Comisión/Irlanda*) sin que puedan verse «modulados» discrecionalmente por el ente contratante (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*). Plazos que pueden tener carácter preclusivo siempre que sean suficientemente razonables y no limiten desproporcionadamente la acción del licitador (STJUE de 30 de septiembre, *Strabag* y otros, apartado 37). En todo caso, resulta de especial interés la doctrina fijada por la STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo Ltd*, (asunto C-538/13) al advertir que las Directivas comunitarias, sobre esta materia:

[...] deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato (apartado 58).

En todo caso, la información que se facilite a los licitadores debe ser lo suficientemente completa como para permitir que se pueda interponer el recurso por disconformidad con la motivación de la decisión. No basta la comunicación a un candidato o licitador del rechazo de su candidatura u oferta, sino que es preciso informarle de los motivos de su exclusión para que pueda formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso, por lo 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 (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*, apartados 30 a 32). Obviamente, la comunicación a los licitadores sobre la adjudicación y su motivación, con la plena información a los licitadores de las razones la desestimación de su oferta, no puede producirse ya expirado el plazo de suspensión anterior a la firma del contrato (STJUE de 23 de diciembre de 2009, *Comisión/Irlanda*, apartado 32)⁸⁵.

La legitimación es amplia y no obedece a criterios formales. Así lo reconoce la sentencia de 2 de septiembre de 2021 (asuntos acumulados C721/19

⁸⁴ Doctrina que se confirma en la STJUE de 11 de junio de 2009, *Comisión/Francia*, por no existir plazo de suspensión entre la notificación y la celebración del contrato.

⁸⁵ Vid. J. A. RAZQUIN LIZÁRRAGA, «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, p. 7.

y C722/1), Sisal SpA, se analiza la legitimación para poder recurrir una modificación contractual por aquellas empresas que no concurrieron a la licitación. La respuesta del TJUE, en una interpretación amplia del concepto de legitimación de las Directivas recursos, reconoce tal legitimación en tanto considera irrelevante ese dato de haber sido previamente licitador, siempre que, en el momento en que deba renovarse la concesión, pueda justificar un interés en obtener su adjudicación (apartado 63). Y se declara que el operador económico no está obligado a probar que participaría efectivamente en un nuevo procedimiento de adjudicación. La existencia de tal posibilidad debe considerarse suficiente a este respecto (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi, C333/18, EU:C:2019:675, apartado 29), (apartado 64). En consecuencia, el TJUE concluye que el operador económico que cumpla tales requisitos «puede interponer un recurso contra una decisión de renovación de una concesión sobre la base de la modificación sustancial de las condiciones de ejecución del contrato de concesión inicial, aun cuando no hubiera participado en el procedimiento de adjudicación inicial de dicha concesión, siempre que, en el momento en que deba producirse la renovación de la concesión, justifique un interés en obtener su adjudicación»⁸⁶. Esta jurisprudencia debe servir de parámetro interpretativo del recurso especial de la LCSP, en tanto este recurso tiene un fundamento europeo⁸⁷.

⁸⁶ 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, en concordancia con el fundamento europeo del mismo (y su interpretación amplia realizada por el TJUE) desde la lógica del art. 24 CE que 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—. Sobre la legitimación del concejal en el recurso especial, la sentencia del TSJ de Aragón 500/2015, ha recordado que la doctrina del Tribunal Constitucional es directamente aplicable a este supuesto afirmando que «los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su art. 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés —e incluso obligación—, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL».

⁸⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo (sala Tercera Sección 4.ª), 269/2018, de 20 de febrero de 2018, Rec. 2725/2015, recuerda que es aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual, una vez detectada una irregularidad, debe tenerse en cuenta respecto de todos los licitadores.

4.2. El sistema de control de la Ley de contratos del sector público. Una interpretación conforme a la buena administración

La LCSP mantiene la opción de ofrecer un recurso administrativo especial, potestativo y gratuito, que se resuelve por un órgano administrativo independiente, que viene a cumplir las exigencias de tutela de los licitadores en esta materia⁸⁸. En relación con el recurso especial conviene reseñar la extensión del recurso especial a cuantías inferiores a las del importe armonizado europeo, es una decisión muy destacada, pues ha de ayudar corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública⁸⁹. El cambio producido es muy relevante pues implica superar la visión del recurso especial como una carga burocrática o «gasto» innecesario, para configurarse como un instrumento que permita garantizar la mejor transparencia mediante una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración⁹⁰. La opción de rebajar umbrales es, sin duda, un hito en la filosofía práctica de la contratación pública, y debe ser el inicio de un proceso para, tras dotar con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe⁹¹. Por ello, resulta muy relevante la opción

⁸⁸ El sistema diseñado por las Directiva 89/665 y 2007/66, pretende que exista un recurso rápido y eficaz, que exige independencia en su diseño. Sobre el fundamento del derecho europeo de recursos me remito por todos a S. DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

⁸⁹ Debe recordarse que la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), subraya que se debe evitar la introducción de nuevas normas para los mercados de contratación pública que no alcancen los umbrales de la UE, ya que se puede poner en peligro la seguridad jurídica establecida a escala nacional.

