



# CONTRATACIÓN PÚBLICA Y BUENA ADMINISTRACIÓN

## PUBLIC PROCUREMENT AND GOOD ADMINISTRATION

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

[Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha (España).]

### Resumen

El artículo que se presenta estudia los principios y los derechos componentes del derecho humano a la buena Administración, aplicables a las contrataciones públicas. Se analizan los temas más relevantes, en los cuales debe ponerse especial atención en el ciclo de la contratación pública, como son la profesionalización de los funcionarios, la evasión de los conflictos de interés, la puesta en práctica los principios de la contratación, así como la integridad en las compras públicas.

#### *Abstract*

*The present article studies the principles and rights of the human right to good governance, applicable to public procurement. It analyses the most relevant issues in which special attention should be paid within the public procurement cycle, such as the professionalization of civil servants, the avoidance of conflicts of interest, the implementation of recruitment principles, as well as integrity in public procurement.*

**PALABRAS CLAVE:** *buena administración, contratación pública, profesionalización, derecho administrativo global, principios, integridad, conflicto de interés.*

**KEYWORDS:** *Good Administration, Public Procurement, Professionalization, Global Administrative Law, Principles, Integrity, Conflict of Interest.*

**SUMARIO:** I. El principio de buena Administración en la contratación pública y su reciente evolución. II. Derecho de la Unión Europea sobre compras públicas. III. Gobernanza de la contratación pública e imprescindible profesionalización. IV. Importancia del respeto a los principios generales. V. Conflictos de intereses e integridad de los procedimientos de contratación pública. VI. Fuentes consultadas.

## I. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU RECIENTE EVOLUCIÓN

El derecho comparado e internacional de la contratación pública, en especial la vigente regulación de la Unión Europea con su cuarta generación de directivas en la materia y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ha jugado un decisivo papel en el desarrollo del Derecho europeo de la contratación pública (Gimeno, 2015: 23 y ss.; Chinchilla, 2011: 33 y ss.; Sánchez, 2011: 81 y ss.), está imponiendo en la actualidad un nuevo paradigma en la contratación pública que busca que se garantice el derecho a una buena Administración (Rodríguez-Arana, 2012: 247-274; Ponce, 2016: 57-84; Rastrollo y García, 2015: 367 y ss.) y los principios de eficacia, eficiencia, transparencia e integridad (Oller, 2015: 46-54). Como destaca con acierto el profesor Gimeno Feliú (2015: 19), nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado.

La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada el 10 de octubre de 2013 por el Consejo del CLAD, expone de forma muy completa el derecho fundamental a la buena Administración Pública y sus derechos derivados en sus artículos 25 a 46.

El derecho fundamental a la buena Administración se consagró en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza y que tiene, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa —el 1 de diciembre de 2009—, “el mismo valor jurídico que los Tratados” (artículo 6 del Tratado de la Unión Europea [TUE], apartado 1, párrafo primero).

La sentencia del Tribunal General de la UE (Sala cuarta) de 27 de abril de 2016, asunto T-556/II, *Evropaiki Dynamiki* (ECLI: EU: T, 2016: 248), aplica el principio de buena Administración a los contratos públicos.

El Tribunal de Cuentas Europeo ha resaltado que la política de contratación pública es, en nuestros días, un instrumento fundamental para el desarrollo del mercado único; el logro de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y el uso eficiente y eficaz de los fondos públicos.<sup>1</sup>

Como ha puesto de manifiesto el profesor Rodríguez-Arana (2011b: 59-78, 2010: 15-68 y 2011a), uno de los ámbitos que mejor reflejan en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de un derecho administrativo global (Barnés, 2006; Alli, 2004; Ballbé, 2007; Ponce, 2010; Mir, 2004) es el de

<sup>1</sup> “Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública”, (Tribunal de Cuentas Europeo, 2016: 10)

la contratación pública (Rodríguez-Arana *et. al.*, 2011a). Sector que ha sido objeto en los últimos años tanto de importante legislación y acuerdos internacionales como de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios generales, y de actuaciones administrativas, entre otras, de solución de controversias entre Estados u otras partes en disputa (Stewart, 2005: 15; Kingsbury, 2005: 4 y ss.).<sup>2</sup>

El primer apartado de la exposición de motivos de la nueva ley española de contratos del sector público (9/2017, del 8 de noviembre) reconoce que la legislación de contratos públicos, de marcado carácter nacional, encuentra, no obstante, “... el fundamento de muchas de sus instituciones más allá de nuestras fronteras, en concreto, dentro de la actividad normativa de instituciones de carácter internacional, como es el caso de la ocde, de uncitral, en el ámbito de la onu, o, especialmente, de la Unión Europea”.

