

**EN BUSCA DE LA REGENERACIÓN, RENOVACIÓN O MEJORA DEL
COMPORTAMIENTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:
TRANSPARENCIA, LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, PROHIBICIONES
DE CONTRATAR. LA BUENA CONDUCTA EMPRESARIAL¹.**

**Dr. Miguel Ángel González Iglesias
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Salamanca**

I.- INTRODUCCIÓN II.- LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A NIVEL EUROPEO COMO MEDIO DE LUCHA CONTRA PRÁCTICAS CORRUPTAS 1.- La transparencia en la contratación pública europea como medio de lucha contra la corrupción 2.- Los objetivos complementarios para favorecer la transparencia como medio de lucha contra la corrupción en las directivas sobre contratación pública: la integridad de los procedimientos; la prevención de los conflictos de interés; la lucha contra el favoritismo y la corrupción; la exclusión de los licitadores deshonestos y la prevención de ventajas injustas 3.- Otros medios de implementación de la transparencia en las directivas: la contratación electrónica y la profesionalización de la contratación pública III.- LAS MEDIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EN FAVOR DE LA TRANSPARENCIA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017 1.- La transparencia en la Ley de Contratos del Sector Público 2.- Otros elementos que implementan la transparencia en la LCSP: el “nudge” y la contratación electrónica A.- El nudge como elemento de transparencia B.- Contratación electrónica y transparencia 3.- La lucha contra la corrupción en la LCSP A.- Las medidas contra la corrupción en la LCSP B.- La organización administrativa en materia de contratación del sector público como herramienta anticorrupción. Hacia la especialización o profesionalización en el ámbito de la contratación en el sector público C.- La información como elemento fiscalizador de la corrupción D.- El régimen de las prohibiciones de contratar en la LCSP: la buena conducta empresarial: a) El régimen de las prohibiciones de contratar b) La aprobación de códigos de conducta como medida complementaria para prevenir o evitar posibles actuaciones fraudulentas o corruptas E.- El recurso especial en materia de contratación como herramienta de control de la corrupción. IV.- BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCIÓN.

La política de la Unión Europea (UE, en adelante) en materia de contratación pública resulta un recurso, instrumento o elemento fundamental tanto en aras de la

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER2017-83864-R (“La sostenibilidad como idea rectora de las políticas públicas y de la prestación de servicios públicos para el bienestar de los ciudadanos”), del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, cuyo investigador principal ha sido el Prof. Tomás Quintana López, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León, y actualmente es el Prof. Dionisio Fernández de Gatta Sánchez, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.

consolidación del mercado interior como para que pueda lograrse, en dicho espacio, que el crecimiento, sea inteligente, sostenible e integrador, tal y como reza la Estrategia Europa 2020². Asimismo, con dicha política debería garantizarse la utilización más eficiente de los fondos públicos.

Más específicamente y, entre otras cuestiones, la normativa sobre contratación pública de la UE tiene por objeto el de garantizar el respeto de los principios y libertades fundamentales previstos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); a saber: la libre circulación de mercancías³ y de servicios⁴, la libertad de establecimiento⁵ y la libre prestación de servicios, ausencia de discriminación e igualdad de trato, proporcionalidad, transparencia y reconocimiento mutuo⁶. Todo ello con el objetivo de incrementar la competencia y los intercambios transfronterizos, dado de que ello se reflejaría en una mayor rentabilidad a los entes públicos y en un incremento de la productividad de las industrias proveedoras, mejorando, de otra parte, la participación y el acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) a dichos mercados⁷.

De otro lado, hemos de ser conscientes del trascendental impacto económico que el mercado de la contratación pública representa para la UE, dado que una parte muy relevante de la inversión pública en dicha zona se destina a la contratación pública⁸. Ante ello, los ciudadanos europeos esperan una equitativa compensación por los impuestos que satisfacen en forma de servicios públicos de alta calidad. Ahora bien, la manera de garantizarse la prestación de dichos servicios es mediante un planteamiento estratégico de la contratación, a través de procedimientos de contratación modernos y eficientes; es decir, por sistemas de contratación pública más transparentes, eficientes y responsables⁹.

Precisamente, en el año 2014, se aprobó la nueva generación de directivas sobre contratación pública¹⁰, que proporcionan un marco más flexible para la contratación, simplificando los procedimientos de contratación y mejorando el acceso de las PYMES a la misma. Entre sus objetivos más relevantes cabe citar el del logro de una mejor relación calidad-precio para el dinero público invertido, el proporcionarse mejores resultados para la consecución de objetivos sociales y medioambientales (lo que se

² COM (2010) 2020 final, de 3 de marzo de 2010; “Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

³ Art. 28 TFUE.

⁴ Art. 56 TFUE.

⁵ Art. 49 TFUE.

⁶ Arts. 18 y 53 TFUE.

⁷ Sobre ello, me remito al Informe Especial nº 10, elaborado por el Tribunal de Cuentas Europeo en el año 2015, que lleva por título: “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”. ISBN 978-92-872-2873-4.

⁸ En torno al 14% del PIB de la UE, según el dato recogido en la Comunicación de la Comisión: “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”, COM (2017) 572 final, de 3.10.2017.

⁹ Así lo expresaba ya la Estrategia para el Mercado Único de 2015: COM (2015) 550 final: “Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas”.

¹⁰ Estas son: la Directiva 2014/23/UE (concesiones); la 2014/24/UE (sobre contratación pública) y la 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, todas ellas de 26.02.2014; y publicadas en el DOUE de 28.03.2014. Precisamente, por abarcar de manera genérica a la contratación del sector público, nos referiremos fundamentalmente a la Directiva 2014/24/UE.

viene conociendo como contratación pública estratégica) y, cómo no, el aumento de la eficiencia del gasto público. Además, se introducen disposiciones más estrictas en materia de integridad y transparencia con el objetivo de luchar contra la corrupción y el fraude.

Así es, pues no podemos ni debemos olvidarnos que la contratación pública es la actividad pública más sujeta a derroche, fraude y corrupción debido a su complejidad, a la envergadura de los flujos financieros que genera y a la estrecha interacción entre los sectores público y privado¹¹.

Y es que la gran lacra y mancha de la corrupción; es decir, ese abuso de la función pública para la obtención de un beneficio propio¹², les resta a los Estados capacidad para generar un crecimiento inclusivo así como la posibilidad de reducir la pobreza; constituyéndose aquella -la corrupción- tanto en una fuerza que corroe y desvitaliza el sector empresarial como que provoca la disminución o atrofia del crecimiento económico nacional y, lo más trascendente, gangrena nuestra democracia como tal¹³.

Aunque este marco jurídico renovado que suponen las nuevas directivas se aplica, sin olvidar que la Directiva 2014/25/UE todavía no ha sido objeto de transposición en nuestro país, actualmente en el Reino de España como herramienta estratégica para el logro de objetivos de política social y ambientales sostenibles y la innovación, así como la simplificación de procedimientos y la apertura de la competencia y la transparencia e integridad en los contratos públicos, todavía nos quedan bastantes cosas por hacer para mitigar o disminuir en gran medida, ya que eliminar es prácticamente imposible, la corrupción.

Se aboga desde estas líneas por el fortalecimiento de las instituciones jurídicas, por la necesaria regulación o cumplimiento de las normas; por la profesionalización de los compradores públicos; por la reducción del número de personas “vigilando” o que están pendientes de los contratos; por la regulación adecuada de los conflictos de intereses; por la mejora del acceso a los mercados de contratación; por el aumento de la transparencia, la integridad y el acceso a mejores datos; por la exclusión y prohibición de contratar de aquellos licitadores que realicen prácticas corruptas; por la protección de

¹¹ Así lo manifestó ya la OCDE en: “Figthing corruption in the public sector: integrity in procurement” (“Lucha contra la corrupción en el sector público: integridad en la contratación pública”): www.oecd.org/gov/ethics/integrityinpublicprocurement.htm

¹² Así la ha definido, genéricamente, Cristine Lagarde, Directora Gerente del FMI, en el discurso impartido en la Brookings Institution, en Washington, DC, el día 18 de septiembre de 2017 (www.imf.org/es/News/Articles/2017/09/18/sp091817-adressing-corruption-with-clarity).

