



Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública¹

Measures to prevent corruption and increase transparency in public procurement

J. M. Gimeno Feliu
Universidad de Zaragoza
gimenof@unizar.es

RESUMEN

Este trabajo reflexiona sobre la situación de la contratación pública y las posibles medidas para corregir adecuadamente los problemas de opacidad y corrupción en la contratación pública en España.

PALABRAS CLAVE

Contratación pública, integridad, prevención de la corrupción.

ABSTRACT

This paper reflects on the situation of public procurement, and possible measures to adequately correct the problems of opacity and corruption in public procurement in Spain.

KEYS WORDS

Public Procurement, integrity, prevention of the corruption.

SUMARIO

I. INTRODUCCION. II. IMPORTANCIA DE LA INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA. SU ESPECIAL SIGNIFICADO EN LA CONTRATACION PUBLICA. III. PROPUESTAS DE MEJORA DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PUBLICOS. 1. LOS PARTIDOS POLÍTICOS DEBEN APLICAR LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 2. IMPULSO A LA PROFESIONALIZACIÓN Y CAPACITACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 3. UNIFORMIDAD DE REGLAS JURÍDICAS PARA TODOS LOS PODERES ADJUDICADORES. 4. EXTENSIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN CONTRATACIÓN PÚBLICA AL MARGEN DEL IMPORTE Y ADECUACIÓN DE SU OBJETO. 5. REFUERZO DE LA ARQUITECTURA DEL RECURSO ESPECIAL Y DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES. a) Ampliación de la legitimación para impugnar. b) Estructura independiente y planta cerrada de los órganos administrativos de recursos contractuales. c) Refuerzo de las notas de independencia. d) Dotación presupuestaria suficiente. 6. DISEÑO DE UNA TRANSPARENCIA EFECTIVA TANTO A NIVEL DE CONCURRENCIA COMO DE RENDICIÓN DE CUENTAS. a) Adecuada justificación de la necesidad y conveniencia de

¹ Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado "La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos" DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor. Este texto tiene su origen en la ponencia presentada en *I Jornadas SOBRE NUEVOS ESCENARIOS DE LA CONTRATACION PUBLICA*, con atención a LA NUEVA REGULACION DE LA CONTRATACION PUBLICA A DEBATE DESDE LA PERSPECTIVA DE COMPETENCIA, SOLIDARIDAD E INTEGRIDAD, celebrada en Zaragoza 2 y 3 de mayo de 2017.

la prestación objeto de licitación. b) Claridad y difusión correcta de la información en las licitaciones. c) Nulidad por incumplimiento de publicidad. d) Transparencia y procedimientos de adjudicación. e) Introducción de transparencia en el contrato menor. f) Criterios objetivos de la licitación. g) Rendición de cuentas. 7. REGULACIÓN Y LÍMITE DE LOS MODIFICADOS CONTRACTUALES PARA EVITAR LOS SOBRECOSTES. 8. CREACIÓN DE UN ORGANISMO INDEPENDIENTE DE CONTROL Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN. 9. IMPULSO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS COMO HERRAMIENTA DE TRANSPARENCIA. 10. LOS PACTOS DE INTEGRIDAD COMO REFUERZO SOCIAL. 11. SIMPLIFICACIÓN NORMATIVA: HACIA UN CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS.

I. INTRODUCCION

Son muchos los elementos de reflexión sobre la regeneración y calidad democrática para poder aportar soluciones al problema de la corrupción (me remito, a la obra colectiva, *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016)². En los estudios sociológicos del CIS la corrupción, después del problema del desempleo, es la principal preocupación de los españoles. Y si tenemos en cuenta el último estudio sobre percepción de la corrupción de Transparencia Internacional, se explica esta preocupación, pues España ha empeorado su situación en el ranking mundial sobre esta cuestión. Las noticias en los medios de comunicación sobre los distintos casos de corrupción son el reflejo de una situación que, por ordinaria que pueda parecer, resulta injustificable en una democracia. Los efectos de la corrupción son evidentes, tanto desde una perspectiva de ineficiencia en la gestión de fondos públicos como de pérdida de competencia entre empresas. La Unión Europea viene insistiendo en esta idea y es abiertamente combativa contra los supuestos de corrupción. Por ello, desde las Instituciones europeas se insiste en la necesidad de una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad.

Pero 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 ciudadana³. Ello sin contar con los problemas reputacionales para la «marca España» que retraen inversiones y apoyos financieros. En suma, en un contexto de restricciones presupuestarias y crisis económica, la corrupción presenta su rostro más dañino, pues esta mala utilización de los recursos obliga a recortes en las políticas públicas más características del Estado social –educación, sanidad, servicios sociales, etc.– y agrava las desigualdades sociales. Y todo ello, en su conjunto, cuestiona la propia legitimidad democrática de nuestro Estado en tanto se extiende la idea de que la respuesta a las demandas sociales es inequitativa.

No es tiempo para el conformismo. Es necesario superar el estado de indolencia o resignación para, de forma decidida, corregir el problema de la corrupción en España. La lógica de un Derecho Público garantista moderno, vinculado al derecho a una buena administración⁴, aconseja reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido⁵.

² En relación a la situación y prevención de la corrupción en la contratación pública me remito a mi estudio en dicha obra: “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, pp. 246-300.

³ Vid. Elisenda 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.

⁴ Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Sobre el significado del derecho a una buena administración, por todos, J. PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001 y J. TORNOS MAS, *El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública*, libro Homenaje al profesor L. Martín-Retortillo, Zaragoza, 2008, pp. 629 a 641.

⁵ 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 libro colectivo *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015, pp. 149-212).

Por supuesto, se debe avanzar en un nuevo modelo de gobernanza pública que impulse la necesaria regeneración democrática –y de ejemplaridad y ética pública en las actuaciones de los poderes públicos–⁶, que permitan asentar nuestro sistema institucional público⁷ (y aquí, el efecto didáctico de cómo funcionan y se financian y rinden cuentas los partidos políticos es de especial interés, pues en nuestro sistema político resulta indiscutible su liderazgo social y de transformación).

De hecho, el Informe Anticorrupción de la Unión Europea 2014 anima a los Estados miembros a mantener una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad en la Unión Europea⁸.

La corrupción en España, como ha explicado M. VILLORIA, no es extensiva, sino que, es intensiva en ciertos sectores y, muy especialmente, en la contratación pública pues es el mercado de los contratos públicos, por su impacto económico, es donde existen «mayores tentaciones» y ofrecen más oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público⁹. Una de las principales razones que explican el avance de estas prácticas se encuentra en el elevado volumen de recursos que moviliza la contratación del sector público, cercano al 20 por ciento del PIB¹⁰. En España hemos tenido –y todavía tenemos– demasiados casos en los medios de comunicación y en los juzgados como para dejar de preocuparnos¹¹.

Por ello querría delimitar este trabajo en explicar la importancia de los principios de integridad y de transparencia en la contratación pública y de realizar una serie de propuestas de mejora, a modo de decálogo, que se deberían incluir en la legislación de contratación pública en España con el objetivo de favorecer la transparencia y la integridad.

⁶ Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo Javier GOMÁ, en su obra *Ejemplaridad pública*, Taurus, 2009. También el estudio de J. MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2002.

⁷ No puede desconocerse el dato de que nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo.

⁸ Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE presentado por la Comisión (3 de febrero de 2014): <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>. El informe consta de: I. Introducción; II. resultados de la encuesta Eurobarómetro 2013; III. un capítulo horizontal sobre tendencias de corrupción y conclusiones; IV. un capítulo transversal centrado en la contratación pública; V. Anexo sobre metodología; VI. Capítulos nacionales que se recogen en Anexos para cada Estado miembro, completado con futuras medidas y seguimiento. El aspecto más destacado del Informe 2014 es la especie de vademécum que proporciona de prácticas contrarias a la integridad, lo que permitirá reaccionar, prevenir y poner solución a los problemas que plantean. Aquel consta materialmente de dos partes. La primera de ellas realiza una visión global de la corrupción, mientras que la segunda se dedica específicamente a la contratación pública. Ese estudio se acompaña de un análisis singularizado para cada Estado, que en caso español es el Anexo 9.

⁹ M. VILLORIA MENDIETA, “Principales rasgos y características de la corrupción en España”, en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 47-66.

¹⁰ Estudio de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*. Madrid, INAP, 2010. En la doctrina pueden consultarse: J. M. GIMENO FELIU, “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2010, núm. 147, pp. 517-535; T. MEDINA ARZAIZ, “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 299-344; ibídem, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, núm. 7.382, Sección Doctrina, 16 de abril de 2010. A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; R. RIVERO ORTEGA, “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana”, en el libro colectivo *Corrupción y delincuencia económica* (coord. por Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós) 2008, Universidad Santo Tomás (USTA), pp. 169-192; y B. ARIEL REZZOAGLI, *Corrupción y Contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Editorial Ratio legis, 2005. Resultan de interés las reflexiones de J. VAZQUEZ MATILLA, “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública”, Observatorio de la Contratación Pública, http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem_detalle/id.80/chk.7d9fb65e7d35bd7a933a591d1c145585, y de A. F. MADARIAGA VENEGAS, “Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública”, en *obcp.es* (21 de octubre de 2013).