En este sentido, debe destacarse el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (Arrowsmith, 2003; Anderson, 2007),<sup>3</sup> la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Compras Públicas de Bienes, Servicios y Obras<sup>4</sup> y las normas en la materia aprobadas por la OCDE (AA. VV., 2006: 161-204),<sup>5</sup> por el Banco Mundial<sup>6</sup> y otras instituciones financieras internacionales; así como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Medina, 2009: 105 a 130).<sup>7</sup>

Pero también se podrían señalar las disposiciones sobre contratación pública del recientemente firmado Acuerdo Global Económico y de Comercio entre la Unión Europea y Canadá (*Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA*)

<sup>2</sup> Kingsbury (2005) recoge como fuentes primarias de este derecho global los principios extraídos de los derechos administrativos nacionales, los principios de sistema de la omc y los principios de los tratados internacionales de contenido ambiental, además de las agencias intergubernamentales (Banco Mundial, ACNUR, bancos de desarrollo) y agencias internacionales no gubernamentales (coi, Agencia Mundial Antidopaje, etc.), cuya actividad tiene eficacia frente a los particulares.

<sup>3</sup> El Acuerdo sobre Contratación Pública se firmó en Marrakech el 15 de abril de 1994, y entró en vigor el 1 de enero de 1996.

<sup>4</sup> El texto de la “Ley Modelo” fue aprobado por la CNUDMI en su 26 periodo de sesiones, celebrado en Viena en 1993.

<sup>5</sup> En relación con la contratación pública, la ocde se ha preocupado sobre todo por desarrollar instrumentos para combatir la corrupción y fomentar la integridad en el sector público. El sitio web de la Unidad de Lucha contra la Corrupción de la ocde es [www.oecd.org/daf/nocorruption/](http://www.oecd.org/daf/nocorruption/).

<sup>6</sup> Las Normas de Procedimiento del Banco Mundial bp 11.00 se pueden encontrar en <http://sitere-sources.worldbank.org/INTPROCURINSPA/Resources/bp1100Spanish.pdf>.

<sup>7</sup> La Convención establece en su artículo 9 que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará 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.

o de otros muchos tratados de libre comercio firmados entre distintos países en todo el mundo.

Además de todas esas normas, se encuentra el derecho de la Unión Europea sobre contratos públicos, que, por su avanzado desarrollo y estadio actual, constituye, sin duda alguna, el referente de las reglas internacionales en la materia.

## II. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE COMPRAS PÚBLICAS

La contratación pública constituye uno de los sectores en que el desarrollo del derecho administrativo de la Unión Europea (Schwarze, 1988; Nieto y Martín, 2007; Nieto y Martín, 2010) ha llegado más lejos y, consiguientemente, donde la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros se está produciendo con mayor intensidad (Gimeno, 2006; Razquín, 2010; Razquín, 1996; Moreno, 1996; Moreno, 2010). En efecto, la Unión cuenta con unas muy desarrolladas reglas sobre los procedimientos de preparación, selección, adjudicación y ejecución de los contratos públicos de obras, suministros y servicios (Gimeno, 2014b: 39 y ss.).

El completo *corpus iuris* europeo sobre contratación pública está integrado tanto por normas de derecho originario y de derecho derivado como por la decisiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que las ha interpretado y cuya doctrina ha ido incorporando las sucesivas directivas europeas en la materia.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (vigente en la actualidad al haber derogado a la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios), constituye la principal norma del hoy muy completo derecho de la Unión Europea sobre contratos públicos.

En la terminología comunitaria es conocida como la directiva clásica en la materia, al culminar la evolución de las normas de la Unión sobre contratación pública, que inició con la aprobación de las Directivas del Consejo 71/305/CEE —del 26 de julio de 1971— y 77/62/CEE —del 21 de diciembre de 1976—, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministro, respectivamente (Moreno, 2015).<sup>8</sup>

<sup>8</sup> A esta primera generación de directivas le sucedió, tras la aprobación en el año 1985 del “Libro Blanco” de la Comisión para la consecución del mercado interior, la reforma, en 1988 y 1989, de las directivas sobre los contratos de suministros y obras. Posteriormente vieron la luz la Directiva 90/531, sobre los contratos en el ámbito de los sectores anteriormente excluidos (es decir, agua, energía, transportes y telecomunicaciones), y la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios.