¹³ Señala José María Carrascal, en un artículo publicado en el diario ABC, el jueves, 21 de marzo de 2019, titulado: “¿Quo Vadis Europa?”, lo siguiente: “Resulta significativo que la crisis de Europa coincida con la crisis de la democracia. Ya Ortega habló de hiperdemocracia, una democracia hinchada artificialmente, que ha devenido en lo que hoy llaman democracia líquida, que, por el camino que vanos, pronto será gaseosa: todos piden al Estado lo máximo y le dan lo mínimo, la fórmula segura del fracaso”. Y añade: “...hemos asistido a un desprestigio de los políticos, como muestran los procesos contra ellos. Últimamente, la vía más rápida de hacerse rico ha sido manejar un presupuesto municipal, autonómico o nacional, lo que atrajo a la política a individuos que velaban más por sus intereses que por los generales. Que muchos de ellos estén en la cárcel, hayan estado o vayan a estar es flaco consuelo. Se trata de una práctica que hay que eliminar de raíz si no queremos que acabe con la democracia. La elección del personal tiene que ser rigurosa...”.

los denunciantes contra las posibles represalias; por la transformación digital de la contratación; pero también por una regeneración de nuestros comportamientos, de una buena conducta empresarial¹⁴, de una ética, de un comportamiento ejemplar¹⁵ ligada, en nuestro caso, al sector de la contratación pública.

En efecto, según una de las acepciones contempladas en el Diccionario de la Real Academia Española¹⁶, la palabra regenerar implica hacer que alguien abandone una conducta o unos hábitos reprobables para llevar una vida moral y físicamente ordenada. Así pues, para esa pretendida regeneración en el campo contractual público, la persona resulta fundamental. Lógicamente, es bueno tener un código ético, pero es más importante que todas y cada una de las personas afectadas o implicadas por el mismo, lo cumplan diariamente. O se asumen las conductas de esos códigos como un compromiso individual o no servirá más que para la apariencia, para la publicidad, para que los demás piensen que somos buenos¹⁷.

O en otros términos, la palabra ética se utiliza para designar las creencias, los principios, los valores, los códigos y la cultura de una organización; es decir, los rasgos morales de un determinado grupo de personas. Estos valores proporcionan los cimientos de las creencias; y toda organización duradera atesora en su núcleo un conjunto fundamental de principios –fe, esperanza y amor, libertad, igualdad, fraternidad, integridad, etc.-. Como todos sabemos, palabras valiosas como integridad, sacrificio, determinación, imaginación, innovación, colaboración, persistencia, responsabilidad y otras por el estilo, en abstracto, son y suenan muy potentes, pero pueden resultar vagas y dejarlas sin contenido si nos las trasladamos o las convertimos en hechos. El desafío consiste, pues, en hacerlas realidad, hacerlas parte de nuestra vida cotidiana¹⁸.

En definitiva, un uso adecuado de la contratación pública permitirá la consecución de objetivos sociales o medioambientales sostenibles, permite mejorar la competitividad y ayuda a las pymes a acceder a dicho mercado. Pero además, unos compradores públicos transparentes y profesionales serán capaces de forma eficiente y luchar contra la corrupción. Dedicaremos estas páginas, pues, al estudio de todos estos mecanismos, herramientas o recursos previstos en el cuerpo normativo que van de la mano para luchar contra esta lacra que emponzoña nuestra sociedad: la transparencia, la lucha contra la corrupción, las prohibiciones de contratar y la buena conducta empresarial.

¹⁴ Aquí resalta la aprobación de códigos éticos de conducta de asociaciones empresariales para guiar el comportamiento adecuado de los mismos, todo ello claro si uno acepta, se compromete fielmente al cumplimiento de los principios y deberes que se reflejan en los mismos, ya que si no, la aprobación de dichos códigos quedaría en papel mojado. Así destaca la aprobación reciente por parte de la Asociación Española de Directivos (asociaciondedirectivos.org) del: “Código y Normas de Conducta de los Directivos. La Ética y los Valores: el camino para la sostenibilidad, martes 2 de febrero de 2019.

¹⁵ Sobre ejemplaridad, me remito al libro de GOMÁ, J.: Ejemplaridad pública; Taurus, 2009. Sobre ejemplaridad. Ver, también, FERNÁNDEZ AJENJO, J.A.: Leyes de la corrupción y ejemplaridad pública; Amarante, 2019.

¹⁶ Me remito a la consulta de la palabra regenerar en la página web: dle.rae.es

¹⁷ Sobre ello, me remito al artículo publicado por Leopoldo Abadía, titulado: “La regeneración y los encargos”; https://blogs.elconfidencial.com/espana/desde-san-quirico/2019-03-22/la-regeneracion-y-los-encargos_1896398.

¹⁸ Sobre ello me remito al magnífico libro escrito por KERR, J.: Legado. 15 lecciones sobre liderazgo. Qué nos enseñan los All Blacks sobre la empresa de vivir; 1ª edic., ciudad autónoma de Buenos Aires; Deldragón, 2014, págs.12 y 13.

II.- LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A NIVEL EUROPEO COMO MEDIO DE LUCHA CONTRA PRÁCTICAS CORRUMPTAS.

1.- La transparencia en la contratación pública europea como medio de lucha contra la corrupción.

Desde hace tiempo se aboga claramente en la UE por el establecimiento de sistemas de contratación pública más transparentes, eficientes y responsables¹⁹, dado que unos compradores públicos transparentes y profesionales, se entiende, han de ser capaces de gastar de forma eficiente y luchar contra la corrupción²⁰.

Y es que los riesgos financieros en juego así como la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de la contratación pública un nicho expuesto a prácticas comerciales ilícitas; entre las que destacan: los conflictos de intereses, el favoritismo y la corrupción²¹.

Por ello, debe reclamarse como necesario el que se disponga de mecanismos eficaces que impidan el que se lleven a cabo prácticas comerciales ilícitas en la contratación pública y que garanticen tanto una competencia leal basada en condiciones equitativas como el buen uso del dinero público²² para, así, contribuir al éxito de la lucha global contra los delitos económicos.

¹⁹ Así se reconocía en la Estrategia para el Mercado Único de 2015: <https://ec.europa.eu/commission/priorities/jobs-growth-and-investment/investment-plan-es>.

²⁰ Sobre ello, me remito a la Comunicación de la Comisión: “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”; COM (2017) 572 final, de 3.10.2017; pág. 15.

Por otro lado, entendiéndolo ampliamente la corrupción como cualquier abuso de poder para la obtención de réditos privados (así, por ejemplo, se define en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, y en los instrumentos jurídicos de lucha contra la corrupción del Consejo de Europa, incluida la resolución 24 (97) sobre los veinte principios rectores de la lucha contra la corrupción y las recomendaciones n° R (2000) 10 sobre los códigos de conducta de los funcionarios públicos y n° R (2003) 4 sobre las normas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales) hemos de ser conscientes que aquella implica un perjuicio grave tanto para la sociedad como para la economía en su conjunto, debido a que la misma frena el desarrollo económico, socava la democracia y daña la justicia social y el Estado de Derecho. Además, compromete la buena gobernanza, la correcta gestión de los fondos públicos y la competitividad de los mercados, minando la confianza de los ciudadanos en las instituciones y los procesos democráticos.