¹¹ Los nombres de las muy variadas causas de corrupción vinculadas a contratos públicos son bien conocidas en nuestro país por la mayoría de los ciudadanos como si de personajes mediáticos se tratase: operaciones «Púnica», «Enredadera», «Mercurio», «Gürtel», «Palma Arena», «ITV en Cataluña», caso «Bárceñas», «Acuamed», o la reciente operación «Lezo», etc. Pero aunque según datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2013, los casos de corrupción han aumentado un 49,5% desde el 2007, año en que empezó la crisis, ya eran muchos los precedentes (podemos recordar como paradigma la contratación realizada en el conocido caso Roldan, con las comisiones por construcción de cuarteles de la Guardia Civil). Sin embargo, el Tribunal de Cuentas de la UE (Informe 10/2015) ha señalado a España, junto a Francia, como únicos países que no comunicaron una sola irregularidad en materia de contratación pública a la OLAF entre 2007 y 2013. Sobre la medición de datos en la corrupción resulta de interés el estudio de C. TARIN, “La medición de la corrupción en España: los datos objetivos”, en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 67-82.

II. IMPORTANCIA DE LA INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA. SU ESPECIAL SIGNIFICADO EN LA CONTRATACION PUBLICA

La contratación pública en España, bajo la argumentación de que existe «mucha burocracia» y hay que ser «ágil», se ha caracterizado por un déficit de transparencia (y de concurrencia) como regla general. La arquitectura jurídica de nuestra legislación de contratos desde 2007 contenía, a modo de caballo de Troya contra los principios de transparencia, integridad y buen gobierno, ciertas previsiones normativas que han amparado la opacidad y, por ende, prácticas clientelares muy alejadas de los principios inherentes a la contratación pública y, también a la actuación administrativa.

Existen (y han existido) prácticas contrarias al principio de integridad, y su carácter «estructural» (de distinta «intensidad», y efectos, es cierto) en la gestión de los contratos públicos¹². Prácticas que se encuentra muy vinculado a la ausencia de transparencia¹³.

De hecho la organización Transparencia Internacional afirma que «la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial»¹⁴.

Asimismo, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que «el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea», e insta a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, merced a los «efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior»¹⁵.

En un reciente estudio de *The Economist* (“Procurement spending: Rigging the bids”, *The Economist*, Nov 19th 2016), se insiste en esta idea. Se aporta como dato que en 2006 el 17% de los contratos públicos publicados en el *Tenders Electronic Daily* (TED) recibieron sólo una oferta. Sin embargo, lejos de mejorar esta cifra, en 2015 dicho porcentaje había llegado al 30% y la media de ofertas por contrato había bajado de 5 a 3. Siguiendo con los datos obtenidos del TED, en los países ricos de Europa concurren una media de 6 licitadores a los contratos de valor inferior a 10 millones de euros, mientras que a aquellos cuyo valor asciende a 40 o 50 millones de euros concurren solo cuatro. Son muchos los motivos que producen este tipo de resultados, pero la mayoría de ellos tiene como telón de fondo la corrupción. En España, según datos de la Comisión europea, la mitad de los contratos públicos solo tienen un único licitador.

En el estudio publicado por *The Economist* se habla, por ejemplo de la *soft-corruption*, que implica una manipulación de los contratos para conseguir favorecer a algunos de los licitadores sin llevar a cabo actuaciones propiamente ilegales. Se menciona por ejemplo el caso de Eslovenia, donde el 50% de los contratos publicados en la semana de Navidad reciben sólo una oferta, o un caso de Eslovaquia cuyo Ministerio de obras públicas publicó en 2007 un contrato por valor de 120 millones de euros cofinanciado por la Unión Europea sólo en un tablón de anuncios de un pasillo del propio ministerio. Otras estrategias utilizadas para

¹² Vid. J. M. GIMENO FELIU, “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 246-300 y 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.

¹³ R. KLITGAARD, define con una simple ecuación el gran problema de la corrupción: $C = M + A - T$. C es Corrupción, M Monopolio, A Arbitrariedad y T Transparencia. Cuanto menor la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción. *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Buenos Aires, Ed. Sudamerica, 1994, pp. 10 y ss. Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción. Si se añade a esto, el dato de un marco normativo complejo (o disperso, o muy cambiante), como ya sucedido en urbanismo o contratación pública, es fácil entender el elevado índice de corrupción en España.

¹⁴ http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas.

¹⁵ Apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7_TA (2010) 0155 (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011).

llevar a cabo la soft-corruption y destacadas en el mencionado estudio son rechazar ofertas por errores tipográficos o cobrar cientos de euros para descargar documentos cruciales de la licitación.

No puede olvidarse que uno de los graves efectos de la corrupción provocada por la falta de competencia es la ineficiencia en la gestión de los fondos públicos (llámese gasto público o inversión, según cuál se entienda que es su función). Según un Informe de 2015 de la CNMC¹⁶, la ausencia de presión concurrencial puede originar desviaciones medias, al alza, del 25% del presupuesto de la contratación pública. En España, a nivel agregado, esto podría implicar hasta un 4,6% del PIB anual, aproximadamente 47.500 millones de euros/año.

El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 10 de 2015, relativo a la Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión, recuerda que la política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación a la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema. En este entorno, 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 corrupción¹⁷.

El escenario expuesto no puede resultar indiferente para quienes gestionan o controlan la contratación pública, por lo que parece oportuno reflexionar sobre los puntos críticos de nuestra legislación de contratos públicos, que, pese a su extensión y detalle, ha fracasado en el objetivo de prevención de la corrupción¹⁸. Los efectos nocivos de la corrupción que se manifiestan claramente en el ámbito económico ya que suponen o comportan claras ineficiencias en la compra pública¹⁹. Pero igualmente inciden a nivel social y político hasta el extremo de cuestionarse la legitimidad democrática de las instituciones públicas. Y mucho menos en España, donde 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 que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, advierte que en nuestro país existe una «falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes (que) obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública»; así como una ausencia de efectiva transparencia dada la «baja tasa de publicación de los anuncios de contratos», el correlativo abuso de procedimiento negociado sin publicación previa y las adjudicaciones directas. Finalmente, denuncia que «la 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 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».

Todo ello, entiende el Consejo de la Unión Europea, hace que nuestra contratación pública sea ineficiente, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española. Y, en esta situación, el artículo 1.6 de la Decisión del Consejo dispone literalmente lo siguiente: «España debe establecer un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación»²⁰.

¹⁶ PRO/CNMC/001/15, "Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia", 29 pp., página 6. El informe fue aprobado en reunión de 5 de febrero de 2015.

¹⁷ No en vano, en los Informes anuales de GRECO del Consejo de Europa (*Group of States against Corruption*), se viene insistiendo en la «poca intensidad» de las medidas que se adoptan con el comportamiento anticorruptivo español, quejándose principalmente de la poca eficacia de la persecución. En efecto, la persistencia de la corrupción, como los demás fenómenos delictivos, no se debe necesariamente a la falta de legislación al respecto; se trata de saber si lo que falla es la (inexistencia de) normativa o su falta de aplicación.

¹⁸ Por mucho que el fenómeno de la corrupción sea muy antiguo. Basta recordar la celebre frase de Cicerón expuesta para defender la acusación contra el pretor de Sicilia Gaio Licinio Verre, acusado de corrupción y apropiación indebida (Verrem, 70 a.C, Actio Prima, I, 4): «Nihil esse tam sanctum quod non violari, nihil tam munitum quod non expugnari pecunia posset».

¹⁹ Sirva de ejemplo el reciente el informe de Ernst & Young, *La crisis del sistema de contratación pública de infraestructuras en España. Razones para el cambio y 25 propuestas de actuación* (mayo de 2017), que tiene como objetivo promover un entorno jurídico estable y adecuado en la materia. El informe, identifica los problemas actuales de la contratación pública y advierte que la falta de transparencia y la corrupción están paralizando la inversión pública y dificultando la reactivación económica.

²⁰ El Informe España 2017 de la Comisión Europea incorpora también interesantes reflexiones sobre la debilidad de la contratación pública en España. El Informe alaba la recuperación económica española, pero advirtiendo que en las recomendaciones concretas

En ese contexto, la necesaria transposición de las Directivas europeas de contratación pública son una oportunidad para «rearmar» nuestro modelo de contratación pública desde la lógica de los principios de eficiencia, transparencia y buena administración, y evitar ineficaces soluciones formales²¹.

La tramitación del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público debe servir para evitar la pérdida de una nueva oportunidad para avanzar en un modelo que atienda a la buena administración contractual.

III. PROPUESTAS DE MEJORA DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PUBLICOS

Pese al actual contexto, donde la percepción ciudadana de corrupción es muy elevada, la opción del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por Consejo de Ministros el 26 de noviembre de 2016), exige, en mi opinión una mejora cualitativa desde la lógica de la mayor integridad y regeneración democrática²². Son varias las medidas para mejorar el texto, desde la perspectiva de mayor transparencia y de prevención de la corrupción²³:

1. Los partidos políticos deben aplicar la legislación de contratos del sector público

No puede olvidarse que los partidos políticos son instituciones fundamentales del Estado de Derecho, lo que explica que nuestra Constitución, en su Título Preliminar, les conceda una particular posición y relieve por la importancia decisiva a desempeñar en las modernas democracias pluralistas (STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 1), por la trascendencia política de sus funciones (concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular) y por servir de cauce fundamental para la participación política (STC 10/1983, de 21 de febrero de 1983, FJ 3, posteriormente reiterada en la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 5).