⁹⁰ La Comunicación de la Comisión europea *La Estrategia de Seguridad Interior de la UE: cinco medidas para una Europa más segura*, advierte de la necesidad de implementar políticas nacionales de enfoque administrativo con el fin de evitar la infiltración de prácticas delictivas y proteger la economía. COM (2010), 673 final, de 22 de noviembre de 2010, p. 6. Sería muy importante revisar, desde esta óptica, nuestro sistema de justicia administrativa (recursos administrativos), como bien ha advertido J. BERMEJO VERA, «La resolución extrajudicial de conflictos», en el libro colectivo *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid, INAP, 2015, pp. 149-212. Sobre la contratación pública y su control me remito a mi trabajo *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial, Observatorio de los contratos Públicos, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

⁹¹ Como bien ha destacado el profesor J.M. Baño León, el sistema de recursos administrativos ordinarios no está configurado en clave de protección de la legalidad, pues pretende proteger a la Administración. De hecho, como bien explica, el sistema de justicia administrativa es un ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho público español. Por ello, como bien afirma, «la mejor alternativa al recurso administrativo es un buen recurso administrativo, entendiendo por tal el que garantiza una revisión de la actuación administrativa eficiente por un órgano funcionalmente independiente» (J.M. BAÑO LEÓN, «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español», *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016, p. 669). Con esta ampliación del ámbito del recurso especial desde la perspectiva del importe se avanza en la filosofía del régimen equivalente en el nivel de eficacia exigido por STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14.

de ampliar por el importe el recurso especial frente a su limitación inicial a los contratos armonizados, que supera una extendida perspectiva de «gasto», y no de inversión, cuando se analizan los escenarios preventivos de control eficaz (vinculados a la buena administración)⁹². El objeto del recurso especial incluye ahora las modificaciones y encargos ilegales (lo que supone que ya no es recurso precontractual). Las previsiones que contiene la LCSP sobre los supuestos de recurso deben tener carácter meramente enunciativo, dado que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2017 (Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), ha fijado un criterio amplio de «decisión» a efectos del ámbito material del recurso especial⁹³.

Además, se mantiene el modelo de los tribunales administrativos (cuyas ventajas ha destacado el profesor Santamaría Pastor⁹⁴). Este sistema de «justicia administrativa especial» ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitió a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), lo que presupone reconocer que estos Tribunales administrativos —con fundamento en la Directiva 89/665 y su reforma por Directiva 66/2007—, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, tienen carácter de permanentes, aplican un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C-54/96 *Dorsch Consult*). Y así se ha declarado por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, que reconoce las notas exigidas para tal consideración —carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción— y declara que los órganos de recursos contractuales de España son órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE.

Por ello, extender la acción pública —o al menos ampliarla, más allá de los potenciales interesados— en defensa del derecho a una buena administración puede ser, como sugiere J. Ponce, una solución muy efectiva⁹⁵. Se trata,

⁹² Vid. M.A. BERNAL BLAY, «El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, 2013, pp. 190-213.

⁹³ La Directiva de concesiones incorpora un supuesto tasado de causas de resolución anticipada, cuyo no cumplimiento por una Administración o poder adjudicador abre la puerta al recurso especial.

⁹⁴ J. SANTAMARÍA PASTOR, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, en especial, pp. 48-64.

⁹⁵ 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», *Anuario de Derecho Local* 2012, Barcelona, IDP, 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, 2017, p. 21. Especial interés sobre esta cuestión de la ampliación de la legitimación tiene la monografía de A. PEÑALVER, *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso-administrativo: legitimación y limitaciones económicas*. En *administrativo: legitimación y limitaciones económicas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

en palabras suyas: «para combatir la corrupción es importante ir “río arriba”, al nacimiento del problema, esto es a la normativa que se dicta, y no quedarse solo en la desembocadura del río, es decir al surgimiento del caso de corrupción contra el que se reacciona, en su caso penalmente»⁹⁶. Por otra parte, la decisión de rebajar umbrales es, sin duda, un hito en la filosofía práctica de la contratación pública, y debe ser el inicio de un proceso para, tras dotar con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe⁹⁷. Por ello, resulta muy relevante la opción de ampliar por el importe el recurso especial frente a su limitación inicial a los contratos armonizados, que supera una extendida perspectiva de «gasto», y no de inversión, cuando se analizan los escenarios preventivos de control eficaz⁹⁸.

La experiencia de la primera generación de órganos de recursos contractuales, en un contexto de mayor profesionalización y coherencia del sistema de control desde una perspectiva integral aconseja analizar las ventajas de resituar a los órganos de recursos contractuales como órganos independientes «adscritos» al Parlamento correspondiente⁹⁹. Se solucionaría así el cuestionamiento sobre la adscripción organizativa en un Administración Pública (y la posible «tutela administrativa» como sospecha), se fortalecería el carácter de órgano jurisdiccional a efectos del art.237 TFUE y facilitaría la planta

⁹⁶ J. PONCE SOLÉ, «Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora María De Benedetto, *Corruption from a Regulatory Perspective*», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, 2023, pp. 377.

⁹⁷ Como bien ha destacado el Profesor J.M. BAÑO LEÓN, «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español», en el libro colectivo *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016, p. 669, el sistema de recursos administrativos ordinarios no está configurado en clave de protección de la legalidad, pues pretende proteger a la Administración. De hecho, como bien explica, el sistema de justicia administrativa es un ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho público español. Por ello, como bien afirma, «la mejor alternativa al recurso administrativo es un buen recurso administrativo, entendiendo por tal el que garantiza una revisión de la actuación administrativa eficiente por un órgano funcionalmente independiente». Con esta ampliación del ámbito del recurso especial desde la perspectiva del importe se avanza en la filosofía del régimen equivalente en el nivel de eficacia exigido por STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14.

⁹⁸ J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova, 2021, 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 (art.41). Obviamente, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización, podrán extender el ámbito de este recurso especial a importes inferiores, pues el art. 112 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (al igual que su predecesora Ley 30/1992, en su art. 107) habilita tal posibilidad. Así se ha hecho en Aragón mediante la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas) que fija en 200 000 euros el umbral del recurso especial para el contrato de obras y en 60 000 euros para los contratos de servicios y suministros.