Ya en los años 90, en aras de una mayor racionalidad y claridad, el Consejo aprobó en 1993 una serie de directivas que refunden aquellas con sus posteriores modificaciones. Estos nuevos textos

Junto a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, las instituciones europeas han aprobado la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sin precedente en la normativa europea; la Directiva 2014/25/UE del Parlamento y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; y la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

Todas estas normas integran ya la cuarta generación de directivas europeas sobre contratos públicos (Gimeno, 2014b: 39 y ss.).

Las directivas actualmente vigentes en la Unión Europea pretenden revisar y modernizar la legislación vigente sobre contratación pública. Tienen dos grandes objetivos: incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio (lo que implica, en particular, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes) y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes (Ramos, 2012: 30 y ss.) como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles (Pernas, 2011: 299-323).

---

codificados son las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38/CEE, del 14 de junio de 1993, sobre contratos de suministros, obras y en los “sectores especiales”. Con la aprobación estas directivas el Consejo pretendió unificar en lo posible toda la normativa sobre contratación pública.

Estos textos (con las modificaciones introducidas por las Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/52/CE, del 13 de octubre de 1997, y por la directiva del Consejo 98/4/CE) son los que estuvieron vigentes en la materia hasta la aprobación de las Directivas de contratos de 2004: las Directivas 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo (del 31 de marzo de 2004), sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; y la 2004/17/CE, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

### III. GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA E IMPRESCINDIBLE PROFESIONALIZACIÓN

Este nuevo derecho de la contratación pública impulsa la transparencia, igualdad, concurrencia y uniformidad jurídica en toda la contratación del sector público (Gimeno, 2015: 23 y ss.; Razquín, 2015: 97 y ss.). Al mismo tiempo plantea una nueva gobernanza, que incorpora como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad para impulsar un modelo armonizado y transparente de gestión de los fondos públicos, el cual ayude a consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestros modelos sociales y económicos e impulsar la reactivación económica y empresarial (Gimeno, 2015b: 36 y ss.).

En ese sentido, los principios generales de la contratación pública deben desempeñar un papel fundamental. A través de una consolidada doctrina, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)(2005) ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto a los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos es la esencia de la regulación normativa de estos (sentencia del 13 de octubre de 2005, asunto C4 458/03, Parking Brixen GmbH).

Otro elemento clave de la nueva gobernanza debe ser la profesionalización de los gestores de la contratación (Gimeno, 2014a; Malaret, 2016: 21-60). La buena gobernanza, en relación con la contratación, demanda que los empleados encargados de la contratación pública se conviertan en verdaderos profesionales y no sólo cumplan las normas, además que sean directores de la contratación (Sanmartín, 2012: 318 y ss.).

En la Unión Europea hay que destacar en este sentido las propuestas de la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, del 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública, así como del Marco Europeo de Competencias para los profesionales de la contratación pública (PocurComEU), un instrumento diseñado por la Comisión Europea para contribuir a la profesionalización de la contratación pública.<sup>9</sup>

Como señala este último documento, esta profesionalización es esencial para garantizar que los compradores públicos dispongan de las capacidades, los conocimientos y la integridad necesarios para llevar a cabo su trabajo y sus tareas de conformidad con la ley —y de una manera eficiente, eficaz y estratégica— con vistas a lograr rentabilidad para los ciudadanos.

El ProcurCompEU tiene por objeto valorizar la profesión de la contratación como una función estratégica y prepararla para los retos futuros, desarrollando

<sup>9</sup> Puede consultarse en el siguiente enlace [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/procurcompeu\\_ecf\\_for\\_pp\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/procurcompeu_ecf_for_pp_es.pdf).

un marco de competencias como herramienta de recursos humanos que define el conjunto de conocimientos y capacidades que los profesionales deben poseer para realizar su trabajo y sus tareas de una manera eficaz y eficiente. Este marco de competencias en la contratación pública puede ayudar a los profesionales a autoevaluar sus capacidades y puntos fuertes, detectar las deficiencias y las necesidades de formación, diseñar y planificar un itinerario de desarrollo personal y profesional, y mejorar el rendimiento.