Sin embargo, al tratarse formalmente de asociaciones privadas y necesitar captar recursos para cumplir sus funciones, en la financiación de los partidos políticos concurren unas circunstancias especiales, que han facilitado la utilización de prácticas ilegales para captar fondos. Esto es debido, principalmente, a tres motivos: a) ausencia de transparencia efectiva sobre la captación de dichos fondos y de justificación de los gastos; b) ausencia de regulación de la influencia lobista en la toma de decisiones de los partidos políticos, muy especialmente cuando tienen acción de gobierno, y c) indebida utilización de la contratación pública

hechas en 2016 se aprecia poco progreso, en concreto en el ámbito de la contratación pública. De hecho, son estas ineficiencias de la contratación pública las que reducen el impacto de las medidas propuestas (y llevadas a cabo en un 87%) del informe CORA. Además estas debilidades de la contratación pública dificultan lograr la eficiencia en el gasto público en todos los niveles de Gobierno y no fomentan la observancia de la legalidad vigente.

El informe advierte que España carece de una política de Contratación Pública a nivel nacional que garantice la competencia y la transparencia. La principal crítica es que no hay un organismo a nivel nacional que se encargue de asegurar la eficiencia y el cumplimiento de la legalidad vigente de una manera uniforme en todo el país. De hecho hay regulaciones autonómicas que podrían ser contrarias a los principios de la ley, lo que supone un gran obstáculo a la inversión por parte de las empresas. Éstas se encuentran también con las barreras de largos periodos de pago por la Administración, eternos procedimientos judiciales, así como altos costes económicos y dilaciones en la concesión de permisos. Los principales problemas sobre los que se advierte son: la falta de coordinación, aunque sí es cierto que se ha potenciado la utilización de la Plataforma de Contratos del Sector Público; la insuficiencia de los mecanismos de control, ya que aunque los Tribunales de Contratación como órgano especializado para resolver los recursos se ha demostrado como un sistema muy eficiente, sólo pueden entrar a conocer si un operador económico interesado alega una infracción de la normativa de contratación; la falta de transparencia y la escasa utilización de la compra centralizada. Y advierte que en el PLCSP no hay suficientes controles ex ante.

²¹ No parece suficiente la amenaza del Octavo infierno al que están condenados los «estafadores y los fraudulentos», según Dante ALIGHIERI (en su obra *La Divina Comedia*, en la primera de las tres cánticas, “El Infierno”). La experiencia práctica en España y los numerosos casos de corrupción evidencian el fracaso de un modelo muy formal pero nada garantista con el interés público.

²² Me remito a mis trabajos “Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, REDA núm. 182, 2017, pp. 181-221 y “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.

²³ 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.

como instrumento de fidelización de redes clientelares y de captación, mediante comisiones ilegales, de fondos para financiar actividades políticas.

Y aquí, el efecto didáctico de cómo funcionan, se financian y rinden cuentas los partidos políticos es especialmente relevante, pues en nuestro sistema político resulta indiscutible su liderazgo social y de transformación.

El sometimiento de los partidos políticos a la normativa y principios de la contratación pública es, por lo demás obligada si se analizan las Directivas europeas de contratación pública de 2014. Y ello porque cumplen, con carácter general, con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJUE: personalidad jurídica propia, actividad de interés general y financiación pública mayoritaria. Únicamente partiendo de la consideración de los partidos políticos como «poderes adjudicadores» tiene sentido plantearse otras cuestiones que evoca la excepción a la aplicación de la Directiva 2014/24/UE que contempla su artículo 10, y que guardan relación con el alcance de la misma. A este respecto debe indicarse que la exclusión se refiere a «contratos celebrados en el marco de una campaña electoral», de lo cual cabe inferir que, fuera de ese contexto, la celebración de los contratos de servicios relacionados en dicho precepto (servicios de campañas de publicidad, así como la producción de películas de propaganda y la producción de videocintas de propaganda) y por supuesto, el resto de contratos no quedaría excluida de la aplicación de la Directiva. La excepción puede tener sentido debido a que el tiempo que duran esas campañas electorales viene legalmente determinado, resultando incompatibles los plazos de campaña con los plazos mínimos que para la presentación de ofertas o solicitudes de participación se contemplan, en función de cada procedimiento, en las propuestas de Directiva, además de tener unas características que por su relación con la ideología que se plasma en el programa político, pueden merecer un tratamiento excepcional.

Esta «publicación» de la actividad contractual es necesaria tanto para conocer las necesidades de obras, servicios y suministros de los partidos políticos, así como para la selección de los proveedores en régimen de concurrencia, lo que dificultaría actuaciones irregulares en la financiación indirecta de los partidos políticos (de hecho, se ha incluido en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, aunque con matices). Pero, además, tendría un importante efecto didáctico o de ejemplaridad ante la sociedad civil que, por sí mismo, justifica la necesidad de la medida. Asimismo, como ineludible medida de regeneración democrática convendría extender las exigencias de los programas de *compliance* empresarial –que es más que cumplimiento legal, dado que al concepto clásico de Derecho positivo (*hard law*), se añade el cumplimiento ético, la responsabilidad social corporativa, etc. (*soft law*)– al organigrama gerencial de estas organizaciones, lo que permitiría detectar y evitar casos de financiación ilegal, contrataciones fraudulentas, supuestos de sobornos, etc.²⁴. Lo que exigiría regular la figura del *chief compliance officer* responsable de la misma. Y dentro de ese programa de *compliance* debería regularse la incidencia de los grupos lobistas, entendiendo al respecto cualquier comunicación directa o indirecta con agentes públicos, decisores públicos o representantes políticos con la finalidad de influenciar la toma de decisión pública, desarrollada por o en nombre de un grupo organizado²⁵.

2. Impulso a la profesionalización y capacitación en la contratación pública

Un problema muy importante es la «contaminación política» que puede afectar a la planificación, programación, decisión de adjudicación y vigilancia del cumplimiento del contrato. Esa contaminación ha favorecido las prácticas irregulares en los casos de corrupción detectados, por la clara interrelación entre la autoridad administrativa y la organización del partido político. La profesionalización de la contratación pública puede ser una barrera a la posibilidad de redes clientelares o de «confusión de intereses políticos».

La profesionalización –que se propugna en el ámbito de la UE– se refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación. Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición «pasiva» y lanzarse a actuar en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión

²⁴ J. J. QUERALT, «Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas», *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 2, 2016.

²⁵ Como destacan A. REVUELTA y M. VILLORIA, los lobistas pueden ser no sólo lobistas profesionales (intermediadores de intereses), sino también representantes del sector privado dedicados a esta labor desde sus empresas (*in-house lobbyists*), consultores de relaciones públicas, representantes de ONG, corporaciones, asociaciones industriales y profesionales, sindicatos, think tanks, despachos de abogados, organizaciones religiosas y académicas.

de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación)²⁶. 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 impidan²⁷. 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 definida²⁸. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad y reconducir prácticas irregulares de financiación de los partidos políticos. Esta necesidad de profesionalización no incluye solo el sentido de mayor cualificación, sino que implica la re-delimitación de las funciones de políticos y alta función pública (fue clave en Italia tras el fenómeno *anticorrupción Manos Limpias*). Al político, definición de objetivos y control de resultados. Al manager o alto funcionario, diseño del contrato y seguimiento. Claro, también es necesaria una mayor cualificación y, por tanto, mejor status (retribuciones, reconocimiento e independencia).

Como ejemplo de la profesionalización, debe quedar claro que la composición de la mesa de contratación, como órgano de asesoramiento técnico, impide que participen cargos políticos. Y en todo expediente de licitación, en especial los de concesión o de importe elevado, debe existir con carácter habilitante un informe detallado de conveniencia financiera suscrito por funcionarios.

Además, como necesario complemento a la profesionalización debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos²⁹. Pero esta nueva visión «ética» (y de profesionalización) no solo corresponde a los poderes adjudicadores. El sector empresarial debe dar un paso al frente. Lo advierte C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, al postular la idoneidad de adaptar los programas de cumplimiento «anti-corrupción» al ámbito de público, apuntando «una exigencia legal futura para la contratación pública». El autor entiende que la experiencia norteamericana parece conducir indefectiblemente a la necesidad de que cualquier empresa que desee contratar con la administración pública debería instaurar de manera efectiva un programa de cumplimiento «anti-corrupción» como exigencia legal³⁰. Sin duda, la prevención ética es una cuestión exigible a todas las partes de la contratación pública³¹.

²⁶ J. M. GIMENO FELIU, "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad", en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

²⁷ Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>. También A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 192-198.

²⁸ A. SANMARTIN MORA, "La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea", 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. También 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. 38 y ss.