Pues bien, según el Informe de la Comisión: “Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE”; COM (2014) 38 final, de 3.02.2014; pág.2: “Los Estados miembros de la UE disponen de la mayoría de los instrumentos jurídicos e instituciones necesarios para prevenir y luchar contra la corrupción. Sin embargo, los resultados no son satisfactorios en toda la UE. Las normas contra la corrupción no siempre se aplican enérgicamente, los problemas sistémicos no se abordan con la suficiente eficacia y las instituciones pertinentes no siempre tienen suficiente capacidad para hacer cumplir las normas. Las intenciones declaradas siguen estando demasiado alejadas de los resultados concretos, y a menudo parece faltar una verdadera voluntad política para erradicar la corrupción”. El diagnóstico, pues, no puede ser más preocupante. Por ello, según dicho Informe –pág.3-, conviene “...al interés común de la Unión Europea que todos los Estados miembros dispongan de políticas de lucha contra la corrupción eficaces y que la UE apoye a los Estados miembros en esta labor”.

²¹ Así se exponía claramente en el Libro Verde sobre la modernización de la política de la contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente: COM (2011) 15 final, de 27.01.2011; págs. 52 y 53. De igual manera, ya en el Programa de Estocolmo –documento 17024/09 del Consejo, adoptado por el Consejo Europeo de los días 10 y 11 de diciembre de 2009- se aludía a la contratación pública como un área que merece especial atención en el contexto de la lucha contra la corrupción.

²² Hemos de ser conscientes que según datos proporcionados en la Comunicación de la Comisión: “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”; COM (2017) 572 final, de 3.10.2017, pág.12, que, a su vez,

A ello contribuirá, notablemente, la transformación digital, la accesibilidad a la creciente abundancia de datos en general²³ así como la disponibilidad de normas de datos abiertos al poner a disposición de todos mejores oportunidades que ayudarán a la realización de mejores análisis con el objetivo de elaborar políticas basadas en las necesidades y que permitirán el diseño de sistemas de alerta que ayuden a identificar y combatir la corrupción en la contratación pública²⁴.

En efecto, debemos ser conscientes que la Estrategia de crecimiento de la UE conocida como Europa 2020, pretende el que se fomente en la zona una economía inteligente, sostenible e integradora, contribuyendo a que todos los Estados miembros generen altos niveles de empleo, productividad y cohesión social. Pues bien, el que se alcancen con éxito estos objetivos y, por lo tanto, el cumplimiento de dicha Estrategia dependerá también de factores institucionales, como la buena gobernanza, el Estado de Derecho y el control de la corrupción²⁵. Y, no debe obviarse que la contratación pública es un instrumento esencial para la consecución de los objetivos perseguidos por la Estrategia 2020²⁶.

Más específicamente, la nueva generación de directivas sobre contratación pública adoptadas en el año 2014 (como es conocido: la Directiva 2014/23/UE –concesiones-; la Directiva 2014/24/UE –sobre contratación pública- y, por último, la Directiva 2014/25/UE –contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía,

cita el Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE, de la Comisión; COM (2014) 38 final, de 3.02.2014, pág. 3, el coste de la corrupción sobre la economía de la UE asciende a 120.000 millones de euros al año. Y según un estudio realizado en 2013 (PWC y Ecorys para la Comisión Europea: “Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU –Development of a Methodology to estimate the direct costs of corruption and other elements for an EU- Evaluation Mechanism in the Area of Anti-Corruption, de 30 de junio de 2013, Price WaterhouseCoopers and Ecorys-. Disponible en: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and-studies/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf) los costes directos totales de la corrupción en la contratación pública de solo cinco sectores –carreteras y ferrocarriles, agua y residuos, construcción urbana y de servicios públicos, formación e investigación y desarrollo- en ocho Estados miembros de la UE oscilaron entre 1.400 millones de euros y 2.200 millones de euros.

²³ Los cuatro principios de la accesibilidad son: a) la perceptibilidad, en el sentido de que la información y los componentes de la interfaz de usuario deben presentarse a este de manera que pueda percibirlos; b) la operabilidad; es decir, que los componentes y la navegación de la interfaz de usuario deban poder utilizarse; c) la comprensibilidad; a saber: que la información y el mantenimiento de la interfaz de usuario deben ser comprensibles; y, d) la robustez, que implica que los contenidos deben ser suficientemente sólidos para poder ser interpretados de forma fiable por una gran variedad de agentes de usuario, incluidas las tecnologías de asistencia. Así se recogen estos principios en la Directiva UE 2016/2102, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público, DOUE L 327, de 2.12.2016.

Por otra parte, estos criterios de accesibilidad se traducen en criterios comprobables, como los que constituyen la base de la norma europea EN 301 549 V1.1.2 “Requisitos de accesibilidad adecuados para la contratación pública de productos y servicios TIC en Europa” (2015-04), mediante unas normas armonizadas y una metodología común para acreditar la conformidad de los contenidos de sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles con esos principios.

²⁴ Así se expresa en la Comunicación de la Comisión: “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”; COM (2017) 572 final, de 3.10.2017; pág. 12.

²⁵ Así se señala expresamente en el Informe de la Comisión: “Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE”; COM (2014) 38 final, de 3.02.2014; pág.3.

²⁶ Así se indica claramente en la Comunicación de la Comisión: “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”; COM (2017) 572 final, de 3.10.2017; pág. 3: “Con un gasto anual de aproximadamente el 14% del PIB de la UE, la contratación pública puede contribuir a afrontar muchos de los grandes retos de Europa, especialmente la consecución de un crecimiento sostenible y la creación de empleo. Puede permitir inversiones en la economía real y estimular la demanda para aumentar la competitividad basada en la innovación y en la digitalización... También puede promover la transición a una economía circular, eficiente en el uso de recursos y en el uso de la energía, y fomentar el desarrollo económico sostenible y sociedades más equitativas e inclusivas”.

los transportes y los servicios postales-; todas ellas de 26 de febrero de 2014), proporciona un marco más flexible para contratación, al simplificar los procedimientos de contratación pública y mejorar el acceso de las pymes a la contratación. En realidad, su objetivo genérico no es otro que el posibilitar la obtención de la mejor relación calidad-precio para el dinero público, proporcionar mejores resultados para los objetivos sociales y de otras políticas públicas, al tiempo que se aumenta la eficiencia del gasto público. Por último, las disposiciones más estrictas en materia de integridad y transparencia de las directivas persiguen como fin la lucha contra la corrupción y el fraude²⁷. En definitiva, las directivas sobre contratación pública ofrecen un abanico de posibilidades que permiten el avance hacia procedimientos de contratación pública exentos de corrupción y plenamente transparentes mediante, entre otras cuestiones, la introducción de la contratación pública electrónica²⁸, el fortalecimiento de las disposiciones sobre los conflictos de intereses –unas normas mínimas en la definición de los conflictos de intereses así como la obligación de los Estados miembros adopten medidas adecuadas para detectarlos, prevenirlos y abordarlos-²⁹ o la ampliación de los motivos de exclusión³⁰ con respecto a los licitadores³¹.

En resumen, el nuevo paquete de directivas tiene como finalidad principal, mediante la garantía del establecimiento de unos procedimientos transparentes y no discriminatorios, la de velar por el que los operadores económicos se beneficien, plenamente de las libertades fundamentales en materia de contratación pública –en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios- así como de los principios que se derivan de ellos –tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia³²-. Asimismo, en ellas se alude a la consecución de toda una serie de objetivos complementarios relativos a la integración en dicho marco de otras políticas, entre ellas, las de protección del medio ambiente, las políticas sociales o, la que más nos interesa: la lucha contra la corrupción y el favoritismo, así como su prevención³³.

2.- Los objetivos complementarios para favorecer la transparencia como medio de lucha contra la corrupción en las directivas sobre contratación pública: la integridad de los procedimientos; la prevención de los conflictos de interés; la lucha contra el favoritismo y la corrupción; la exclusión de los licitadores deshonestos y la prevención de ventajas injustas.