Hay que tener en cuenta que, en concordancia con la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (documento de la Comisión [Comunicación —COM—, 2010 y 2020 —final—]), las directivas sobre contratos públicos de 2014 impulsan un uso estratégico de la contratación pública y proponen que los compradores utilicen mejor la contratación pública, elemento clave de las economías nacionales de la UE,<sup>10</sup> en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación (Valcárcel, 2016: 349 y ss.; Valcárcel, 2011: 16 a 24), el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles (Alonso, 2015: 5 y ss.; Pernas, 2012: 299-323).

También exige una profesionalización de la contratación pública la obligatoriedad para los poderes adjudicadores de utilización de medios electrónicos en todas las comunicaciones y los intercambios de información en los procedimientos de contratación que impone la Directiva 2014/24/UE (Martínez, 2015).<sup>11</sup>

Además de lo anterior, esta profesionalización resulta decisiva para promover la integridad y luchar contra una de las grandes preocupaciones actuales del derecho de la Unión Europea y español en materia de contratación pública, como lo es la lucha contra la corrupción (Gimeno, 2016: 247 y ss.; García, 2015: 1; Cerrillo, 2014), que genera pérdidas en la economía de la UE por valor de unos 120000 millones de euros al año —1% del PIB europeo—, como destacan la *Comunicación*

<sup>10</sup> Las autoridades públicas gastan cada año aproximadamente una quinta parte del PIB de la UE en la adquisición de obras, suministros y servicios, como mención el *Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo 17/2016*, *op. cit.*

<sup>11</sup> Acerca de las exigencias y decisivos cambios en la tramitación de los procedimientos de contratación que supone la plena utilización de medios electrónicos, puede verse el *Libro Verde de la Comisión sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea* (SEC, 2010, 1214) y la Comunicación “Estrategia en pos de la contratación pública electrónica” de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (COM, 2012: 179).

de la Comisión. *Lucha contra la corrupción en la UE (COM 308 [FINAL], 2011: 3)* y el *Informe sobre la corrupción en la Unión Europea de 2014*.<sup>12</sup>

#### IV. IMPORTANCIA DEL RESPETO A LOS PRINCIPIOS GENERALES

Ante la enorme cantidad de normas legales y reglamentarias que en la actualidad regulan los contratos públicos, los principios generales se presentan como un necesario elemento unificador en la materia. Los principios deben aportar claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del derecho de los contratos. Están basados en reglas nacionales de naturaleza constitucional y deben ser hoy el fundamento de todo el derecho público sobre contratos de las Administraciones públicas. Los principios generales de la contratación pública se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.

La norma más importante y alrededor de la cual gira todo el sistema jurídico de la contratación administrativa en el derecho español es la *Ley de Contratos del Sector Público de 2017*, que en su artículo 1 declara que la ley tiene por objeto regular la contratación del sector público:

... a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Desde el pórtico del citado texto (refundido español), y a lo largo de toda su extensión, el respeto a los principios generales de la contratación pública se presenta como el objetivo y la finalidad primera de la norma, la cual persigue garantizar la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos, así como la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. No podía ser de otra manera, pues así lo exigía el derecho de la Unión Europea de los contratos públicos, de forma destacada gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).<sup>13</sup>

<sup>12</sup> El texto completo del informe puede encontrarse en la dirección [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm).

<sup>13</sup> En este sentido, el Tribunal Europeo, tras comprobar cómo las directivas en la materia no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados



La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública —y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, vigente en la Unión Europea— resalta, desde su inicio, considerar la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos *por o en nombre* de las autoridades de los Estados miembros (una previsión similar recogía el apartado segundo de la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE). Se identifican estos principios con los reconocidos por “... el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia”.

En esta misma línea, hay que recordar la *Comunicación interpretativa de la Comisión Europea del 23 de junio de 2006*, sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (*Diario Oficial* C 179 del 01/08/2006); su legalidad y conformidad con el derecho europeo fue confirmada por la STJUE, del 20 de mayo de 2010 en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron —como partes coadyuvantes— Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

El Título I de la nueva directiva se intitula “Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales” y dedica su artículo 18 a los “principios de la contratación” para establecer que “... los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con el objetivo de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia”.