²⁹ Por todos, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2014 (2.ª ed.). También A. SABAN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

³⁰ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programas «anti-corrupción» como exigencias legales de contratación pública", en libro colectivo *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, dirigido por Mario GARCÉS SANAGUSTIN y Alberto PALOMAR OLMEDA, Aranzadi, Cizur Menor, 2013. Gómez-Jara recuerda que desde el año 2008, la Administración estadounidense exige a los grandes contratistas revisar sus procedimientos internos de control y auditoría, así como de denuncias, en términos de diligencia debida (Due Diligence) sobre conductas ilegales de fraude, cohecho o cualquier otro tipo de actividad ilícita detectados en el seno de su empresa: «Esta regulación, especialmente la obligatoriedad de denuncia, han dado un vuelco significativo al panorama anterior, de tal manera que las denuncias de los propios contratistas están comenzando a fluir hacia las autoridades públicas. Más aún, el hecho de que los tribunales están considerando que la certificación que expresa la inexistencia de conductas ilícitas cuando el contratista debía estar al tanto de las mismas, constituye una falsedad documental que es perseguible por las autoridades». Parece el momento de evaluar esta propuesta en aras a la consecución efectiva del principio de integridad en la contratación pública.

³¹ A modo de ejemplo, puede referenciarse el Código de principios y conductas recomendables en la contratación pública. Aprobado por Acuerdo de Gobierno de Cataluña el 1 de julio de 2014. Con la finalidad de contribuir a la excelencia en la actuación administrativa en el ámbito de la contratación pública, la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha recogido en este código los fundamentos y las buenas prácticas que ya tienen integrados en su tarea diaria los departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y las entidades que forman parte de su sector público, incorporando nuevos contenidos para la determinación de las conductas y las recomendaciones que contiene, las cuales también provienen de aportaciones procedentes del Grupo de Tra-

3. Uniformidad de reglas jurídicas para todos los poderes adjudicadores

El actual sistema dual normativo español de la contratación pública en función de que se trate de contratos armonizados o no armonizados (dependiendo de si superan o no el importe fijado como «umbral de armonización» en la Unión Europea), junto con la distinción entre entes que son Administración pública, frente a quienes adoptan formas privadas aunque se financien con fondos públicos o estén sometidos a control público (fundaciones, empresas públicas, etc.), a los que se dota de un régimen de contratación «flexible», siempre que no sean contratos con sujeción europea, ha llevado a la proliferación de entes públicos con forma privada para poder contratar con «comodidad». Esto, en la práctica, conlleva la inaplicación de las previsiones y principios de la contratación pública.

La «deslegalización procedimental» mediante Instrucciones internas en el caso de poderes adjudicadores no Administración pública, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, ya que ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos. Dicha situación ha introducido, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica que en última instancia pueden conducir a una fragmentación del mercado, la cual favorece, a su vez, que aparezcan prácticas de naturaleza clientelar, que impiden el efectivo funcionamiento –por inadecuada concurrencia– de las economías de escala, lo que limita el principal objetivo de la reforma introducida por la Ley de Unidad de Mercado. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación³². Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública (más de diez mil), per se, conlleva tal dispersión de reglas distintas (de difícil localización, por lo demás) que hace inviable que los licitadores puedan conocer los distintos procedimientos, y conduce a un mercado «cerrado» claramente ineficiente y alejado del objetivo de efectiva transparencia³³. A la vez se altera la distribución de competencias administrativas y el control del poder decisorio diluyendo la garantía y esencia de los intereses públicos.

En ese «océano proceloso» de entes diversos la confusión jurídica ha permitido, quizá sin pretenderlo, la proliferación de redes clientelares y de prácticas que han podido facilitar la captación de financiación ilegal que se ha derivado, directa o indirectamente a las organizaciones políticas.

En todo caso, cualquier ente considerado como medio propio (en tanto cumpla las exigencias auto-organizativas que justifica su creación), serán, en todo caso, poder adjudicador, sin que sea posible, mediante la «forma jurídica» huir de las reglas de la contratación pública³⁴.

bajo para el impulso y la mejora de los procesos de contratación pública, constituido en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la Oficina Antifraude de Cataluña, de la Autoridad Catalana de la Competencia, del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local de Cataluña, así como de organizaciones empresariales o sindicales. Con el Código, se quiere consolidar la ética en la contratación como parte de la cultura y los valores de los órganos de contratación. Las buenas prácticas contractuales contenidas en el Código se estructuran en los siguientes apartados: a) La determinación de los principios y de los valores éticos centrales que deben presidir la contratación pública; b) La identificación de determinadas conductas de utilidad para conformar una guía de actuación ante múltiples posibles circunstancias reales concretas; c) La concreción de prácticas contractuales especialmente convenientes y d) La concienciación, la formación y el seguimiento del compromiso ético.

³² Sobre esta patología (auténtico «caballo de Troya»), vid. J. M. GIMENO FELIU, «La corrupción en la contratación pública...», ob. cit., pp. 258-263 y B. NOGUERA DE LA MUELA, «La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español», en libro homenaje al profesor L. Cosculluela, *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas*, Lustel, Madrid 2015, pp. 948-950.

³³ Nos encontramos así ante una barrera de entrada para nuevos operadores económicos que introduce, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica, que pueden conducir a la postre a un mercado «cautivo», que potencia la compra del «cercano» e impide el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad, por cuanto la actividad contractual realizada por los entes instrumentales no es en modo alguno residual, tanto por el número de entes existentes en la actualidad, como por el volumen de los contratos que realizan. Insiste en esta desproporción y el consiguiente descontrol E. MONTOYA MARTIN, «Exigencias derivadas del buen gobierno y la buena administración como prevención y lucha contra la corrupción en el sector público local», en libro col. *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 217-227.

³⁴ Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios (el caso MERCASA), en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016, Tribunal de Contratos Públicos de Madrid. Doctrina extensible a cualquier medio propio por exigencia del Derecho europeo, tal y como se argumenta en las Conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, presentadas el 27 de abril de 2017 (Asunto C567/15 UAB «LitSpecMet» se analizan los requisitos para la consideración de una entidad como poder adjudicador y, en especial, la configuración que al respecto debe hacerse de una entidad que sea calificada como medio propio. Y su conclusión es que «una sociedad cuya vinculación material y funcional con

Urge, por tanto, una reforma que unifique el régimen normativo de todas las entidades contratantes en lo relativo a los procedimientos de adjudicación y de control, con indiferencia de su naturaleza o no de Administración pública y del importe del contrato. Uniformidad jurídica que puede igualmente extenderse al régimen jurídico de los contratos, pues la causa de interés público que justifica un régimen exorbitante se encuentra en todos ellos, al margen de la naturaleza, pública o privada, del ente contratante³⁵.

4. Extensión del recurso especial en contratación pública al margen del importe y adecuación de su objeto

Para corregir el problema de la corrupción en la contratación pública no basta con una regulación reaccional de carácter penal (mediante la tipificación como ilícita de la información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos³⁶), que, siendo necesaria, no es suficiente³⁷. Como bien advirtiera D. KAUFMANN, la corrupción no se combate combatiendo la corrupción³⁸. El derecho penal es la última ratio del Estado de Derecho³⁹. Es necesaria una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil (mediante planes preventivos de la corrupción). Un ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan «reparar y corregir» de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como «generador o facilitador» de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos (de hecho, esta dualidad según importe, podría ser inconstitucional, tal y como, para un caso análogo, como ha recordado S. DIEZ⁴⁰, declaró el Tribunal Constitucional Austriaco en la sentencia de 30 de noviembre de 2000).

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, se recorta en la formación para una necesaria profesionalización (garantía de independencia), o se flexibilizan reglas jurídicas a través de entes con forma privada para eludir los principios públicos inherentes a la buena administración. La visión presupuestaria del gasto se utiliza para impedir medidas que son en todo caso inversión tanto en la lógica de la eficiencia económica (sobre lo que existen estudios de la Unión Europea muy elocuentes) como en lógica de la calidad democrática⁴¹.

un poder adjudicador justifica la excepción in house para sus operaciones internas, está sometida a aquellas Directivas cuando contrata con terceros obras, suministros o servicios, a fin de cumplir la encomienda que le hubiera confiado el poder adjudicador».

³⁵ Los principios de la contratación pública deben desplegar sus efectos al margen del importe del contrato. Argumento utilizado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 84/2015, de 30 de abril, al afirmar que los principios europeos de la contratación pública despliegan efectos también en contratos no cubiertos (en este caso, servicios públicos, que, hasta 2014, eran contratos excluidos). En esta línea conviene recordar la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de abril de 2015, SC Enterprise Focused Solutions, en el asunto C-278/14.

³⁶ Interesa el libro colectivo dirigido por A. CASTRO y P. OTERO, *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Dykinson, Madrid, 2016.

³⁷ La ciudadanía «exige» esta depuración de responsabilidades penales, pero lo importante es evitar que las conductas patológicas se produzcan. Sobre la responsabilidad penal y administrativa de empresas resulta de interés en estudio de S. BACIGALUPO y J. LIZCANO, *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas*, ed. Programa EUROsocial, Colección Estudios, núm. 1, 2013, en delitos relacionados con la corrupción.

³⁸ D. KAUFMANN, “Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción”, *Revista Finanzas&Desarrollo*, septiembre de 2005, pp. 41-43.

³⁹ Como bien recuerda S. BACIGALUPO, que insiste en la idea de la prevención. “Prevención de la corrupción en los negocios y en el sector público: buen gobierno y transparencia”, en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., p. 436. Sobre la respuesta penal en contratación pública resulta de interés el trabajo de J. J. QUERALT, “Aspectos penales de la corrupción pública”, en libro colectivo coordinado por V. LAPUENTE, *La corrupción en España. Un Paseo por el lado oscuro de la democracia y el Gobierno*, Alianza Ensayo, Madrid, 2016, pp. 118 ss.