En lo que respecta a la integridad de los procedimientos, debe señalarse, como se ha avanzado ya, que los riesgos financieros existentes y la estrecha interacción entre los sectores público y privado convierten a la contratación pública en un sector expuesto a

²⁷ Considerando 126 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

²⁸ Considerandos 52, 53 y 80 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

²⁹ Considerando 16 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

³⁰ Considerandos 100 y 101 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

³¹ Sobre todas estas cuestiones incide expresamente la Comunicación de la Comisión: “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”; COM (2017) 572 final, de 3.10.2017; págs. 3, 12 y 13.

³² Considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

³³ Considerandos 2 y 126 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

prácticas comerciales ilícitas –tales como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción³⁴–, lo que exige el ponerse manos a la obra para combatirlos.

En efecto, el poder disponer de mecanismos eficaces que eviten dichas prácticas comerciales ilícitas en la contratación pública no solo resulta necesario para que se asegure una competencia leal basada en condiciones equitativas, sino también para garantizar el buen uso del dinero de los contribuyentes, además de que ello ayudará, también, al logro de la lucha global contra el delito económico.

Son, pues, los requisitos previstos en las Directivas sobre contratación pública en materia de transparencia del procedimiento y cuyo objetivo es garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores los que pretenden evitar o, al menos, reducir los riesgos que conllevan todo este tipo de prácticas³⁵.

En consecuencia, el incremento de las garantías procedimentales contra las prácticas comerciales ilícitas a nivel europeo mejorará el nivel común de protección contra ellas, al incrementarse la imparcialidad global de los procedimientos; lo que conllevará el que dichos procedimientos de contratación sean menos vulnerables al fraude y a la corrupción³⁶. Ahora bien, aunque estas garantías adicionales pueden conllevar nuevas cargas administrativas para compradores y empresas, deberían preverse mecanismos

³⁴ Señala categóricamente el Considerando 16 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, que: “Los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses”.

³⁵ Así, por ejemplo, el procedimiento de licitación con negociación debe ir acompañado de las salvaguardias adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia. En particular, los poderes adjudicadores deben indicar con antelación los requisitos mínimos que caracterizan la naturaleza del procedimiento, los cuales no pueden ser alterados en las negociaciones. Los criterios de adjudicación y su ponderación deben permanecer estables a lo largo de todo el procedimiento y no deben ser objeto de negociación, con vistas a garantizar la igualdad de trato para todos los operadores económicos. Además, los requisitos mínimos que ha de establecer el poder adjudicador constituyen las condiciones y características (en particular, físicas, funcionales y jurídicas) que toda oferta debe respetar o poseer, a fin de permitir al poder adjudicador adjudicar el contrato de conformidad con el criterio de adjudicación elegido. Precisamente, para garantizar la transparencia y la trazabilidad del proceso deberán documentarse de forma debida todas las fases del mismo. Ver considerando 45 y art. 29 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

O, de otro lado, cuando se señala que los poderes adjudicadores no deben utilizar las asociaciones para la innovación de tal manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. Considerando 49 y art. 31 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

Y cuando se establece que, en razón de los efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales objetivamente previstas. Ver art. 32 y considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

Por último, también nos señala el considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública que: “Para garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato en la adjudicación de los contratos, los poderes adjudicadores deben estar obligados a procurar la transparencia necesaria para permitir a todos los licitadores estar razonablemente informados de los criterios y modalidades que se aplicarán en la decisión relativa a la adjudicación del contrato...”.

³⁶ Específicamente, el considerando 126 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, nos recuerda que: “La trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y contra el fraude. Por ello, a fin de poder facilitar el acceso a los documentos de las partes interesadas, de conformidad con las normas aplicables en materia de acceso a documentos, los poderes adjudicadores deben guardar copias de los contratos de alto valor que hayan celebrado. Además, los elementos y decisiones esenciales de cada procedimiento de contratación deben quedar documentados en un informe relativo a la contratación...”.

para evitar que las mismas no incidan en el objetivo general de la simplificación de los procedimientos³⁷.

Por lo tanto, juega un papel clave para delimitar el ámbito en el que nos estamos moviendo el establecimiento de una definición común de situaciones de conflicto de intereses inaceptables, así como el establecimiento de algunas salvaguardias para prevenirlas o resolverlas; tales como la exigencia de declaraciones de ausencia de conflicto de intereses³⁸ y cierto grado de transparencia y rendición de cuentas por parte de los funcionarios responsables de la contratación con respecto a su situación personal, claro está dentro de un estricto cumplimiento de las normas y principios de protección de datos³⁹.

Así pues, en lo que respecta a la prevención de los conflictos de intereses, su noción resulta clave a la hora de saber o delimitar los comportamientos incluidos en la misma. En este sentido, el conflicto de intereses alude a cualquier situación en la que las personas que participan en la decisión de adjudicación de un contrato tienen obligaciones profesionales o personales o intereses personales, financieros o económicos contrapuestos que, de forma directa o indirecta, podrían hacer que les resultara difícil cumplir con su deber, de manera justa e imparcial, o en la que una persona está en condiciones de influir en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador para favorecer sus propios intereses⁴⁰. Evidentemente, este tipo de conflicto de intereses no implica necesariamente comportamientos corruptos pero sí puede dar lugar a ellos. Por ello, el localizar, detectar y resolver los conflictos de intereses resulta esencial como medio para la prevención del fraude⁴¹. Debe resaltarse que un conflicto

³⁷ Así se manifiesta, también, en el Libro Verde sobre la modernización de la política de la contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente: COM (2011) 15 final, de 27.01.2011; pág. 53. O, como nos recuerda el considerando 80 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública: “Para hacer más rápidos y eficientes los procedimientos, los plazos para la participación en procedimientos de contratación deben mantenerse tan breves como sea posible, sin crear obstáculos indebidos al acceso de los operadores económicos de todo el mercado interior...”.

³⁸ Para ello, se ha creado, entre otras cuestiones el Documento Europeo Único de Contratación que, a tenor del art. 59 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública: “1. En el momento de la presentación de las solicitudes de participación o las ofertas, los poderes adjudicadores aceptarán como prueba preliminar el documento europeo único de contratación, consistente en una declaración actualizada del interesado, en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros que confirmen que el operador económico en cuestión cumple las condiciones siguientes: a) no se encuentra en ninguna de las situaciones de exclusión o posible exclusión de los operadores económicos contempladas en el artículo 57” –que entre los motivos de exclusión previstos se citan a la corrupción o el fraude-.

³⁹ A ello van encaminadas las normas previstas en el Título VI de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública (arts. 83 a 86) que lleva por rúbrica: “Gobernanza”. En ellos se alude a que para garantizar una aplicación correcta y eficaz, los Estados miembros velarán por que al menos las funciones establecidas en el presente artículo – el 83- sean ejercidas por una o varias autoridades, organismos o estructuras competentes. Pues bien, los Estados miembros han de presentar a la Comisión, cada 3 años, un informe de supervisión que comprenda, si procede, información sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación. También, los Estados miembros han de presentar informes específicos sobre los procedimientos para la adjudicación de los contratos –art. 84-; informes nacionales e información estadística –art. 85-; así como prestar la necesaria cooperación administrativa –art. 86-.

⁴⁰ Ver, específicamente, el art. 24.2 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública. Además, el art. 26.1 de la misma señala que: “Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos”.

⁴¹ Señala con claridad el considerando 16 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, que: “Los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios...con el fin de evitar que los procedimientos de contratación

de intereses representa, ya de por sí, una irregularidad grave con independencia de las intenciones de la partes implicadas y de que estén actuando de buena o mala fe⁴².