Se considera por la propia directiva que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

---

siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, “a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado.” La sentencia del TJUE del 13 de octubre de 2005, asunto C458/03, Parking Brixen GMBH, resulta muy ilustrativa cuando concluye que “pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”.

Al principio de confidencialidad dedica la Directiva 2014/24, el artículo 21, en su doble vertiente que protege al licitador (apartado 1) y al poder adjudicador (apartado 2). Dispone así, en primer lugar, que, salvo disposición europea o nacional en contrario y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

Por su parte, el apartado 2 prevé que los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.

## V. CONFLICTOS DE INTERESES E INTEGRIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una de las grandes preocupaciones actuales del derecho de la contratación pública es la lucha contra la corrupción (Gimeno, 2016:247 y ss.). Por ejemplo, la corrupción genera pérdidas en la economía de la UE por valor de unos 120.000 millones de euros al año —1% del PIB europeo—, como destacan la *Comunicación de la Comisión. Lucha contra la corrupción en la UE* y el *Informe sobre la corrupción en la Unión Europea de 2014*.

La importancia económica, política y social de la contratación pública (Alonso, 2015:5 y ss.), los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de este sector un ámbito peligrosamente expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción.

La Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, plantea diversas medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de contratación pública y regula así los conflictos de intereses, las conductas ilícitas, los impedimentos a la adjudicación, las ofertas anormalmente bajas, las consultas preliminares del mercado y las modificaciones de los contratos durante su vigencia.

La nueva norma europea prevé medidas para prevenir los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos, que, aunque no conduzcan necesariamente a comportamientos corruptos, tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores. En el artículo 24 se entiende por *interés particular* en un contrato público un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

También se establecen medidas contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento. Estas actividades ilícitas infringen los principios básicos de la Unión Europea y pueden dar lugar a graves falseamientos de la competencia (González, 2015: 31 y ss.).

La Directiva 2014/24 recoge también los impedimentos a la adjudicación, cuya concurrencia obliga a los poderes adjudicadores a no adjudicar el contrato al licitador que presente la mejor oferta. El apartado 6 del artículo 57 de la Directiva 2014/24 prevé que los licitadores pongan en práctica medidas de *self-cleaning* al establecer que:

todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

En la sentencia del TJUE (Sala quinta) del 12 de marzo de 2015, en el asunto C-538/13 (EU: C: 2015: 166), se resuelve una cuestión prejudicial en la que se analizan las reglas aplicables y las posibles consecuencias conforme al Derecho europeo de la contratación pública de que un licitador tengan conocimiento de un eventual vínculo significativo entre otro licitador y los expertos del poder adjudicador que han evaluado las ofertas y/o tenga conocimiento de la eventual situación excepcional de dicho licitador a raíz de su participación en los trabajos preparatorios realizados previamente al procedimiento de licitación controvertido, sin que el poder adjudicador haya adoptado ninguna medida en relación con estas circunstancias.

Para el TJUE, un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho, por lo que puede infringir el artículo 2 de la Directiva 2004/18, que establece los principios generales de la contratación pública.

A este respecto, entiende el Tribunal que el hecho de que el poder adjudicador haya nombrado expertos que actúan bajo su mandato para evaluar las ofertas presentadas no le exime de su responsabilidad de respetar las exigencias del derecho de la Unión.<sup>14</sup> Para declarar la parcialidad de un experto es necesario consi-

---

<sup>14</sup> Véase, en este sentido, la sentencia SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, (EU:C:2012:191, apartado 23).

derar los hechos y las pruebas, valoración que forma parte de la competencia de los poderes adjudicadores y de las autoridades de control administrativas o judiciales. Ni la Directiva 89/665, ni la Directiva 2004/18, contienen disposiciones específicas a este respecto. Según reiterada jurisprudencia, ante la inexistencia de una normativa de la Unión en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación de los procedimientos administrativos y judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el derecho de la Unión confiere a los justiciables. La regulación procesal de estos recursos, sin embargo, no debe ser menos favorable que la referente a los recursos semejantes establecidos para la protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).<sup>15</sup>

En particular, la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el derecho de la Unión confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de las entidades adjudicadoras no debe privar de efecto útil a la Directiva 89/665.<sup>16</sup>

Para el TJUE, los principios de equivalencia y efectividad no se oponen, por regla general, a que en los Estados miembros pueda declararse la parcialidad de un experto sobre la única base de una situación objetiva con el fin de prevenir cualquier riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato de que se trata, que puedan, por ese mero hecho, dar preferencia a un licitador concreto.