⁴⁰ S. DIEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, pp. 310-312.

⁴¹ 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 auto-

Así, la no extensión del recurso especial a cualquier contrato con indiferencia de su importe y su limitación a los contratos de importe armonizado con carácter exclusivo, impide corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública. Preservar la transparencia en la contratación pública es una necesidad, que debe «protegerse» con 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 Administración (como ha recordado la STJUE de 6 de octubre, de 2015, Orizzonte Salute, C- 61/14). Principio exigible en cualquier tipo de contrato público al margen de su importe sin que resulte admisible una interpretación «relajada» por tal circunstancia. Habilitar un escenario de no control eficaz en vía administrativa para los contratos no armonizados es un error desde la perspectiva del derecho a una buena administración. Y justificar la no extensión desde motivos presupuestarios es un error pues un buen y efectivo control es una inversión (y no un gasto)⁴².

Asimismo, interesa destacar la necesaria ampliación del objeto del recurso especial, que debe incluir también los actos relativos a la ejecución del contrato y, en especial, las modificaciones contractuales, la cuestiones de subcontratación y la resolución del contrato o concesión. Se trata de una exigencia de la Directiva europea de recursos (89/665, modificada por la Directiva 2007/66), cuyo ámbito de aplicación tiene ya efecto directo (como acaba de reconocer 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).

5. Refuerzo de la arquitectura del recurso especial y de los órganos de recursos contractuales

La novedad del nuevo recurso especial y de los «tribunales administrativos», tras la puesta en funcionamiento y más de cinco años de «recorrido», puede ser calificada como de relevante tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica (ventajas que ha destacado el profesor J. SANTAMARIA PASTOR⁴³). Ha permitido actuar preventivamente y ha avanzado en seguridad y predecibilidad jurídica⁴⁴. Lo que le ha

ridades contratantes representando por lo general entre el 0,4 % y el 0,6 % 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 % 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.

⁴² Me remito a mi estudio “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, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

⁴³ Lo explica de forma muy clara en su monografía *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial, pp. 48-64. La opción ha sido, no obstante, cuestionada por S. DE LA SIERRA (“Un legislador impertinente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública”, *REDA*, núm. 149, 2011, pp. 107-1.089) o A. SERRANO PASCUAL (“La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, rev. 12/2011, 1539), al considerar que no se cumple con las reglas de la Directiva 2007/66, que exigen que el nombramiento del presidente recaiga en jurista con estatus equivalente al de juez, lo que no concurre, en su opinión, en el sistema español. Opinión que no comparto, por formalista, y entiendo que no hay infracción en tanto la persona reúna las cualidades y estatus propio de la función jurisdiccional. Por el contrario, entiendo ajustada a la Directiva 2007/66 esta regulación M. A. BERNAL BLAY, quien recuerda que el TJUE ya ha aplicado estos parámetros –STJUE de 4 de febrero de 1999, Köllensperger, apartado 29– admitiendo como válidos órganos administrativos en donde actuara en calidad de Presidente «una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos». “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, *REDA*, núm. 160, 2013, pp. 190-213.

⁴⁴ Esta opinión favorable es también defendida por P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, en libro colectivo dirigido por D. SORACE, *Amministrazioni Pubbliche dei contratti*, Ed. Scientifica, Nápoles, 2013, pp. 371-373: «...estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se está comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato». También por M. A. BERNAL BLAY, que destaca la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la auctoritas de su doctrina. “Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011”, en libro colectivo *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331. De especial interés también el artículo de P. VALCARCEL FERNANDEZ “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración”, libro colectivo *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, Madrid, 2016, pp. 233-290.

supuesto, mediante la STJUE de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14 la consideración de estos órganos de recursos contractuales la consideración de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE, en tanto concurren las notas de carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción⁴⁵.

En todo caso, existen ciertas debilidades que deberían corregirse para reforzar el correcto funcionamiento del recurso especial⁴⁶.

a) Ampliación de la legitimación para impugnar

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. La legitimación para poder recurrir debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos. En el recurso especial puede ser oportuna la acción pública, pues la contratación pública guarda directa relación con el derecho a una buena administración⁴⁷.

b) Estructura independiente y planta cerrada de los órganos administrativos de recursos contractuales.

La articulación práctica en España pone de manifiesto ciertas disfunciones, en tanto la planta autonómica de estos Tribunales administrativos, a fecha de hoy no está cerrada, generando asimetrías poco compatibles con el principio de seguridad jurídica⁴⁸. Y la extensión –a mi juicio sin justificación legal– al ámbito local genera indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo⁴⁹. Es necesario determinar 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 colegialidad⁵⁰. 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. En el diseño de esta

⁴⁵ E. HERNAEZ SALGUERO, ya había defendido este carácter «cuasijurisdiccional». “El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 28, 28 de junio de 2013, p. 88. Igualmente, M. J. SANTIAGO, “Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro”, *Revista Auditoría Pública*, núm. 66, 2015, pp. 105-118. Este reconocimiento de órgano jurisdiccional a efectos del derecho comunitario, tiene especial consecuencia en lo relativo al obligado cumplimiento de sus Acuerdos o resoluciones, que tiene el carácter de ejecutivos y ejecutorios. Aspecto sobre el que interesa dar cuenta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014, en el recurso de casación núm. 3.014/2013 (asunto de la Privatización Aguas Ter-Llobregat en Cataluña).

⁴⁶ En extenso me remito a mi estudio “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, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

⁴⁷ J. PONCE, “La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local”, en *Anuario de Derecho Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 136-137. Esta vinculación de la contratación pública al derecho a una buena administración fue expresamente advertida en el Acuerdo 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

⁴⁸ J. COLAS TENA (“La justicia administrativa en materia contractual: el sistema de recursos y las nuevas directivas de contratación pública”, en Blog. Centro Investigación Justicia Administrativa, de 5 de diciembre de 2014) ha advertido al respecto que «No estaría de más, y en primer lugar, reconsiderar el proceloso piélago de la planta y estructura de los órganos administrativos que conocen de los recursos en materia contractual, que recuerda el baúl de la Piquer –hay de todo–, hay órganos de todo tipo y alcance: unos son monocráticos, otros colegiados; hay uno que se dice Central, y verdad es que está en centro del territorio español, que conoce ex lege y por convenio; otros son autonómicos, también abundan los de carácter local, hay algún territorio en blanco (ni tiene órgano ni convenio); y anidan también órganos de similar naturaleza y función en alguna sedes parlamentarias, bajo el paraguas de la autonomía parlamentaria. En fin, sin entrar ahora en tema tan delicado, digo que esta variopinta amalgama orgánica no termina de encajar bien con el sistema de recursos de las prescripciones de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 –por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo–.»

⁴⁹ Igualmente, P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Organos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, ob. cit., p. 373.

⁵⁰ Es también necesaria una reflexión sobre el modelo de compatibilidad de los miembros del Tribunal. 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.

planta conviene decidir cual es la «mejor» ubicación de estos órganos de recursos contractuales, y evitar también la percepción de excesivos elementos de control (que pueden generar también cierta diferencia de criterios). 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 en los Órganos de Control Externo, como sección independiente. Se solucionaría 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 artículo 237 TFUE y facilitaría la planta 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). Se reforzaría, en definitiva, la percepción de independencia, y permitiría reorientar la función del control externo hacia un rol más ejecutivo y también completo.

c) Refuerzo de las notas de independencia

El carácter de órgano no judicial, vinculado a la organización pública, viene a poner en cuestión la nota de independencia (derivada de nuestra tradicional configuración de los recursos administrativos como prerrogativas de la Administración⁵¹). Para ello, parece conveniente que deba recogerse la obligación de colegialidad, como elemento esencial de independencia. Y, también, avanzar en la profesionalización del tribunal administrativo. Es momento de reflexionar sobre el modelo de compatibilidad de los miembros del Tribunal (Aragón o Navarra). 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 objetividad⁵².

d) Dotación presupuestaria suficiente

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

⁵¹ La doctrina administrativa viene insistiendo en la necesidad de repensar el modelo de justicia administrativa y su fundamento y función (por todos, J. BERMEJO VERA, «La resolución extrajudicial de conflictos», en libro colectivo *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, ob. cit., pp. 149-21). Como bien ha destacado el Profesor J. M. BAÑO LEON, 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». «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español», en libro colectivo *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016, p. 669. Igualmente, el profesor J. TORMOS MAS ha defendido, desde la experiencia del derecho comparado, defensa del sistema de recursos administrativos planteados ante órganos administrativos independientes, como complemento al sistema de recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y como alternativa más eficaz que las vías de la mediación, conciliación o arbitraje «Los órganos administrativos independientes de resolución de recursos administrativos. La Proportionate Dispute Resolution», libro colectivo *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, 2016, ISBN 978-84-7351-528-5, págs. 622-631. También favorable a este modelo, E. MALARET, «Hacia un modelo de justicia administrativa dual: tribunales administrativos y jurisdicción contencioso-administrativa: Justicia administrativa: instituciones administrativas e instancias jurisdiccionales, una perspectiva necesariamente de conjunto del control de la actividad administrativa», en libro colectivo dirigido por J. Argudo *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, INAP 2016, pp. 43-78.