En lo referente a la lucha contra el favoritismo y la corrupción, debemos ser conscientes que la contratación pública y, más en concreto, los proyectos de obras de grandes dimensiones, suelen convertirse, a menudo, en un nicho de potenciales sobornos. Debe advertirse, pues, que la integridad del procedimiento de contratación no solo se pone en peligro en el caso de que estemos ante un caso de corrupción, sino también en todos aquellos casos en que se demuestre que existe o ha existido favoritismo, aunque dichos supuestos no impliquen, en todo caso, una conducta corrupta. Así, los casos de corrupción más típicos que pueden darse en los procedimientos de contratación pública son los que comúnmente se conocen como la “mordida” –es decir, el pago del soborno a un funcionario como recompensa por haber influido en el procedimiento de contratación-, la manipulación de los documentos de la licitación con el objetivo de favorecer a un determinado licitador y la utilización de empresas ficticias o intermediarias con el objeto de encubrir las actuaciones ilegales del funcionario corrupto⁴³.

Ante ello, consideramos que la mejor manera de intentar resolver la corrupción en la contratación pública es incrementando el nivel de transparencia de la misma; particularmente, en todo lo que hace referencia a las decisiones tomadas por los funcionarios públicos durante el procedimiento de contratación⁴⁴. De esta manera, se permitiría tanto a los candidatos como al público en general inspeccionar y controlar las decisiones de los funcionarios públicos y, así, actuar como un instrumento eficiente contra la corrupción. En este sentido, este incremento de la transparencia ha de preverse en la apertura de las ofertas o mediante la publicación obligatoria de los informes que documenten el procedimiento de contratación, teniendo presente, además, que la carga administrativa adicional que representa este tipo de medida será bastante limitada ya que los poderes adjudicadores ya tienen la obligación de elaborar este tipo de informes⁴⁵. Asimismo, la publicación de los contratos celebrados y adjudicados –omitiendo, claro está, la información comprometida desde el punto de vista comercial– conllevará también a una mejor inspección democrática de las decisiones de

pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses”.

⁴² Sentencia de 15 de junio de 1999, en el asunto T-277, Iseri Europa Srl/Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas, apartado 123, sobre las normas de contratación de las instituciones de la UE.

⁴³ A ello se hacía referencia en el Libro Verde sobre la modernización de la política de la contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente: COM (2011) 15 final, de 27.01.2011; pág. 54.

⁴⁴ Señala, específicamente, el art. 84.2 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública que: “Los poderes adjudicadores documentarán el desarrollo de todos los procedimientos de contratación, ya se realicen o no por medios electrónicos. Con este fin, se asegurarán de que conservan documentación suficiente para justificar las decisiones adoptadas en todas las etapas del procedimiento de contratación, como la documentación relativa a las comunicaciones con los operadores económicos y las deliberaciones internas, la preparación de los pliegos de la contratación, el diálogo o la negociación, en su caso, la selección y la adjudicación del contrato. La documentación deberá conservarse como mínimo durante un periodo de tres años a partir de la fecha de adjudicación”.

⁴⁵ Según el art. 55.1 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública: “Los poderes adjudicadores informarán a cada candidato y licitador en el plazo más breve posible de las decisiones tomadas en relación con (entre otras cuestiones) la adjudicación del contrato...”.

contratación⁴⁶. Además, debería fomentarse la utilización de herramientas que potencien una gestión adecuada y transparente de todo el procedimiento de contratación, tales como la utilización o elaboración de listas de indicadores de alerta –red flag indicators- para los poderes adjudicadores⁴⁷; así como el que se promuevan normas claras sobre las obligaciones de información y la protección de las personas que denuncien los comportamientos ilícitos⁴⁸. También sería bueno el que se limite la discrecionalidad de los poderes adjudicadores sobre determinados aspectos para evitar decisiones que no estén justificadas por razones objetivas, con lo que se evitaría el

⁴⁶ Sobre estas cuestiones, me remito a los arts. 48 –publicación de los anuncios de información previa-; 49 –publicidad de los anuncios de licitación-; 50 –publicidad de los anuncios de adjudicación de contratos-; 51 –redacción y modalidades de publicación de los anuncios-; art. 52 –publicación a nivel nacional- de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

Incluso podría preverse la inclusión de otras herramientas específicas, tales como un teléfono gratuito o sistemas de notificación del fraude basados en internet, con el objetivo de animar a los participantes o a otras personas a que proporcionen información sobre las faltas o irregularidades que se detecten. A mayores, en el anuncio de licitación, la página web del poder adjudicador y otros medios de publicación sería bueno que se incluyeran referencias al sistema por medio del cual el poder adjudicador o la autoridad de control puedan recibir información de fuentes anónimas o identificadas. A ello, ya se refería el Libro Verde sobre la modernización de la política de la contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente: COM (2011) 15 final, de 27.01.2011; pág. 55.

⁴⁷ Aunque ya el World Bank Policy Research Paper n° 5243, de 29.03.2010, advirtió de las limitaciones de este sistema.

⁴⁸ Así, en primer lugar, hay que aludir a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión; COM (2018) 218 final, de 23.04.2018. Así pues, la futura Directiva será la herramienta o recurso jurídico que busca la protección de los denunciantes de actividades ilícitas, corruptas, fraudulentas, prácticas abusivas o negligentes que afecten y atenten contra cualquier organización, pública o privada. Ello era necesario, ya que la falta de protección eficaz de los denunciantes puede poner en peligro la propia aplicación del Derecho de la UE. Para ello, junto con otros medios, la denuncia de dichas infracciones es un medio de alimentar los sistemas de aplicación de la legislación nacional y de la UE con información que permita la detección eficaz, la investigación y el enjuiciamiento de infracciones de las normas de la UE.

Por otra parte, el Grupo de Estados contra la Corrupción –GRECO- se constituyó en 1999 por el Consejo de Europa en aras a asegurar el cumplimiento de los Estados miembros de dicho grupo con los parámetros de anticorrupción a todos los niveles, con el objetivo de mejorar la capacidad de sus miembros en la lucha contra la corrupción a través de un proceso dinámico, ayudando a identificar las deficiencias que puedan existir. Pues bien, en el marco de la Segunda Ronda de Evaluación del GRECO (2003-2006) que revisó la implementación de la Convención Civil Contra la Corrupción del Consejo de Europa, se analizó, indirectamente, las políticas de denuncias y de la protección de denunciantes durante esos años (Transparency International -2013-. Enhancing Whistleblower Protection through the UN Convention against Corruption (UNCAC. TI, Berlín, pág. 17). Pues bien, al parecer los mecanismos de denuncia no habían tenido mucho impacto en la lucha contra la corrupción aconsejándose que se adoptaran nuevas medidas para: elaborar leyes que protejan contra todos los tipos de represalia –no solo el despido; proporcionar asesores confidenciales a favor de las personas que deseen hacer denuncias; precisar en las leyes cualquier posible contradicción entre la denuncia de irregularidades y la divulgación de información confidencial; y, por último, asegurar que las leyes aprobadas protejan adecuadamente a los denunciantes. Pues bien, en la Cuarta Ronda de Evaluación del GRECO: “Prevención de la corrupción en relación con los parlamentarios, jueces y fiscales”, Informe Provisional de Cumplimiento para España, aprobado por el GRECO en su 78ª sesión, publicación pública: 3.01.2017 -2018GrecoRC4(2017)18- se alerta y recomienda, en relación con la prevención de la corrupción de los jueces, que se cumplan las condiciones incluidas en el Pacto contra la Corrupción, celebrado entre el Partido Popular y Ciudadanos en el año 2016, entre las que se encontraba la de la adopción de una ley para la protección de los denunciantes.