De conformidad con el artículo 2 de la Directiva 2004/18, el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. Y entiende el Tribunal que resulta incompatible con ese papel activo hacer recaer sobre la demandante la carga de probar, en el marco del procedimiento de recurso, la parcialidad concreta de los expertos nombrados por el poder adjudicador. Una solución en ese sentido resulta también contraria al principio de efectividad y a la exigencia de un recurso eficaz que figura en el artículo 1 —apartado 1, párrafo tercero— de la Directiva 89/665, dado que un licitador no está, por regla general, en condiciones de tener acceso a información y a elementos de prueba que le permitan demostrar una parcialidad de ese tipo.

<sup>15</sup> Véase la sentencia Club Hotel Loutraki y otros, C-145/08 y C-149/08, (EU:C:2010:247, apartado 74) y la jurisprudencia que cita.

<sup>16</sup> Véase la sentencia Uniplex (UK), C-406/08, (EU:C:2010:45, apartado 27).

De este modo, si el licitador excluido presenta elementos objetivos que ponen en entredicho la imparcialidad de un experto del poder adjudicador, incumbe al propio poder adjudicador examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la adopción de la decisión relativa a la adjudicación del contrato con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba. Elementos como los alegados en el litigio principal en relación con los vínculos entre los expertos nombrados por el poder adjudicador y los especialistas de las empresas adjudicatarias del contrato —en particular la circunstancia de que esas personas trabajen juntas en la misma universidad, pertenezcan al mismo grupo de investigaciones o tengan vínculos de subordinación en el seno de esa universidad— si se acredita debidamente, constituyen para el Tribunal “...elementos objetivos que deben dar lugar a un examen pormenorizado por parte del poder adjudicador o, en su caso, por parte de las autoridades de control administrativas o judiciales”.

En definitiva, el TJUE recuerda en su sentencia su consolidada jurisprudencia sobre el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en un contrato público; obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas; e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores.<sup>17</sup> La obligación de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente como objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador respecto de determinados licitadores o de determinadas ofertas.<sup>18</sup>

## VI. FUENTES CONSULTADAS

- AA.VV. (2006), "Overview of the Current Work of Key International Institutions in the Field of Public Procurement", *Public Procurement Law Review*, Issue 6.
- Alli, J. (2004), *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid.
- Alonso García, C. (2015), “La consideración de la variable ambiental en la contratación por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015 pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE”, *La Ley Unión Europea*, núm 26.

<sup>17</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, (EU:C:2004:236, apartado 110), y Cartiera dell'Adda, C-42/13, (EU:C:2014:2345, apartado 44).

<sup>18</sup> Véase la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada, apartado 111.

- \_\_\_\_\_ (2015), “La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE”, *La Ley Unión Europea*, núm. 26.
- Anderson, R. (2007), “Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations”, *Public Procurement Law Review*, Issue 4.
- Arrowsmith, S. (2003), *Government Procurement in the WTO*, La Haya (Holanda), Kluwer Law International, Studies in Transnational Economic Law, volumen 16.
- Ballbé, M. (2007), “El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *RAP*, nº 174.
- Barnés, J. (Coord) (2006), *Las transformaciones del procedimiento administrativo*, Sevilla, Global Law.
- Chinchilla Marín, C. (2011), “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valladolid, Lex Nova.
- García Jiménez, A. (2015), “Gestión profesional de las licitaciones públicas: propuestas para la nueva ley de contratos del sector público”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10.
- Cerrillo I Martínez, A. (2014), *El principio de integridad en la contratación pública*, Cizur Menor, Aranzadi.
- Gimeno Feliú, J. M. (2006), *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Madrid, Civitas,
- \_\_\_\_\_ (2014a), “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, *OBCEP*. (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/relcategoria.201/relmenu.3/chk.7e86b5e21ba5b-19849b3088aecee5e60>).
- \_\_\_\_\_ (2014b), *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.
- \_\_\_\_\_ (2015a), “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho pretoriano. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, en Gimeno Feliú, J. M.; Gallego Córcoles, I.; Hernández González, F. y Moreno Molina, J. A., *Las nuevas directivas de contratación pública*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi.