⁵² Vid. N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, «La organización, ¿el caballo de Troya de la independencia de los tribunales administrativos de contratación?», *Actualidad Administrativa*, núm. 3, Sección Actividad económica de la Administración, Marzo 2017, Editorial Wolters Kluwer. Este autor critica dos aspectos: Por un lado, la falta de exclusividad de los miembros de estos órganos que permite que desempeñen estas funciones funcionarios en activo en puestos de trabajo de la Administración controlada sin un estatuto especial de independencia, con lo cual una misma persona se somete a dos regímenes funcionariales en cada función bien distintos. Con ello, la imparcialidad como equidistancia del órgano queda obviamente en entredicho hasta el punto de que cabría preguntarse si esos órganos son reconocibles como los órganos independientes que postula la Directiva de Recursos. Otro cuestionamiento a la independencia, más sutil, en cuanto se puede argüir que no afecta a quienes ostentan las funciones decisorias en el órgano independiente, es la utilización de funcionarios que desempeñan sus funciones en la Administración controlada como letrados del Tribunal, asignándoles la elaboración de las ponencias. Ciertamente, esta figura no es reconducible a ninguno de los supuestos de letrados de tribunales cuya presencia activa en sus labores no compromete su independencia precisamente por su dependencia del órgano independiente, sino de la propia Administración que es parte en los procedimientos seguidos ante el mismo.

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 público⁵³.

6. Diseño de una transparencia efectiva tanto a nivel de concurrencia como de rendición de cuentas

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 gobernanza⁵⁴). 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 cuentas⁵⁵. Hay que «dar luz» a ciertas prácticas, con el fin de avanzar en la idea de integridad en la contratación pública⁵⁶.

Y son varias las estrategias a adoptar 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, 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 el correcto ejercicio del derecho a una buena administración.

⁵³ 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 % y el 0,6 % 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 % 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ J. M. GIMENO FELIU, “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.

⁵⁶ Me remito a mi trabajo “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 71-77 y los trabajos de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública”, en el libro *Por el Derecho y la libertad*, vol. II. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, Iustel, Madrid, 2014, págs. 1.901 a 1.931 y de A. SANMARTIN 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 libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, ob. cit., pp. 81-122.

b) Claridad y difusión correcta de la información en las licitaciones

Resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (STJUE de 16 de septiembre de 2013, Comisión contra Reino de España). La obligación de transparencia implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, que constituye su corolario, lo que tiene por objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador (STJUE de 2 de junio de 2016, Pippo Pizzo).

c) Nulidad por incumplimiento de publicidad

Sin efectiva transparencia no hay concurrencia y sin información accesible por todos los licitadores, no hay transparencia. Por ello, la obligación de publicar en la Plataforma de Contratos de Sector Público debe ir acompañada de la consecuencia de nulidad por su no cumplimiento al infringirse un trámite esencial de toda licitación pública. Solo así se puede corregir una situación como la actual donde, pese al carácter obligatorio, no se cumple esta obligación legal.

d) Transparencia y procedimientos de adjudicación

Muchas de las patologías de corrupción en la contratación pública aparecen en esta fase de elección de procedimiento y de fijación de criterios de adjudicación. Por ello, una primera medida a adoptar es que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate. 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 a esta cuestión conviene advertir que debe vigilarse el posible fraude en la elección de este procedimiento al forzar como desierto una licitación previa. Al quedar desierto se puede utilizar la opción del artículo 170 c) TRLCSP, 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. La Recomendación 1/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón analiza la incidencia de la Directiva de contratación pública de 2014 en este procedimiento. Así, el artículo 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).

e) Introducción de transparencia en el contrato menor

Es, sin duda, un acierto la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, en tanto ha sido utilizado de forma indebida y ha sido un instrumento de opacidad. Sin embargo, se mantiene la figura del contrato menor y sus cuantías, cuando su práctica y abusiva utilización (en muchas ocasiones como contratación directa) aconseja, cuando menos, cierta exigencia de publicidad para que exista competencia así como al fijación de un importe global máximo a favor de un mismo licitador. Hay que prestar atención a un uso “intensivo”, en tanto que puede esconder prácticas de fragmentación del contrato para eludir los procedimientos más transparentes y competitivos. La justificación de agilidad no puede eludir el principio de mayor eficiencia de los fondos públicos y de prevención de la corrupción. Ante una práctica irregular de uso manifiestamente indebido del contrato menor, la legislación debería prever algún sistema sancionador.

f) Criterios objetivos de la licitación

Conviene insistir en la necesidad de que los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJUE de 4 de diciembre de 2003 (EVN y Wienstrom), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores. En todo caso, en su aplicación, deberá analizarse la existencia de prácticas calificadas como *red flags*, tales como que exista un único licitador (criterio aplicado por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 60/2015, de 15 de mayo), que podrán justificar la anulación de la licitación.

Debe, además, exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato. En resumen, la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo que supone –dato de especial relevancia– que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 17 de diciembre de 2002, Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, ti. EAC srl; y el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). Tras la ponderación fijada para cada criterio, hay que precisar mediante conceptos métricos el peso relativo que, en la valoración global de la oferta, se asigna a cada uno de los criterios de adjudicación fijados a fin de que las valoraciones parciales –efectuadas a la luz de cada uno de ellos– puedan ser agregadas aritméticamente, de manera exacta, transparente y controlable. Por ello, en su concreta aplicación para la asignación de la puntuación, debe preservarse que no se altera indebidamente el sistema de valoración diseñado por el órgano de contratación, pues se corre el riesgo de incurrir en discriminación y falta efectiva de transparencia, tal y como ha recordado la Sentencia TJUE de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06).

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 Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 60/2015, de 15 de mayo), 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 indubitada, como bien advirtiera la STJUE 24 enero 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 coeficien-

tes 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 administración⁵⁷.

Así, la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento, indicados en el pliego, y exigida por el artículo 150 TRLCSP, 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 artículo 1 TRLCSP, 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.

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 de septiembre de 2014 (Recurso Casación 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.

g) Rendición de cuentas

La transparencia en la contratación pública, además de fomentar la concurrencia y la eficiencia, debe servir como instrumento de rendición de cuentas⁵⁸. A tal efecto el artículo 8 de la Ley 19/2013, de Transparencia obliga a que el portal de transparencia contractual contenga información sobre todo contrato público –y todo contrato patrimonial– al margen de su importe y tipo. 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.

⁵⁷ Por todos, Acuerdos del TACPA 5/2011, de 16 de mayo, 23/2011, de 3 de octubre, o 126/2016, de 29 de diciembre.

⁵⁸ P. VALCARCEL FERNANDEZ, "Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública", en libro homenaje al profesor Juan Santamaría Pastor, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1901-1931. También B. NOGUERA DE LA MUELA, "La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español", en libro homenaje al profesor L. Cosculluela, *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 948-957, y A. SANMARTIN MORA, "Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno", *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 81-122.

Y, por ello, en tanto que permite «dar luz» a ciertas prácticas, debe servir de avance en la idea de integridad en la contratación pública⁵⁹.

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 ciento), y que determinadas empresas contratan habitualmente solo con ciertas Entidades contratantes⁶⁰.

7. Regulación y límite de los modificados contractuales para evitar los sobrecostes

La cuestión de la modificación contractual en España es todavía una cuestión no resuelta⁶¹. Y, frente a cierta idea extendida de que con contratos públicos –principalmente de infraestructuras y concesiones– «están vivos» y necesitan reajustarse a las nuevas circunstancias, en muchos casos la modificación sirve para «corregir» la falta de diligencia o capacitación del gestor, o para adjudicar directamente nuevas prestaciones, a precios elevados a contratistas predeterminados⁶². Una lectura en la prensa diaria nos da razón de la intensidad de estos supuestos (Caso Palma Arena, Noos, Acuamed, etc.), que tienen importantes efectos de «ineficiencia»⁶³. Pero, frente a la idea de la inevitabilidad de los modificados (y consiguientes sobrecostes) lo cierto es que, en esencia, un contrato bien diseñado y planificado, a la vista del progreso técnico, no puede estar sometido a la inercia de la regla de la modificación del contrato. Y así lo entiende en otros países⁶⁴.

En España, lejos de reconducirse la situación, las empresas siguen «presionando» para que se reconozca como algo ordinario la modificación de contratos o los «complementarios» (con los ineludibles sobrecostes) argumentado en el principio del interés público. El día 26 de abril de 2015 se daba la noticia en la prensa de que «Las constructoras amenazan con parar el nuevo AVE si Fomento no reconoce los sobrecostes». Sobrecostes que se cifran en 500 millones de euros. Y, según se indicaba, la respuesta del

⁵⁹ Como recuerda E. GUICHOT, la frase del Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Louis Brandeis, 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. «Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción», en libro colectivo *La Corrupción en España*, ob. cit., pp. 141-143.

⁶⁰ 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://contrataciondeestado.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).

⁶¹ Sobre esta cuestión se insiste en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las «Amenazas y obstáculos al Mercado Único» (2017/C 125/01), publicado en DOUE el 21 de abril de 2017. Así, advierten de que «Una y otra vez, los ganadores son licitadores que actúan de manera desleal reduciendo los costes de sus ofertas por debajo de un precio justo y utilizando subcontratistas poco fiables. Posteriormente suele haber costes derivados, que superan el precio de la segunda o tercera mejor oferta».