⁹⁹ Sobre la necesaria profesionalización (conocimiento y capacitación) de los miembros de estos tribunales administrativos me remito a P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Profesionalizar los mecanismos de control de la contratación pública: relevancia de observar los principios de mérito y capacidad en la selección de los miembros de los órganos que conocen del recurso especial en materia de contratación», en el libro colectivo de J. RODRÍGUEZ ARANA y E. DÍAZ BRAVO (dirs.), *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 91-121.

de estos órganos de control, al permitir un control que englobase toda la actividad contractual pública de cualquier poder adjudicador (es decir, se unificaría la opción de órganos de recursos contractuales para la actividad de licitación de todos los poderes adjudicadores con independencia de su naturaleza parlamentaria o local)¹⁰⁰. Se reforzaría, en definitiva, la percepción de independencia, y permitiría reorientar la función del control externo hacia un rol más ejecutivo y también completo.

En todo caso, es necesario determinar y limitar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, que deberán garantizar en todo caso la nota de independencia y especialización y la debida colegialidad¹⁰¹. Y si se integran en otros órganos —como es el caso de Consejo Consultivos en Castilla y León y en Extremadura—, deberá preverse o dotarse de una sección propia, a fin de evitar cierta «confusión» de funciones entre los consultivo y lo resolutorio (máxime cuando la ampliación a cuestiones contractuales coincide con la función consultiva en un mismo asunto).

Asimismo, interesa destacar la necesaria ampliación del objeto del recurso especial, que incluye ya los encargos a medios propios y también a ciertos actos relativos de la ejecución del contrato y, en especial, las modificaciones contractuales o rescate de concesiones. Sin embargo, se olvida de la exigencia de la Directiva europea de recursos (89/665, modificada por la Directiva 2007/66), cuyo ámbito de aplicación tiene ya efecto directo de incluir en el ámbito del recurso especial las cuestiones de subcontratación y la resolución del contrato o concesión¹⁰². Hubiera resultado conveniente incluir, como cláusula de cierre, el concepto amplio de «decisión» al que se refiere la STJUE de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía.

¹⁰⁰ Esa es la propuesta que formulo en mi trabajo «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Nueva Época, núm. 7, 2017, pp. 45-67.

¹⁰¹ Es también necesaria una reflexión sobre el modelo de compatibilidad de los miembros del Tribunal (muy conveniente para poder incorporar «auténticos especialistas»). Esta opción permite captar a especialistas, pero debe contemplarse tal opción desde un sistema de Tribunal administrativo estable y con medios materiales y personales propios, que tenga esa única competencia. Y debe vigilarse de forma activa los posibles conflictos de interés (visibles y difusos) en aras a preservar la nota de objetividad. En todo caso, la «exclusividad» de los miembros de estos órganos de recursos contractuales no es garantía de adecuada profesionalización, pues esta va ligada a la capacitación y conocimiento y no al elemento formal/burocrático de su régimen estatutario (el Decreto-Ley 3/2017, de 20 de junio, por el que se modifica la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para la profesionalización de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón «confunde», así, profesionalización con un modelo burocratizado. La Memoria final aprobada de la primera etapa del TACPA —marzo de 2011 a 31 diciembre de 2017— acredita por sí el carácter profesional de este órgano en ese periodo de tiempo, pese al sistema de compatibilidad, como la *auctoritas* de sus Acuerdos).

¹⁰² La Directiva de concesiones incorpora un supuesto tasado de causas de resolución anticipada cuyo no cumplimiento por una Administración o poder adjudicador abre la puerta al recurso especial. Me remito a mi trabajo «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», *Cuadernos Derecho Local*, núm. 43, 2017, pp. 50-71. También en el estudio F. CAAMAÑO, J. M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS, *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017 y ID., *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, 2017, pp. 118-120.

Conviene reseñar que el correcto funcionamiento del modelo exige una dotación presupuestaria adecuada y suficiente¹⁰³. Las restricciones presupuestarias actuales condicionan la función de control, lo 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. El diseño del sistema del recurso especial en contratos públicos debe estar alejado de la idea de que su consolidación es un gasto. Como se ha venido defendiendo en este Informe, el control de la contratación pública debe ser contextualizado como una inversión, tanto económica (pues permite la eficiencia real del modelo, al permitir una efectiva concurrencia) como social, en tanto permite la regeneración democrática y da credibilidad al sistema institucional del control público¹⁰⁴.

Por otra parte, se diseña un nuevo sistema de gobernanza¹⁰⁵, del que deriva tanto de un nuevo rol de la Junta Consultiva Contratación Pública (se

¹⁰³ El Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

¹⁰⁴ El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE (Directivas de recursos en adelante), en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública publicado el pasado 24 de enero recoge la evaluación de los resultados de la aplicación de las citadas Directivas y en concreto si se consideran adecuadas a los objetivos propuestos atendiendo a si minimizan las cargas y los costes asociados y maximizan la posible simplificación de los procedimientos. Desde el punto de vista de la eficiencia, las Directivas sobre procedimientos de recurso proporcionan beneficios globales en consonancia con los efectos esperados, tanto directos como indirectos muy superiores a los costes que supone presentar y defender un procedimiento de recurso para los proveedores y las autoridades contratantes representando por lo general entre el 0,4 por 100 y el 0,6 por 100 del valor del contrato. Sin embargo, la Comisión entiende que los costes no se reducirían a cero si las Directivas sobre procedimientos de recurso fueran revocadas. Por el contrario, serían incluso mayores, debido a las diferencias nacionales en la normativa sobre revisión y recursos y a la falta de armonización a escala de la UE, dando lugar a un contexto más farragoso para licitadores y otras partes interesadas. Y añade el informe que en la evaluación de la legislación en materia de contratación pública de la UE que se publicó en el año 2011 se estimó, en general, que el ahorro del 5 por 100 conseguido en los 420000 millones de euros en contratos públicos que se publicaron a escala de la UE se traducirían en un ahorro o una mayor inversión pública por un importe superior a 20 000 millones de euros al año. La aplicación efectiva de las Directivas sobre procedimientos de recurso puede, por tanto, aumentar la probabilidad de que se consiga un ahorro similar al estimado procedente de las Directivas sobre contratación pública.