En este sentido, debe recordarse que a nivel internacional existen diversos instrumentos jurídicos anticorrupción que prevén expresamente la adopción de mecanismos que resguarden y protejan a los denunciantes de hechos de corrupción. Particularmente, destacan los arts. 32 y 33 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) del año 2004, que contienen medidas de protección para testigos, peritos, víctimas y denunciantes. Por su parte, la Convención de Derecho Civil sobre Corrupción del Consejo de Europa, contempla distintas disposiciones orientadas a la mejora de los sistemas administrativos que prevengan, investiguen y sancionen a la corrupción; entre ellas, la protección de los denunciantes (art. 9). Y en Europa, debe resaltarse la Resolución del Parlamento Europeo n° 1729, del año 2010, que específicamente se refiere a la protección de denunciantes.

Sobre los sistemas de denuncias y de protección de denunciantes, me remito a CHEVARRÍA, F. y SILVESTRE, M: Sistemas de denuncias y de protección de denunciantes de corrupción en América Latina y Europa, EuroSocial, Madrid, Noviembre de 2013.

favoritismo⁴⁹. Por último, sería recomendable que se utilizarán los mecanismos de supervisión existentes para evaluar el cumplimiento de los instrumentos internacionales sobre la corrupción en la contratación pública⁵⁰.

En otro orden de cosas, debe apuntarse que un instrumento poderoso para prevenir o, en su caso, castigar comportamientos empresariales ilícitos consiste en la exclusión de los licitadores que sean declarados culpables de corrupción⁵¹ o deshonestos, al incurrir en prácticas comerciales ilícitas, por comprometer la transparencia e imparcialidad del procedimiento contractual⁵².

Ahora bien, no basta con la mera imposición de sanciones, sino que las directivas prevén la posibilidad de ejecución de medidas auto-correctoras⁵³, es decir, medidas que se aplican por el propio operador económico interesado para remediar su situación negativa que afecta a su admisibilidad para poder participar o seguir participando en un procedimiento de contratación. Evidentemente, la importancia y eficacia de dichas medidas dependerá tanto de su plasmación en las legislaciones nacionales como en el justo equilibrio que deberá encontrarse entre la aplicación de los motivos de exclusión y

⁴⁹ Señala expresamente el art. 67.4 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública que: “Los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”.

⁵⁰ Entre ellos, el Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997 y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) del año 2004.

⁵¹ En el art. 57.1, letra b) de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública se establece expresamente la obligación de excluir a los licitadores que hubieren sido condenados por corrupción.

⁵² Así, el art. 57.4 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, reconoce que los poderes adjudicadores podrán excluir a un licitador de la participación en un procedimiento de contratación, cuando se den, entre otras, estas situaciones: cuando el poder adjudicador pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que ponga en entredicho su integridad –letra c)-; cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia –letra d)-; cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses en el sentido del art. 24 –letra e)-; cuando no pueda remediarse por medios menos restrictivos un falseamiento de la competencia derivado de la participación previa de los operadores económicos en la preparación del procedimiento de contratación –letra f)-; cuando el operador económico haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior, de un contrato anterior con una entidad adjudicadora o de un contrato de concesión anterior que hubiere dado lugar a la terminación anticipada de dicho contrato, a indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables –letra g)-; cuando el operador económico haya sido declarado culpable de falsedad grave al proporcionar la información exigida para verificar la inexistencia de motivos de exclusión o el cumplimiento de los criterios de selección, haya retenido dicha información o no pueda presentar los documentos justificativos que se le requieran –letra h)-; o, por último, cuando el operador económico hubiere intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador, obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas en el procedimiento de contratación o proporcionar negligentemente información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación –letra i)-.

⁵³ Es la posibilidad prevista en el art. 57.4 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, cuando señala que: “no obstante lo dispuesto en el párrafo primero, letra b) –licitadores condenados por corrupción-, los Estados miembros podrán exigir o prever la posibilidad de que el poder adjudicador no excluya a un operador económico que se encuentre en una de las situaciones contempladas en dicha letra si se ha comprobado que ese operador económico va a estar en condiciones de ejecutar el mismo, teniendo en cuenta las normas y medidas nacionales aplicables en materia de continuación de la actividad empresarial en caso de producirse una de las situaciones contempladas en la letra b)”. De forma análoga, el art. 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, alude a que todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

el respeto de la proporcionalidad y la igualdad de trato. El que los poderes adjudicadores puedan tener presentes estas medidas de autocorrección les permitirá efectuar una evaluación más objetiva y completa de la situación particular del candidato o licitador y, así, tomar la decisión oportuna sobre su admisión o exclusión del procedimiento de contratación⁵⁴. Dichas medidas de autocorrección o autosaneamiento, deberían considerarse como un remedio excepcional respecto de aquellas empresas que estuvieren incurso en alguna de las causas de exclusión o de prohibición para contratar. Si se utilizan adecuadamente dichas medidas podrían servir como método preventivo eficaz para combatir las eventuales malas prácticas empresariales⁵⁵.

Por último, también debe prevenirse respecto de aquellas situaciones que supongan o lleven aparejada una ventaja injusta. Es decir, puede haber situaciones que sin que impliquen un conflicto de interés ni una práctica comercial ilícita, sin embargo, pueden alterar o amenazar la equidad del procedimiento al colocar a ciertos licitadores en una situación de ventaja⁵⁶. Hay que actuar con cautela y proporcionalidad en estos casos, comprobando hasta qué punto las ventajas pueden contrarrestarse sin discriminar al licitador en cuestión, pues excluir sin más a los licitadores que participan en la preparación del proyecto podría resultar desmesurado, especialmente en aquellos casos en que haya pocos licitadores cualificados para el contrato de que se trate. Ante esta situación, las directivas obligan a revelar a todos los licitadores cualquier información privilegiada que el licitador con ventaja pueda haber obtenido a través de una relación anterior con el poder adjudicador o con el procedimiento de contratación para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia. En este sentido, el candidato o licitador en cuestión solo deberá ser excluido del procedimiento cuando no hubiere otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato⁵⁷.

3.- Otros medios de implementación de la transparencia en las directivas: la contratación electrónica y la profesionalización de la contratación pública.

⁵⁴ Ver, en este sentido, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: Compliance y self-cleaning en la contratación pública europea; Anuario do Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, vol. 21(2017), págs. 277 a 299; DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2017.21.0.3280>.

Viene a señalar, el citado autor en el referido artículo, que: “la sanción frente a los casos de corrupción constituye la prohibición o exclusión para contratar y es, desde luego, la solución clásica del problema. Sin embargo, junto a la necesidad de castigar el ilícito penal o administrativo, es menester también tener presente que (es necesario) integrar otros factores en esta cuestión como puede ser la garantía de un mercado competitivo que ofrezca servicios buenos servicios y buenas obras públicas. Por eso, ..., una vez que una persona se encuentra incurso en una causa de prohibición o exclusión para contratar, en la Unión Europea existe el derecho del contratista, en un determinado marco, a solicitar que el órgano competente compruebe que se han adoptado las medidas adecuadas para ser fiable como contratista de la Administración pública”; pág. 280.

⁵⁵ O como señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: “...hasta se podría pensar, como acontece en los Estados Unidos de Norteamérica, que la emisión de compromisos de “Compliance” por las empresas sea requisito para ser admitido a una licitación pública”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: Compliance y self-cleaning en la contratación pública europea; Anuario do Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, vol. 21(2017), pág. 280.

⁵⁶ Por ejemplo, la participación previa del candidato o licitador en actividades preparatorias relacionadas con el desarrollo del servicio que se va a contratar –pongamos por caso, en su investigación o diseño- puede proporcionar ventajas importantes a ese licitador en términos de información privilegiada y, cómo no, suscitar las pertinentes inquietudes en cuanto al respeto a la igualdad de trato.