⁶² Lo que altera, por sí, los principios de la contratación pública. Por todos, J. J., PARDO GARCÍA-VALDECASAS, «El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual», en libro colectivo *La contratación Pública: problemas actuales*, CANO CAMPOS/BILBAO ALEXIADES (coords.), Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013.

⁶³ Sobre el régimen y fundamento de la modificación contractual, por todos, los trabajos de I. GALLEGO CORCOLES, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167, J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015 y J. M. GIMENO FELIU, «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público», libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, 2016, Cizur Menor, pp. 31-138.

⁶⁴ Sirva de ejemplo lo acontecido con la construcción (ampliación) del canal de Panamá. La ampliación del Canal de Panamá ha sido uno de los proyectos constructivos más importantes de los últimos tiempos. Como bien ha explicado F. HERNANDEZ GONZALEZ, tanto su adjudicación como su ejecución se han visto rodeadas de una intensa polémica, que tuvo su punto álgido en febrero de 2014 al suspender el contratista la ejecución de las obras, ante el incumplimiento de la obligación de mantener el equilibrio económico del contrato por parte del administrador del Canal. El presente trabajo explica las circunstancias que rodean este conflicto, centrando el análisis en las causas y en las consecuencias de las modificaciones contractuales y en el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones. Se trata de un viejo problema al que se enfrentan todos los sistemas de contratación pública. Como bien explica este autor, de este extraordinario caso se pueden extraer enseñanzas válidas para otros ordenamientos jurídico. «La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional», *RAP* núm. 194, 2014, pp. 475-508.

Ministerio de Fomento es que «No va a suceder. No haremos modificados sin justificación suficiente. Presión tenemos, pero para no repetir los errores del pasado» (en referencia a los problemas judiciales derivados de los sobrecostes de 1.713 millones de euros registrados en el AVE Madrid-Barcelona).

La experiencia en torno a la práctica de los modificados en España pone de relieve, por tanto, que no nos encontramos ante una mera cuestión dogmática, y que tiene importantes repercusiones, cuando menos, en el plano económico-presupuestario (y en las reglas y principios que inspiran la licitación pública)⁶⁵. Lo advierte bien M. GARCÉS SANAGUSTIN, quien destaca que las malas prácticas y abusos de esta potestad han tenido, además de un efecto perverso sobre las reglas de la licitación, un claro impacto presupuestario al no abonarse las certificaciones correspondientes en proyectos con financiación europea por considerar las autoridades comunitarias que se incumplían los principios inherentes a la contratación pública⁶⁶.

La posibilidad de libre modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública –frente a la actual situación que obliga con indiferencia del importe– aventura una nueva etapa de descontrol en los sobrecostes y, también, un incentivo a crear entes instrumentales para alejarse del control y reglas públicas. Esto explica que una de las principales «puertas» de la corrupción en España, haya sido la generosa interpretación del derecho a modificar los contratos, no solo por imprevisibilidad, sino por nuevas necesidades o conveniencias políticas, alterando el precio final hasta en porcentajes de más de 200 por cien.

La decisión del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de «facilitar» la modificación contractual en contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública, aun con los límites de control cuando se supera el veinte por ciento en los supuestos no previstos, supone un claro «retroceso» en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción. Por ello, debería ser objeto de replanteamiento, optando por las mismas reglas y régimen de control para cualquier tipo de modificación contractual, pues lo que está en juego es la eficiencia y el derecho a una buena administración⁶⁷.

Por lo demás, 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.

Además, 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 efectuada⁶⁸.

8. Creación de un organismo independiente de control y supervisión de la contratación pública y de prevención de la corrupción

Para reforzar el control preventivo en la corrupción en la contratación pública es necesario repensar la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas, que debe ser «completada» mediante un refuerzo de sus potestades, que permitan la investigación de oficio en cualquier momento y con posibilidad de suspender procedimientos⁶⁹. Incluso, como ya se ha dicho, convendría residenciar en estos órganos la función de los tribunales de recursos contractuales (como sección independiente).

⁶⁵ Sobre la evolución y situación de la práctica de los modificados, resulta de interés la reciente monografía de J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 63-100.

⁶⁶ M. GARCÉS SANAGUSTIN, «El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos», libro colectivo *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 68. La práctica de las modificaciones en España acredita una clara «patología» que pervierte todo el sistema de la contratación pública y sus principios. Basta con examinar los Informes del Tribunal de Cuentas para constatar esta valoración (por todos el Informe 942 «Fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2008 por las Entidades del sector público estatal sometidas a la legislación de contratos de las administraciones públicas»).

⁶⁷ J. M. GIMENO FELIU, «Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», *REDA*, núm. 182, 2017, pp. 181-221.

⁶⁸ Vid. J. L. MEILAN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, ob. cit., p. 243. También BAÑO LEON, «Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos», *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 142-145.

⁶⁹ Sin duda puede ser una importante herramienta función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. Vid. A. PEÑA OCHOA, «El nuevo rol de los organismos de

Asimismo, es posible complementar este nuevo rol de los OCEX con la opción organizativa de Agencias de Lucha antifraude, de revisión de ciertas competencias de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, y, en su caso, con la creación de autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos (con competencias de supervisión y sanción). Pero para adoptar la decisión conviene un análisis de necesidad y conveniencia sobre la idoneidad del papel a desempeñar por cada uno, para evitar tanto una «sobrecarga» innecesaria de control como de competencia indebida entre ellos. En todo caso, la arquitectura jurídica de fiscalización en materia de corrupción en la contratación pública debería, en mi opinión, residenciarse en un único organismo de supervisión con una estructura y régimen que preservase la necesaria independencia⁷⁰. Asimismo, una importante herramienta a implantar serían los planes de prevención de la corrupción que fijará y publicará los ejes estratégicos (opción ya utilizada por la Cámara de Cuentas de Galicia).

El proyecto LCSP prevé un nuevo sistema de gobernanza, del que deriva un nuevo rol de la Junta Consultiva Contratación Pública⁷¹. Sin embargo, parece más oportuno una estructura más ambiciosa y con más competencias ejecutivas para poder corregir las disfunciones en la contratación pública, donde las personas designadas cumplan estándares de independencia, capacitación y especialización⁷². De hecho, el artículo 36 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción realizada Nueva York el 31 de octubre de 2003 (Instrumento de Ratificación del Reino de España, de 9 de junio de 2006, publicado en BOE de 19 de julio de 2006) establece la obligación de que se disponga «de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley». Órganos que deben ser independientes y a los que deberá proporcionarse «formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones».

El modelo italiano de Agencia Nacional para prevención de la corrupción puede ser de interés⁷³. En Portugal, existe el Consejo para la Prevención de la Corrupción, que es un órgano administrativo independiente que trabaja «con» el Tribunal de Cuentas de Portugal para la prevención de la corrupción y los delitos conexos (art. 1.º da Lei n.º 54/2008).

En definitiva, el refuerzo de la fiscalización externa con carácter preventivo permite varias opciones⁷⁴. Pero, al margen de la opción final, deberá evitarse, insistimos, una situación de «competencia» entre órganos de control que merme la eficacia del fin de mejor control preventivo. Y, principalmente, la «captura» del organismo regulador por el que se opte⁷⁵. Además, resulta imprescindible incorporar la recepción y respuesta a denuncias, pues la figura del denunciante o whistleblower en la tarea de estas agencias es ampliamente reconocida a nivel internacionales, por instituciones como Transparencia Internacional, la ONU, la OCDE o la Unión Europea⁷⁶.

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 administración⁷⁷.

control externo frente a la corrupción”, en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 83-108. En especial resulta de interés el estudio de J. A. FERNANDEZ ASEÑO, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

⁷⁰ La designación de sus miembros debe atender a la máxima cualificación para la función (con el criterio *talent attraction*), evitando la tentación de utilizar estos puestos en clave de reparto político o de puerta giratoria, pues debe evitarse la exposición al contagio de intereses (con el consiguiente conflicto), y se debe preservar una imagen institucional incuestionable (autoritas). Y aquí, insistimos, el argumento de gasto no puede debilitar la solución final. Vid. A. BETANCOR, “Puertas giratorias: regulación y control”, en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 182-184.

⁷¹ La Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, presentada al Congreso de los diputados en otoño de 2016, prevé la creación de una Autoridad Independiente para este ámbito. Puede consultarse el texto en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-33-1.PDF.

⁷² Muy interesantes las reflexiones de 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.

⁷³ Es el caso de Italia, que regula esta figura en su *Código de contratos públicos*. De interés el trabajo de S. TORRICELLI, “L’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia”, en libro colectivo coord. por Rafael FERNANDEZ ACEVEDO y Patricia VALCARCEL, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 493-509. La carencia de una agencia anticorrupción en España es una evidente carencia, tal y como también advierte A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, ob. cit., pp. 331-332.

⁷⁴ Sobre esta cuestión, mediante un estudio comparado de las Entidades Fiscalizadoras Superiores de los países de Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá, Francia, Alemania, Suecia y España resulta de interés el libro de P. JIMENEZ RIUS, *El control de los fondos públicos*. Propuestas de mejoras, Civitas, Cizur Menor, 2007.

⁷⁵ Sobre esta cuestión son de especial interés las reflexiones de J. GONZALEZ GARCIA, “Regulación y supervisión en sectores estratégicos económicos y corrupción”, libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 342-347.