¹⁰⁵ Cuestión en la que insiste en la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit.

crea un Comité con representación de las Comunidades Autónomas) por exigencia del Derecho de la Unión Europea, y la creación de un «organismo» independiente de regulación, supervisión y control (aunque con forma de órgano administrativo) que conforma la bóveda de una nueva arquitectura institucional para promover las exigencias de gobernanza europea¹⁰⁶. Órgano con el que se pretende, además, dar respuesta a las exigencias de la Comisión europea, que había advertido de falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país, constatando que esta carencia «obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española» (Decisión (UE) 2017/984 del Consejo, de 8 de agosto de 2016)¹⁰⁷.

La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (que se regula en los art. 332 y 333 LCSP), está adscrita orgánicamente al Ministerio de Hacienda, pero formada por personal independiente (plazo de 6 años inamovibles), que asume las funciones de Gobernanza de las Directivas de contratación pública¹⁰⁸. Podrá dictar instrucciones, pero no se le reconocen competencias de «anulación» o sanción¹⁰⁹. Le corresponde, además, aprobar —a propuesta del Comité de Cooperación en materia de contratación pública— la Estrategia Nacional sobre la Contratación Pública, que es

¹⁰⁶ Desde hace años, como medida de refuerzo del principio de integridad y como instrumento de seguridad jurídica, la doctrina ha venido planteando la conveniencia de un organismo de regulación y supervisión en contratación pública. Posibilidad contemplada en el art. 83 de la Directiva 2014/24, de contratación pública, al exigir que los Estados velen por la Gobernanza a través de autoridades u organismos a los que se atribuyan estas funciones. En palabras de D. CANALS AMETLLER («El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública», *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 55, 2018, pp. 427) esta Oficina es la «*cúspide de la organización específica para la gestión de la contratación pública*».

¹⁰⁷ En todo caso, como bien advierte J. Ponce, la creación de este tipo de unidades no es sino una más de entre las distintas medidas posibles para luchar contra la corrupción, piezas de un *puzzle* complejo que configura el sistema de integridad de un Estado y condiciona su buen gobierno y buena administración (J. PONCE, «Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo», *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 3, 2017, p. 8) de su trabajo. Como advierte, la posible creación de oficinas de este tipo debe ser contextualizada en una estrategia global contra la mala administración y la corrupción y a favor del buen gobierno y la buena administración. La decisión sobre la creación de una oficina de este tipo debe ponderar, por exigencias del derecho a una buena administración, los costes y beneficios concretos, de todo tipo, que la misma pueda generar, y sólo crearla si los segundos superan a los primeros. Es preciso respetar los principios de buena regulación y la evaluación de impacto normativo exigido ahora por la Ley 39/2015.

¹⁰⁸ Vid. A. BETANCOR, «Oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pp. 689-714. También el estudio de D. CANALS AMETLLER, «El sistema administrativo de control interno y de supervisión da contratación pública», *op. cit.*, pp. 426-428. Este completo trabajo analiza con detalle el actual modelo y propone pensar en el modelo de Agencia Anticorrupción para el caso de España, así como opción el crear una Autoridad Europea de Supervisión de la Contratación Pública, de modo similar a las existentes en otros sectores económicos de referencia en el mercado común europeo.

¹⁰⁹ El funcionamiento de la OLAF en la Unión Europea puede servir de ejemplo para su puesta en funcionamiento. Sobre ello resulta interesante el trabajo de M. FUERTES LÓPEZ, «La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF)», *Revista de Administración Pública*, núm. 175, 2014, pp. 269-301.

un instrumento jurídico vinculante para todos los poderes adjudicadores de España y con un horizonte temporal de cuatro años (art. 334 LCSP). Esta Autoridad independiente se complementa con una Comisión Mixta con el Tribunal Cuentas, de seguimiento de la contratación pública¹¹⁰. Esta nueva figura presenta, insistimos, un importante rol regulador más que de supervisión, y debe servir para dotar de seguridad jurídica en la aplicación de la norma en unos momentos de inseguridad jurídica por la existencia de disparidad de criterios. Sin embargo, esta nueva «arquitectura», en su puesta práctica, presenta importantes «debilidades» en tanto, frente a lo que parecía que pretendía la Ley (y se necesita en un sector de tanta importancia), no se le ha dotado de medios materiales y presupuestarios adecuados¹¹¹. Es más, su adscripción orgánica y no funcional, en tanto órgano y no de organismo público (con personalidad jurídica propia), a la subsecretaría del Ministerio de Hacienda y su consideración de «subdirección general» le dificultan la necesaria *auctoritas* que es exigencia necesaria en todo organismo regulador como elemento inherente a su estatuto jurídico independiente. Además, al carecer de capacidad sancionadora para poder «incentivar» el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley su rol institucional queda claramente debilitado¹¹².

5. POR UNA ECUACIÓN DE LA INTEGRIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El profesor R. Klitgaard¹¹³ aportó la denominada ecuación de la corrupción: $C = M + A - T$. C es Corrupción, M: Monopolio, A: Arbitrariedad y T:

¹¹⁰ Sin duda puede ser una importante herramienta de apoyo a la 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. *Vid.* A. PEÑA OCHOA, «El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción», en el libro colectivo *La corrupción en España*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 83-108.