- \_\_\_\_\_ (2015b), “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en Gimeno Feliú, J. M.; Gallego Córcoles, I.; Hernández González, F. y Moreno Molina, J. A., *Las nuevas directivas de contratación pública*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi.
- \_\_\_\_\_ (2016), “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, en Gimeno Feliú, J. M.; Villoria Mendieta, M; y Tejedor Bielsa, J. (Dir), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier.
- González Sanfiel, A. M. (2015), “La integridad en la contratación pública: ¿Un principio con sustantividad propia?”, Hernández González, F. I. (dir), *El impacto de la crisis económica en la contratación pública*, Navarra, Aranzadi, Cizur Menor.
- Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº 17/2016, “Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública”, Luxemburgo, p. 10.
- Kingsbury, B., 2005, “The Administrative Law Frontier In Global Governance”, *ASIL proceedings*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Malaret, E. (2016), “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.
- Martínez Gutiérrez, R. (2015), *La Contratación Pública Electrónica: análisis y propuesta de transposición de las directivas comunitarias de 2014*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Medina Arnaiz, T. (2009), “EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderes from Public Procurement Contracts”, *International Handbook of Public Procurement*, Florida, Khi V. Thai
- Mir Puigpelat, O. (2004), *Globalización, Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Madrid, Civitas.
- Moreno Molina, J.A. (1996), *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Madrid, Mc-Graw Hill.
- \_\_\_\_\_ (2010), *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, Madrid, Wolters Kluwer La Ley.
- \_\_\_\_\_ (2015), *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Oxford, Chartridge Books Oxford.

- Nieto Garrido, E. y Martín Delgado, I. (2007), *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Oxford, Hart Publishing.
- \_\_\_\_\_ (2010), *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Madrid, Marcial Pons.
- Oller Rubert, M. (2015), “Notas sobre la gobernanza en la contratación pública: el perfil del contratante como instrumento de transparencia”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 135, número especial dedicado a “Transparencia vs. Corrupción”.
- Pernás García, J. (2012), “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Madrid, Civitas, Cizur Menor.
- \_\_\_\_\_ (2011), *Contratación Pública Verde*, Madrid, La Ley.
- Ponce, J. (Coord) 2010, *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, Madrid, Marcial Pons-INAP, Madrid.
- Ponce Solé, J. (2016), “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175.
- Ramos Pérez Olivares, A. (2012), *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*, Madrid, La Ley.
- \_\_\_\_\_ (2012), «Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el RD Leg. 3/2011», *Contratación administrativa práctica*, núm. 119.
- Rastrollo Suárez y García Jiménez (2015), “Buena administración aplicada a los contratos públicos: directiva de recursos, instrumentos de publicidad activa y participación ciudadana”, *Las nuevas directivas de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Razquín Lizarraga, M. M. (1996), *Contratos públicos y derecho comunitario*, Pamplona, Aranzadi.
- \_\_\_\_\_ (2010), “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública”, *Justicia Administrativa*, núm. 6.
- \_\_\_\_\_ (2015), “Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, *RAP*, núm. 196.
- Rodríguez-Arana, J. (2010), “El Derecho Administrativo global: un derecho principal”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 76.



- \_\_\_\_\_ Jinesta Lobo, E., Navarro Medal, K. y Moreno Molina, J. A. (2011a), *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*, San José, Konrad Adenauer Stiftung.
- \_\_\_\_\_ (2011b), “Los principios del derecho global de la contratación pública”, *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 22.
- \_\_\_\_\_ (2012), “El derecho a la buena Administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 16.
- Sánchez Morón, M. (2011), “La jurisprudencia del tjue sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valladolid, Lex Nova.
- Sanmartín Mora, M. A. (2012), “La profesionalización de la contratación pública”, Gimeno Feliú, J. M. (dir), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Madrid, Civitas.
- Schwarze, J. (1988), *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2 vols., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- Stewart, R. B. (2005), “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, *68 Law and Contemporary Problems*, issues 15.
- Valcárcel Fernández, P. (2011), “Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 1.
- \_\_\_\_\_ (2016), “Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos”, *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, Cizur Menor.