⁷⁶ Vid., por todos, ROSE-ACKERMAN, S. y PALIFKA, B. J., *Corruption and Government*, segunda edición, Cambridge University Press, 2016, pp. 391 a 395.

⁷⁷ J. PONCE, “Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo”, ob. cit., p. 8 de su trabajo. Como advierte, la posible creación de oficinas de este tipo debe ser contextualizada en una estrategia global

9. Impulso de los medios electrónicos como herramienta de transparencia

La regla de la transparencia no es una formalidad y exige una implementación compatible con su finalidad. Son necesarios sistemas de información *on line* ágiles, accesibles, gratuitos y de alcance universal, que hagan posible que cualquier licitador pueda obtener información sobre una licitación que corrijan la actual situación que desincentiva presentar ofertas por entender que el procedimiento puede estar ya orientado hacia determinados licitadores. Los medios electrónicos y la transición hacia la compra pública electrónica, se manifiestan, en este contexto, como un eje de reforma irrenunciable. Solo así se puede avanzar en la línea de simplificación de trámites y ahorro de «costes» y fomento de las PYMEs en la contratación pública (para ello debe preverse un plazo donde sea obligatoria la utilización de medios electrónicos).

Los medios electrónicos y la transición hacia la compra pública electrónica, se manifiestan, en este contexto de mejora de la calidad democrática en la contratación pública, como un eje de reforma irrenunciable, si bien parece existir, como destaca M. CAÑO, cierta falta de visión⁷⁸. Lo que puede explicarse, como ha advertido M. RAZQUIN, por la lenta puesta en marcha de la administración electrónica⁷⁹. No son, por sí mismo, la solución a la corrupción, pero son un complemento de especial interés en tanto aporta transparencia y permite la evaluación de los procedimientos utilizados. Un buen ejemplo de su utilidad se contempla en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las «Amenazas y obstáculos al Mercado Único» (2017/C 125/01), publicado en DOUE el 21 de abril de 2017, al indicar que la introducción de un proceso de contratación electrónica debe crearse un mecanismo de recogida de datos estadísticos que permita identificar a los postores que presentan ofertas muy bajas y alentar a los responsables a comportarse de manera positiva. En el marco de la encuesta estadística, el precio de la mejor oferta y los costes reales posteriores incurridos deben registrarse a nivel central a fin de garantizar la transparencia en relación con cualquier posible sobrecoste. Las ofertas basadas en precios que no cumplan unos criterios mínimos establecidos con arreglo a las disposiciones y prácticas nacionales respectivas deben excluirse de la licitación para evitar una posible carrera por reducir los costes y los niveles de calidad.

En todo caso, la implementación electrónica de la contratación pública aconseja la mayor simplificación posible de la legislación y su adecuación con la implementación de la Administración electrónica.

10. Los pactos de Integridad como refuerzo social

Sin duda, los controles internos administrativos son pieza clave en la prevención de la corrupción. Sin embargo, la gestión de la Administración debe ser «validada» por la percepción ciudadana, y de la necesidad de avanzar en un nuevo modelo de gobernanza público más participativo, transparente y con vocación de rendición de cuentas. Por ello es importante avanzar en esta nueva cultura del control y de la regeneración democrática junto o en colaboración a la sociedad civil. Especial interés puede tener el programa que Transparencia Internacional que se articula sobre Pactos de Integridad con aquellas Administraciones Públicas, que quieren avanzar en un nuevo modelo de gobernanza⁸⁰. Los pactos de Integridad se caracterizan porque en los procedimientos administrativos más «sensibles» a la corrupción, expertos independiente «monitorizan» las distintas fases y actuaciones con el fin de ser un instrumento de «alerta temprana» así como de refuerzo de un nuevo modelo de actuar que haga de la «prevención de los casos de corrupción»

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.

⁷⁸ M. CAÑO, "La nueva contratación pública: cuadro para una exposición", <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.177/recategoria.121/re/menu.3/chk.4308fc461a71df71b1729e420f574f9b>. Sobre las posibilidades de la contratación electrónica resulta de interés la monografía de R. MARTINEZ RODRIGUEZ, *La contratación pública electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. El Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación electrónica en la UE (Documento COM 2010 (571) Final), publicado por la Comisión Europea en octubre de 2010 ha definido la contratación pública electrónica de forma general, incluyendo no sólo los procedimientos de contratación efectuados íntegramente por medios electrónicos (noción estricta) sino también la utilización de las TIC en cualquier fase de los procedimientos de contratación pública (noción amplia). Resulta de interés la Comunicación de la Comisión de 2013 titulada "Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública" (Documento COM (2013) 453 final).

⁷⁹ M. RAZQUIN LIZARRAGA, "La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales", *RAP*, núm. 186, 2011, p. 57.

⁸⁰ Vid. A. CERRILLO I MARTINEZ, "Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos", en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 200-201.

y la independencia del control una seña de identidad de nuestra democracia⁸¹. Al diseñar un Pacto de Integridad se deben considerar todos los riesgos en todas las fases de la contratación, desde la evaluación de necesidades, la preparación de pliegos, la selección del contratista, la adjudicación y suscripción del contrato, la ejecución del contrato, las modificaciones, pagos y contabilidad, la auditoría y clausura (cuando corresponda). Por otra parte, se debe contemplar un buen sistema de monitoreo independiente, sin perjuicio del que la Administración realice.

Estos pactos de integridad no son una duplicidad con la organización administrativa ni pretenden suplantarla o controlarla. Su función y finalidad es «validar socialmente» la correcta actuación pública y la ausencia de indicios de falta de objetividad o de contaminación clientelar. Los pactos son, en esencia, una figura de «observador civil cualificado» que ayuda a la Administración a detectar o laminar conflictos de intereses y que «exterioriza» hacia la ciudadanía la corrección de la actuación. En tiempos actuales de desconfianza, y de percepción de «contaminación» de intereses en las decisiones contractuales (aun siendo legales), los pactos de integridad vienen a ser «marca de calidad» de la Administración, con intención de recuperar la confianza y credibilidad de la sociedad. No hay solapamiento, sino complementariedad y refuerzo de la actuación ética de una Administración pública que quiere ser transparente y rendir cuentas desde la confianza en el modelo.

11. Simplificación normativa: hacia un Código de Contratos Públicos

La materia de los contratos públicos es, sin duda, de gran interés tanto en lo puramente dogmático como en sus repercusiones prácticas⁸². El «movimiento» de esta normativa en los últimos años es directa consecuencia de lo apuntado, aunque en España presenta efectos «perversos», por la falta de seguridad jurídica y de predictibilidad⁸³, que son un freno a la concurrencia y habilitan efectos que distorsionan los principios de eficacia y eficiencia⁸⁴. 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)⁸⁵.

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 (como ha sucedido con el TRLCSP, que es un paradigma de norma en «constante movimiento»). 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 Públicos⁸⁷.

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 Europea⁸⁶. Existe, en consecuencia, una «armonización» a

⁸¹ Sobre su funcionamiento puede consultarse el trabajo de E. ARRIBAS REYES, “Pactos de integridad: tres décadas de experiencias en Europa como ejemplo para su implementación en España”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 1, 2016.

⁸² Vid. J. M. GIMENO FELIU, “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 25-84.

⁸³ Por todos, J. A. SANTAMARIA PASTOR, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, *REDA*, núm. 159, 2013, pp. 25-38.

⁸⁴ Lo explica muy bien M. VAQUER CABALLERIA en su trabajo “Corrupción pública y ordenamiento jurídico”, en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. 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*, Civitas, Madrid, 2005.

⁸⁵ El carácter extenso del TRLCSP 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 viga, 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).

⁸⁶ Vid. J. M. GIMENO FELIU, “La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *REDA*, núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGU CORCOLES, “Las relaciones «contractuales» entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en libro colectivo dirigido por M. ALMEIDA e I. MARTIN, *La*

escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública (que exige una interpretación funcional (y no formal)⁸⁷, que permitiría avanzar en una legislación de contratos públicos jurídicamente «sostenible».

Todas estas medidas resultan ineludibles si se pretende una nueva arquitectura jurídica de la contratación pública cimentada sobre el principio de integridad⁸⁸ y sobre la máxima de una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, que permita explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos⁸⁹. El principio de transparencia, bien practicado, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada⁹⁰. Solo así, podremos avanzar en la nueva cultura del buen gobierno y poner en marcha, en palabras, del profesor Rothstein, *el Big-Bang* anticorrupción, que tanto necesita la sociedad española.

nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013, pp. 89-116. Más recientemente, el libro colectivo A. BENACHIO, M. COZZIO y F. TITOMANLIO) *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea*, tomo I, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici. Universidad de Trento, 2016.

⁸⁷ Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARIN (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...”, ob. cit., pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de «excluir» su aplicación.

⁸⁸ Me remito a mi trabajo “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105.

⁸⁹ La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública. Ya lo explicaba Platón –cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad– en el segundo libro de la *República*, expone el mito del pastor GIGES. (*República*, L. II, 359c-360d). En este mito se plantea el dilema moral del hombre, que en caso de poseer un anillo de invisibilidad que le brinda todo el poder para actuar en secreto y con total impunidad, va a actuar, desafortunadamente según muestra la experiencia general, en beneficio propio y de forma deshonesto e injusta.

⁹⁰ Vid. el excelente trabajo de J. M. MARTINEZ FERNANDEZ, *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.