¹¹¹ Sobre la debilidad del modelo, recomendando la dotación de más medios personales y materiales se ha pronunciado la Comisión europea en su Documento de 27 de febrero de 2011 sobre la *Prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos* —España— Informe España 2019—. El «fortalecimiento del marco de funcionamiento» que sugiere la Comisión europea debe ser la consecuencia de un decidido avance en el cumplimiento de los objetivos y principios desarrollados por la LCSP, debe concretarse en, al menos, las siguientes acciones: a) avanzar («todavía pendiente») en la Estrategia nacional de contratación pública, que debe ser preparada por el Comité de Cooperación, donde están representados todos los niveles de gobierno y la Oficina Independiente; b) necesidad de corregir la ausencia de recursos materiales y personales de la Oficina Independiente para que en el cumplimiento de sus objetivos pueda llegar una posición prominente, que ahora no tiene. Esta acción es fundamental puesto que la Oficina, a través de su Supervisión debe aportar a la Estrategia a los «análisis profundos de los problemas que se detecten» en el desarrollo de la supervisión; c) la participación activa en la preparación de la Estrategia y «su propiedad» por todos los niveles de gobierno que, es una clave para la mejora de la contratación pública en España.

¹¹² *Vid.* J.M. GIMENO FELIÚ, «Las novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público tras su aprobación en el Congreso de los Diputados», *Revista Electrónica del Observatorio de Contratación Pública* www.obcp.es (julio de 2017) y J.A. MORENO MOLINA, *Hacia una compra pública responsable y sostenible*, op. cit., p. 214.

¹¹³ R. KLITGAARD, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Buenos Aires, Sudamérica, 1994, pp. 10 y ss.

Transparencia. Cuanto menor la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción. Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción.

Sin embargo, en el siglo XXI puede resultar oportuno revisar (actualizar) dicha ecuación desde el nuevo paradigma de la integridad como principio vertebrador de cualquier decisión pública (que ya no es un mero referente de ética pública)¹¹⁴. Una política proactiva de contratación pública donde el principio de integridad —que pivota sobre la vinculación al valor y el resultado a favor del ciudadano— sea la estrella polar permitirá recuperar la confianza de la ciudadanía en el modelo público y valorar adecuadamente el sentido de la política como instrumento de satisfacción del interés público (también, para combatir la pobreza y prestar servicios públicos de mayor calidad).

Así, la ecuación (o fórmula) de la integridad —al igual que el profesor J. Ponce ha propuesto para determinar la buena administración¹¹⁵— sería el resultado de una función dependiente del siguiente conjunto de parámetros $I = f(T, R, C, D, B, F, P)$. Desde una perspectiva gráfica, adaptada a la propuesta de Klitgaard, la ecuación de la integridad sería:

$$I = \frac{T + R + C + D + B + F}{P}$$

La I de integridad sería el resultado de sumar los siguientes aspectos: la T , de transparencia, que implica no solo publicidad activa sino, principalmente, rendición de cuentas. Muchas de las prácticas de corrupción se encuentran muy vinculadas a la ausencia de transparencia. No en vano, es la opacidad el escenario de cultivo que permite la proliferación de actuaciones corruptas. De ahí que sea imprescindible eliminar los espacios de «oscuridad» en la gestión pública. 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 «ajustes» o incremento de la «presión fiscal»—, como de una gestión transparente compatible con la cultura de nueva gobernanza. Se necesita más y mejor transparencia para las distintas decisiones públicas (muy especialmente en los contratos públicos) y una correcta rendición de cuentas.

¹¹⁴ Sirven para ello las reflexiones de J. MIRANZO DÍAZ, *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi 2020; La recientemente aprobada (diciembre de 2022) Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026, que concreta lo que se persigue con una contratación estratégica del sector público, fija, entre sus objetivos: a) *Combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública*. Quizá convenga promover una Estrategia pensada más en la integridad, que aporta elementos más positivos.

¹¹⁵ Me remito a su trabajo «Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora M. De Benedetto, *Corruption from a Regulatory Perspective*», *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 24, 2023.

El segundo sumando es la R de Resultados. El ámbito de la actuación administrativa tiene por finalidad la mejor satisfacción del interés general, lo que obliga a superar la inercia del mero cumplimiento formal para arbitrar nuevas políticas públicas que atiendan al resultado, que es el verdadero ADN del derecho público. Lo que obliga a pensar en calidad y valor (frente a visiones economicistas que tienden al «precio más bajo» o indebidamente burocráticas), que garanticen la eficiencia social y eviten problemas de equidad. Esta R de resultados debe contener previsiones claras a favor de la obligación de cumplir con los objetivos de la descarbonización, luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, combatir la contaminación y promover la economía circular (que son ya objetivos primarios vinculados de la mayoría de los modelos económicos).

El tercer sumando sería la C de Capacitación (de profesionalización en términos de las Instituciones europeas). Desde la perspectiva de inversión en la motivación de las decisiones públicas (en especial en todo contrato público) que pone la atención en los resultados, es necesario contar con los adecuados medios materiales y, sobre todo, con la mejor capacitación y *auctoritas*, de los gestores públicos que debe liderar ese nuevo modelo de compra públicas. Conocer el contexto, depurar conceptos y principios, comprender su correcto alcance, es un presupuesto necesario para poder articular una correcta política de contratación pública, lo que exige el mayor nivel de capacitación (siempre en constante actualización). La profesionalización en la esfera de las decisiones públicas puede, además, ser una barrera a la existencia de redes clientelares o de «confusión de intereses políticos». La profesionalización resulta elemento imprescindible para poder cumplir con las exigencias derivadas del principio de integridad. 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 impidan¹¹⁶. Una adecuada profesionalización y «descontaminación política» de decisiones estrictamente administrativas, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad vinculada a la mejor satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. El cuarto sumando sería la D de Digitalización (que incluye datos abiertos, nuevas tecnologías e Inteligencia artificial¹¹⁷). Una decidida utilización de los medios electrónicos permite una gestión de información a tiempo real que puede ayudar a detectar las irregularidades y fortalecer el principio de integridad. En este contexto, la experiencia de la Comunidad Valenciana con el *Security Administrator Tool for Analyzing Network*

¹¹⁶ 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>

¹¹⁷ Como bien explica J. Valero Torrijos, la inteligencia artificial debe ser ya un elemento en la regulación y gestión de la contratación pública, «Inteligencia Artificial y contratación del sector público», Observatorio de Contratación Pública, enero 2020. Igualmente J. MIRANZO, «El papel de la contratación pública en el desarrollo digital de la Administración: especial referencia a la inteligencia artificial», *Revista Contratación administrativa práctica*, núm. 182, 2022, pp. 5-18.