⁵⁷ Me remito al art. 41 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

Las nuevas tecnologías digitales ofrecen, actualmente, amplias ventajas y oportunidades para la consecución de la simplificación y reducción de costes del procedimiento de contratación, mediante el recurso de la contratación pública electrónica. Además, otro aspecto importante en pos de la informatización de la contratación pública, junto a la mejora de la accesibilidad de las empresas y la garantía de la imparcialidad en los procedimientos de adjudicación, es la transparencia. Así es, los medios electrónicos ofrecen más transparencia pues permiten el que se difunda de manera fácil y a tiempo la información relativa al contrato; reduciendo las oportunidades de fraude y los incentivos para cometerlo⁵⁸, convierte al procedimiento de contratación en más abierto, está mejor documentado y es objeto de una mayor divulgación. Con ello, pues, se mejora el seguimiento y la eficiencia global de la contratación pública, lo que se traduce en la apertura de los mercados a una mayor competencia y el incremento del número de proveedores que compiten.

Ante ello, la apuesta de las directivas sobre contratación pública por la contratación pública electrónica es clara. El legislador europeo tiene claro que los medios de información y comunicación electrónicos pueden simplificar la publicación de los contratos así como aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación. Por ello, deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación⁵⁹, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior. Para ello, argumenta el legislador europeo⁶⁰, debe hacerse obligatoria la transmisión de anuncios en formato electrónico, la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los pliegos de la contratación⁶¹ y, tras un periodo transitorio de 30 meses, una comunicación totalmente electrónica, que implicará la comunicación, por medios electrónicos, en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación electrónica de las ofertas⁶².

En consecuencia, salvo determinadas situaciones específicas⁶³, los poderes adjudicadores deben utilizar medios de comunicación electrónicos que deben ser no

⁵⁸ Ya se aludía a ello en la Comunicación de la Comisión: “Plan de Acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica”; COM (2004) 841 final, de 29.12.2004. En sentido análogo, ver la Comunicación de la Comisión: “Estrategia en pos de la contratación pública electrónica”; COM (2012) 179 final, de 20.04.2012 y el Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE; COM (2010) 571 final, de 18.10.2010.

⁵⁹ Art. 22 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

⁶⁰ Considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

⁶¹ Art. 53 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

⁶² Ahora bien, el legislador comunitario es cauto respecto a la imposición íntegra del procedimiento de contratación por medios electrónicos. Así, el considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, señala que: “la utilización obligatoria de medios electrónicos ... no debe obligar a los poderes adjudicadores a tratar electrónicamente las ofertas, como tampoco debe exigir la evaluación electrónica ni el tratamiento automatizado. Asimismo, ..., ningún elemento del procedimiento de contratación pública tras la adjudicación del contrato debe estar sujeto a la obligación de utilizar medios electrónicos de comunicación, como tampoco debe estarlo la comunicación interna en el marco del poder adjudicador”.

⁶³ Las contempladas en el art. 22, párrafos 2º y 4º de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública. Así, los poderes adjudicadores no estarán obligados a exigir el empleo de medios de comunicación electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas, entre otros, en los siguientes casos: debido al carácter especializado de la contratación; cuando se requieran equipos ofimáticos especializados, o cuando los pliegos exijan la presentación de

discriminatorios, estar disponibles de forma general y ser interoperables con los productos de las TIC de uso general, no debiendo restringir aquéllos el acceso a los operadores económicos al procedimiento de contratación⁶⁴. Esta es, por lo tanto, una buena medida de garantía de la transparencia y de prevención de actuaciones no decorosas o ilícitas; es decir, las que deben erradicarse de los procedimientos de contratación.

En otro orden de cosas, para afrontar los nuevos desafíos que se imponen a la contratación pública (mejor relación calidad-precio; optimizar las posibilidades de que ofrecen la digitalización; realizar una contribución estratégica a los objetivos de política horizontal y valores sociales como la innovación, la inclusión social, la sostenibilidad económica y medioambiental; mejorar la accesibilidad y la responsabilidad con respecto a las ineficiencias, las irregularidades, el fraude y la corrupción, así como la creación de cadenas de suministro responsables) resulta necesario el que se garantice la aplicación eficiente de las normas que la regulan, así como el uso más eficiente de los fondos públicos.

Para ello, resulta necesario que los compradores públicos estén en condiciones de contratar de acuerdo con las normas más exigentes de profesionalidad. La mejora y la apuesta por la profesionalidad entre los profesionales de la contratación pública puede ayudar a fomentar el impacto de esta en el conjunto de la economía, así como dar una conducta ejemplar para el resto de ciudadanos preocupados porque sus recursos se utilicen de forma eficiente y eficaz.

Debe entenderse, en general, que el objetivo de la profesionalización de la contratación pública es reflejar la mejora general de toda la gama de cualificaciones y competencias profesionales, conocimientos y experiencia de las personas que realizan o participan en tareas relacionadas con la contratación (esto abarcaría desde la identificación de las necesidades hasta la gestión de los contratos). Ello exige el disponer de herramientas adecuadas y el apoyo de la arquitectura política institucional⁶⁵. En esencia, pues, una política de profesionalización eficaz ha de basarse en un planteamiento estratégico global que debe girar en torno a tres objetivos complementarios⁶⁶:

- a) El desarrollo de la arquitectura política adecuada para la profesionalización. Es decir, para que sea eficaz cualquier política de profesionalización debe contar con un elevado nivel de respaldo político. Ello implica varias cuestiones; a saber: el llevar a cabo la definición, a nivel político, de la atribución de

modelos físicos o a escala que no puedan ser transmitidos por medios electrónicos; por motivos de una violación de seguridad o para proteger información especialmente delicada.

⁶⁴ Considerando 53 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

⁶⁵ En palabras que utiliza la Recomendación (UE) 2017/1805, de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública; L 259/28, de 07.10.2017.

⁶⁶ Sobre todo ello, me remito a la lectura de la Recomendación (UE) 2017/1805, de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública; L 259/28, de 07.10.2017.

responsabilidades y tareas de las instituciones; el que se respalden estos esfuerzos a nivel local, regional y sectorial; el que se garantice la continuación de esta profesionalización con independencia de los ciclos políticos; el que se utilicen, cuando sea necesario, las estructuras institucionales que fomenten la especialización, la implementación y el intercambio de conocimientos.

- b) En lo que respecta a los recursos humanos, debe mejorarse la formación y la gestión de la carrera de los profesionales en materia de contratación, es decir, de aquellas personas implicadas en la contratación de bienes, servicios y obras, así como los auditores y funcionarios responsables de la revisión de los casos relacionados con la contratación pública. Pues bien, dichas personas deben disponer de las cualificaciones, formación, capacidades y experiencia adecuadas necesarias para su nivel de responsabilidad. Ello exige las siguientes cuestiones: el que deba garantizarse la existencia de personal con experiencia, capacitado y motivado; el que se ofrezca a dicho personal la formación y desarrollo profesional continuo necesario; así como el desarrollo de una estructura de la carrera profesional y la consagración de incentivos que hagan atractiva la función de la contratación pública y motiven a los funcionarios públicos para el logro de resultados estratégicos.
- c) Por último, se debe proporcionar una serie de herramientas y metodologías de apoyo de la práctica profesional en el ámbito de la contratación. En efecto, los profesionales de la contratación pública deben tener a su disposición de las herramientas y el apoyo adecuados que les permita actuar eficazmente y lograr la mejor relación calidad-precio en cada compra. Esto implica garantizar la disponibilidad de herramientas y procesos para que pueda lograrse una contratación inteligente, entre las cuales se encuentran las siguientes: herramientas de contratación electrónica, directrices, manuales, plantillas y herramientas de cooperación, formación, apoyo y experiencia.