(denominado como SATAN) resulta de especial interés. Se trata de un software que cruzará bases de datos en manos de la administración para generar alertas sospechosas y detectar «si existe vida corrupta administrativa»¹¹⁸. Además, por ejemplo, la digitalización del sector de la construcción representa una oportunidad única para hacer frente a estos desafíos estructurales, aprovechando la disponibilidad general de mejores prácticas desarrolladas en otros sectores industriales y los métodos y herramientas de ingeniería, los flujos de trabajo digital y las competencias tecnológicas para alcanzar un nivel más elevado de exigencia y crear un sector de la construcción digitalizado. Y aquí la metodología *Building Information Modeling* (BIM) desempeña un papel esencial¹¹⁹. Por supuesto, la D implica estrategia de datos, tal y como se está impulsando por la Unión Europea¹²⁰.

El quinto sumando debe ser la B, de *Better and smart regulation* aspira a una mejor y más inteligente regulación y actuación pública. Regla que tiene como finalidad principal alcanzar una mayor seguridad jurídica, eliminando cualquier burocracia innecesaria.

El último sumando sería la F de Fiscalización (independiente, por supuesto). La eficacia es importante, pero debe existir un moderno sistema de «frenos» que evite la aparición de espacios de impunidad. No resulta admisible, en mi opinión, el argumento de que las medidas de prevención implican mayor burocracia y mayor gasto, lo que avala la tendencia de no corregir las disfunciones y justificarlas como un mal estructural necesario para preservar la eficacia administrativa. Y así se limitan los controles (o se captura al vigilante) y se recorta en la formación para una necesaria profesionalización (garantía de independencia), para eludir los principios públicos inherentes a la buena administración. Para ello, los controles previos en la propia Administración, así como el control externo, deben ser contextualizados como una inversión, tanto económica (pues permite la eficiencia real del modelo, al permitir una efectiva concurrencia) como social, en tanto permite la regeneración democrática y da credibilidad al sistema institucional del control público. En este contexto de cómo avanzar al equilibrio entre eficacia y garantías de correcta actuación, resulta necesario revisar el modelo de control interno y externo de las decisiones contractuales. Un control que debe ser eficaz —lo que aconseja ciertas intervenciones *in time* y *no out time*— sin impedir la eficacia en tiempo de las decisiones a adoptar. Un modelo enfocado

¹¹⁸ El tratamiento automatizado de datos mediante la tecnología es ya el presente (en Europa ya existen herramientas como ARACHNE que vigila los posibles fraudes en la Unión Europea) y debe ser asumido por las Administraciones Públicas como un instrumento indispensable para avanzar en la cultura de una Administración transparente, convencida de la importancia de la mejora continua

¹¹⁹ Son indudables e incuestionables las ventajas de la metodología BIM en tanto facilitan la mejor comprensión y valoración de los proyectos como, principalmente, mejora los modelos de control en la ejecución (se construye lo proyectado), laminando el riesgo de sobrecostos (o modificados de objeto). A su vez permite, por ejemplo, la certificación *as-built* del presupuesto.

¹²⁰ El *DOUE* del 16 de marzo de 2023 publicaba la Comunicación de la Comisión sobre contratación pública, un espacio de datos para mejorar el gasto público, impulsar la elaboración de políticas basadas en datos y mejorar el acceso de las pymes a las licitaciones. La iniciativa de la Comisión tiene por objeto aprovechar el poder de los datos disponibles en toda la UE gracias al Espacio de Datos sobre Contratación Pública (en lo sucesivo, «EDCP»), uno de los primeros espacios comunes de datos de la UE en un ámbito específico que surge de la Estrategia Europea de Datos.

a la gestión preventiva de riesgos, que se centre en la gestión sistemática del riesgo, incluyendo identificación, evaluación, tratamiento y seguimiento, para la medición del desempeño y detección de aquellas debilidades del sistema que necesitan de una nueva forma de ser tratadas. Convendría, en mi opinión, un control externo diferente, de carácter concomitante y que descansa en el análisis de los resultados, mediante auditorías de proyecto. Un nuevo enfoque basado en la responsabilidad, cumplimiento de las obligaciones y la auditoría de resultados frente a un modelo que atiende a la observancia formal previa¹²¹.

Como dividiendo que «rebajaría» el índice de Integridad tenemos, la P de Politización, entendida como aquella que produce una indebida «contaminación política» que puede afectar a la planificación, programación, decisión de adjudicación y vigilancia del cumplimiento del contrato. Esa contaminación puede favorecer las prácticas irregulares —como los denominados «elefantes blancos», que son infraestructuras que no aportan ningún tipo de rentabilidad ni aportan valor en contexto territorial, ambiental o económico— que se alejan de los estándares de buena administración¹²².

Trabajar en los distintos indicadores de esta ecuación de la integridad, en especial en el ámbito de la contratación pública, puede facilitar una nueva gobernanza pública, donde, frente a la actual desconfianza, se promueve nuevos modelos colaborativos *win/win*. Los poderes públicos tienen, por vocación constitucional, una evidente función de liderazgo de regulación e impulso de las actividades económicas, para lo que deben repensar en el actual contexto, una nueva arquitectura de la gestión pública que pivote sobre el principio de integridad. Para ello, más allá de cambios normativos (sería deseable la «estabilidad» jurídica) conviene «re-educar» a los poderes públicos españoles en la «fuerza» del principio de integridad (dinámico) para orientar su «fuerza de gestión» como impulso, y no como freno, en una nueva interpretación finalista y no meramente formal (en una mal entendida burocracia) que pretende dar la mejor respuesta a las necesidades públicas. Principio de integridad vinculado, por tanto, al mejor cumplimiento de los fines de las políticas públicas.

6. LA NECESIDAD DE ESTABILIDAD NORMATIVA COMO ELEMENTO DE SEGURIDAD JURÍDICA

En todo caso, sin una norma estable y de carácter codificador, fácilmente comprensible, se habilitan espacios para incumplir los principios de la contratación pública vinculados a la mayor transparencia, mayor eficiencia y mejor rendición de cuentas¹²³. El «movimiento» de normativa de contra-

¹²¹ El control deberá incluir un modelo de auditoría de costes cuyo diseño y puesta en funcionamiento deberá descansar en los órganos de control externo (protagonistas del seguimiento e incidencias en las ejecuciones de los contratos). Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «Los fondos *next generation* y el rol de los órganos de control externo», en S. REGO (dir.), *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Aranzadi, 2022, pp. 69-90.

¹²² Este problema se agrava con el de la excesiva atomización organizativa, con una pléyade de entidades contractuales.

¹²³ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Cizur Menor, Civitas, pp. 25-84.

tación pública en España en los últimos años presenta efectos «perversos», por la falta de seguridad jurídica y de predictibilidad¹²⁴, que son un freno a la concurrencia y habilitan prácticas que distorsionan los principios de eficacia y eficiencia¹²⁵. El actual contexto favorece lo contrario de lo perseguido, primando la forma procedimental al resultado de la mejor satisfacción del interés público (verdadera esencia de la gestión administrativa)¹²⁶. El «movimiento» de esta normativa tras su aprobación en 2017 presenta efectos «perversos» por la falta de seguridad jurídica y de predictibilidad, que son un freno a la concurrencia y habilitan efectos que distorsionan los principios de eficacia y eficiencia¹²⁷. Y lejos de mejorar la actividad económica (que necesita certezas) puede suponer un lastre en la correcta aplicación de sus principios¹²⁸. Movimiento normativo, en eterno viaje sin conocer destino final (y sin una brújula que aporte seguridad) al que se suma las reformas en otras normas sectoriales¹²⁹, que obligan al operador jurídico a estar en constante alerta ante los cambios¹³⁰. Cambios a los que se suma la normativa europea

¹²⁴ Por todos, J. SANTAMARÍA PASTOR, «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 159, pp.25-38 y J.M. GIMENO FELIÚ, «El «eterno» viaje normativo de la contratación pública: tendencias y aspectos prácticos», en *Observatorio de la Contratación Pública* (revista electrónica), enero de 2023.

¹²⁵ Lo explica muy bien M. VAQUER CABALLERÍA, «Corrupción pública y ordenamiento jurídico», en *La corrupción en España*, op. cit., pp. 125-140. Sobre el problema general de la seguridad jurídica en nuestro sistema jurídico es referente la monografía de J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Madrid, Civitas, 2005.

¹²⁶ Volvemos a recordar que el carácter extenso de la LCSP y sus múltiples modificaciones asemejan el resultado a lo que se cuenta por Cervantes en *El Quijote*: «No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la víga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella» (Se alude a la fábula núm.44 de Esopo (*Fedro*, I, 3), en que las ranas piden un rey a Júpiter).

¹²⁷ Que se suma a la opinión crítica de cierto sector doctrinal que considera a la LCSP una muestra de volatilidad, complejidad y falta de sistematicidad que caracteriza a la legislación administrativa de nuestro tiempo. T. CANO CAMPOS, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2018, pp. 12-67.

¹²⁸ Se trata, cuando menos, de un mal hábito - en palabras de S. DE LA SIERRA, de un legislador impenitente (S. DE LA SIERRA, «Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, 2011) de respuesta «impulsiva» a problemas concretos sin una visión amplia de sus efectos.

¹²⁹ Por ejemplo, el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que transpone la directiva relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (el Real Decreto-ley fija en un 36,3 por 100 la cuota mínima de vehículos ligeros limpios del número total de vehículos ligeros objeto de contratos, tanto para el período comprendido entre el 2 de agosto de 2021 a 31 de diciembre de 2025 como entre el 1 de enero de 2026 al 31 de diciembre de 2030. En relación con vehículos pesados limpios, el panorama cambia y se establece para camiones un suelo del 10 por 100 para el primer período y un 14 por 100 para el segundo. Para autobuses, en sinergia con la transición a un paradigma de movilidad compartida, se fija un suelo de 45 por 100 para el primer período que aumenta hasta 65 por 100 para el segundo período).

¹³⁰ O, con repercusión más directa, el Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos

sobre la cuestión, que continua un tanto «desapercibida» por los aplicadores jurídicos¹³¹.

de obras, donde se habilita (directamente para la Administración General del Estado y mediante Acuerdo, en su caso, de las Comunidades Autónomas), «una revisión excepcional de los precios de los contratos de obras del sector público» cuando el incremento del coste de los materiales empleados para la obra adjudicada haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante el ejercicio 2021. Y a estos efectos, se considera que existe impacto directo y relevante: cuando tras la aplicación de la fórmula de revisión de precios o la que corresponda conforme al RD 1359/2011, de 7 de octubre, exista un incremento de coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre que exceda del 5 por 100 del importe certificado en el ejercicio de 2021 (Previsión un tanto sorprendente, en tanto se considera un precepto no básico (pese a que la revisión de precios en la LCSP lo es) y se permite su «aplicación supletoria» mediante decisión administrativa de las Comunidades Autónomas). Previsión insuficiente, porque no se extiende a todos los contratos públicos celebrados y porque habilita una visión «rígida» de lo que sería el principio de «honesta equivalencia de lo pactado». Máxime cuando Portugal, por un reciente Decreto Ley ha realizado una interpretación más amplia y acorde con lo que son los principios de la contratación pública permitiendo el ajuste de precios a un contexto claramente excepcional. Línea adoptada también previamente por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2022 por el que se adoptan medidas de carácter extraordinario en materia de contratación donde autoriza la revisión de precios también fuera de los contratos de obras: «En el ámbito de la contratación pública, los contratistas se ven forzados a cumplir unas condiciones que suponen asumir pérdidas o abandonar la ejecución de los contratos ante la imposibilidad de hacerse cargo de los incrementos de los costes... El incremento desmesurado de los precios de la energía y de las materias primas ha sido totalmente inesperado y, por lo tanto, imprevisible en el momento de la licitación de buena parte de los contratos vigentes, lo cual pone en riesgo la correcta ejecución del contrato». Igualmente, mejor alineado con la situación, el Decreto Ley 3/2022 de Aragón extiende la revisión de precios también a los contratos de suministros y servicios necesarios para la ejecución de la obra pública, de manera que da cabida a los contratos de conservación y mantenimiento de carreteras, a la conservación y mantenimiento de edificios públicos y al suministro de los materiales necesarios (además, se establecen otras medidas complementarias para abarcar todos los problemas surgidos con los contratistas de obras públicas, tales como la posibilidad de sustituir los materiales por otros siempre que no se altere ni la funcionalidad de los mismos ni la seguridad de la obra). *Vid.* J. M. GIMENO FELIÚ, «Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia», en el libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2021*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 35-46.

¹³¹ Especial significado práctico tiene el del Reglamento (UE) núm. 2022/1031, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (más conocido como Instrumento de contratación internacional o ICI). Este reglamento introduce relevantes novedades en materia de contratación con operadores originarios de países terceros, o de adquisición de bienes y servicios de dichos territorios. En particular, las medidas recogidas pretenden reforzar la posición de los operadores, bienes y servicios de la Unión que, en la actualidad, experimentan notables dificultades para el acceso a ciertos mercados de contratación pública internacional. Así, es habitual que se encuentren trabas en mercados tan relevantes como los de China, Rusia, India o Turquía. Se habilita a la Comisión para la adopción de medidas restrictivas, en caso de que se detecten prácticas en sede de contratación pública que sean contrarias a los operadores, bienes o servicios de la Unión. Estas medidas podrán alcanzar a licitaciones que no se encuentren cubiertas por acuerdos de contratación pública internacional, entre los que destaca el Acuerdo de Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio. Por el contrario, en el caso de que rija uno de estos tratados, ante eventuales controversias, se deberá estar a los mecanismos previstos en los mismos. Las medidas que puede adoptar la Comisión Europea son especialmente rigurosas. En concreto se prevé la imposición de reducciones en las puntuaciones obtenidas por las ofertas afectadas, que podrán alcanzar hasta un 50 por 100, o incluso un 100 por 100 si el único criterio valorado es el precio. Asimismo, y como medida todavía más severa, se prevé también la directa exclusión de las ofertas. No obstante, estas medidas restrictivas cuentan con ciertas limitaciones. En primer término, se establece un umbral económico,

La estabilidad del marco normativo es una exigencia en aras a preservar la seguridad jurídica, pues no hay nada más contrario a este principio que las reiteradas reformas legales de una norma. Es más, y como observación inicial, por su ámbito, lo más correcto es —siguiendo el modelo del derecho comparado: Francia, Italia, Portugal, etc.—, elaborar un Código de Contratos Públicos³⁷.

Código que debería optar por la mayor simplificación normativa, alejándose de la tendencia a textos prolijos y de marcado carácter reglamentista, que burocratizan la gestión y «animan» a eludir la aplicación de esta normativa. Partir de los actuales textos de las Directivas, y complementarlos en lo estrictamente necesario, puede ser una buena opción (como ha hecho Francia). Máxime cuando ya existe una importante «fuente de derecho» como es la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea, que ha conformado un sólido y coherente «Derecho pretoriano», que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. Existe, en consecuencia, una «armonización» a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública (que exige una interpretación funcional (y no formal), que permitiría avanzar en una legislación de contratos públicos jurídicamente «sostenible».

de modo que las penalizaciones solamente procederán en contratos cuyo valor estimado sea superior a 15 000 000 de euros para concesiones y obras, o a 5 000 000 de euros para suministros y servicios. A su vez, como vía de flexibilización, las medidas de ajuste podrán inaplicarse en ciertos supuestos, vinculados a la existencia de circunstancias de interés general que lo justifiquen o a la intervención de algunos poderes adjudicadores locales de reducidas dimensiones. En todo caso, las medidas restrictivas, además de reforzar la reciprocidad, se orientan en último término a incentivar la conclusión de acuerdos internacionales de contratación. Así, se prevé expresamente que la adhesión al ACP —o la celebración de acuerdos bilaterales de contratación con la UE— conllevarán la retirada de las medidas de ajuste que se estén aplicando. *Vid.* J. ESTEBAN RÍOS, «Contratos públicos y límites para los licitadores, bienes y servicios de países terceros: Evitar la «competencia desleal» para reforzar el mercado interior», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 217, 2022, pp. 175-216 o *id.*, «El Instrumento de Contratación Internacional: régimen y problemática de la armonización europea frente al proteccionismo en los contratos públicos», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 66, 2023.