Y, como corolario a todo ello, se debería apoyar y promover la integridad, tanto a nivel individual como institucional, como parte intrínseca de la conducta profesional, proporcionando las herramientas necesarias que permitan garantizar el cumplimiento y la transparencia, así como la orientación para prevenir irregularidades, como por ejemplo:

- a) Mediante el establecimiento tanto de códigos deontológicos como de cartas de integridad.
- b) A través de la utilización de datos sobre irregularidades cometidas, que han de servir de punto de partida para el desarrollo de los pertinentes programas de formación y orientación, así como, también, para promover la autolimpieza.
- c) El que se desarrolle un documento de orientación específico para prevenir y detectar el fraude y la corrupción, incluso mediante canales de autodenuncia.

III.- LAS MEDIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EN FAVOR DE LA TRANSPARENCIA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017.

1.- La transparencia en la Ley de Contratos del Sector Público.

Nuestro legislador en la LCSP, por derivación y exigencia de lo previsto en las directivas sobre contratación pública, apuesta decididamente por el logro de una mayor transparencia en la contratación del sector público a la vez que a conseguir una mejor relación calidad-precio. Como se expone en su Preámbulo, con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra la corrupción y el fraude, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos⁶⁷, sobre todo respecto de aquellos procedimientos donde la ausencia de la misma ponía en serio riesgo la igualdad de oportunidades entre los licitadores. Por ello, por una parte, se introduce una novedad significativa: la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y, de otra, se crea a través de la LCSP un nuevo procedimiento de adjudicación: el denominado procedimiento abierto simplificado, concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato.

Por otro lado, se incluyen en la LCSP otra serie de medidas para el logro de esta transparencia en la contratación del sector público. Así, por ejemplo: la nueva regulación de la figura del perfil del contratante, más exhaustiva que la anterior, que le otorga un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad; o la regulación del Registro de Contratos del Sector Público, en el que han de inscribirse todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros.

En otro orden de cosas, aunque lo trataremos específicamente en el segundo apartado de este epígrafe, la transparencia va ligada inescindiblemente a la lucha contra la

⁶⁷ En efecto, objetivo principal de la LCSP es la mejora de la transparencia en la contratación del sector público. Por ello, se alude a ella en muchas de las fases que integran la misma. Así, si bien debe perseguirse la misma en todos los procedimientos de licitación en general, de manera más específica también se halla presente en, por ejemplo, en el procedimiento negociado –ya que deberá justificarse cuando y por qué se utiliza-; en la regulación de la publicidad de los contratos; en la documentación de las distintas fases del procedimiento –documentar actuaciones, en el expediente-; en el propio acceso al expediente –accesibilidad e información pública-; en los procesos de toma de decisiones –órganos de contratación unipersonales y colegiados- o, por último en la subcontratación –justificación-. En definitiva, como se ha comentado, “frente al secreto se alza la transparencia, cuya exigencia integral y rigurosa puede entenderse como mecanismo fundamental en la actualidad para la garantía de la integridad en la contratación pública”. Así se expresa MELLADO RUIZ, L.: El principio de transparencia integral en la contratación del sector público; Tirant lo Blanch, 2017, pág. 128. Por otra parte, sobre la transparencia como principio fundamental en materia de contratación pública, ver OCHSENIUS ROBINSON, I.: Mecanismos de control, mejora y calidad en la contratación pública; Wolters Kluwer, 2019, págs. 101 a 104. Y, en general, sobre lo que implica la transparencia en el ordenamiento jurídico español, me remito a CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: Aspectos jurídicos del despilfarro en la gestión de los fondos públicos; Dykinson, 2019, págs. 63 a 67.

corrupción y se plasma en la LCSP en la regulación específica que se hace respecto de la lucha contra la corrupción y los conflictos de intereses; o en la nueva regulación de las prohibiciones de contratar, en la que se aumentan los supuestos de prohibición y se modifica la competencia, el procedimiento y los efectos de dicha declaración, a la vez que, por influjo de las directivas sobre contratación pública, se contemplan las denominadas “medidas de autocorrección” que tienen el efecto de que determinadas prohibiciones bien no se declararan o bien no se aplicarán, en su caso, siempre que la empresa hubiere adoptado medidas de cumplimiento para llevar a cabo la reparación de los daños causados por su conducta ilícita, en las condiciones marcadas por la LCSP.

De igual forma, también inciden en el logro de esta transparencia, las fases de selección del contratista y del procedimiento de adjudicación del contrato. En dichas fases, resulta esencial que las Administraciones públicas se sometan a ciertas reglas dado que las solicitudes de participación no podrán sufrir ninguna discriminación⁶⁸. Además, la eficiencia y eficacia en el uso de los fondos públicos, se reflejan en la necesidad de que la Administración pública o el ente contratante definan previamente las necesidades públicas que pretenden satisfacerse a través del contrato y las publiquen, por aplicación del principio de transparencia, para que pueda salvaguardarse, así, la libre competencia, y que pueda seleccionarse la oferta económicamente más ventajosa.

2.- Otros elementos que implementan la transparencia en la LCSP: el nudge y la contratación electrónica.

Aún reconociendo la importancia de las disposiciones legales específicas adoptadas para el logro de la transparencia en la LCSP⁶⁹, deben destacarse, también, otras que aparecen diseminadas a lo largo de todo el texto legal: entre ellas, el “nudge” y la contratación pública electrónica.

A.- El “nudge” como elemento de transparencia.

En efecto, debemos hacer referencia al “nudge” como elemento de transparencia⁷⁰; es decir, una actividad complementaria a la tradicional de fomento en la que, sin embargo,

⁶⁸ Nos recuerda el art. 1 LCSP que la contratación del sector público debe garantizar que se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

⁶⁹ Por ejemplo, no cabe duda de que todas las disposiciones relacionadas con las cuestiones de publicidad, incluyendo el empleo de medios electrónicos para dicho fin, son trascendentales para la consecución de dicho principio y fin en la LCSP.

⁷⁰ Esta teoría del “nudge” saltó a la fama mundial en 2008 con el lanzamiento del libro *Nudge: Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*, de RICHARD THALER y CASS SUNSTEIN, en su edición en papel de 2017, Taurus, editado con el título: “Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad”. Lo más trascendente de esta teoría ha sido el seguimiento y aplicabilidad de la misma; en principio, en Estados Unidos y Reino Unido, sobre todo dentro del sector privado y con posterioridad adaptado a la sanidad pública y campos afines. Es más, se ha terminado aceptando e imponiendo mayoritariamente en el ámbito político, como medio para procurar la consecución de objetivos de política interna. Este concepto, teoría, se basa en que el refuerzo positivo y las sugerencias indirectas son medios eficaces para terminar logrando, sin acudir a la imposición del cumplimiento forzoso, influir en las motivaciones, incentivos y toma de decisiones de grupos e individuos por igual. Se abandona la idea de que la forma más eficaz de lograr un comportamiento es la orden directa, la legislación o la propia ejecución de la decisión previamente adoptada sin influencia externa alguna. Sobre esta cuestión, pero referido específicamente a la materia de la contratación pública, me remito a TERRÓN SANTOS, D.:

no interviene el componente del incentivo económico (becas, subvenciones, etc.). Siendo conscientes que la norma es difícil que modifique conductas ya arraigadas ni de que la licitación electrónica acabará con el fraude en la contratación del sector público, aunque se utilicen procedimientos automatizados y transparentes, sí parece que el “nudge”, podría convertirse, pues, en el nuevo “ente” corrupto, o al menos susceptible de serlo que deberá merecer toda la atención regulatoria para prevenir, evitar o corregir tal o cual circunstancia.

En otras palabras, el “nudge” vendría a ser algo así como el complemento ideal de las normas, ya que a través de él será posible la prevención de gastos injustificados, el que se lleven a cabo buenas prácticas en la contratación y en el manejo de todas las partidas de gasto, y ello sin perderse de vista que, mediante la economía de escala que representa la actuación de las Administraciones públicas, en la inmensa mayoría de casos deberían éstas pagar menos que lo que pagaría un particular por la misma obra, producto o servicio.

En consecuencia, el “nudge” comprende un componente económico, que no debemos confundir con la tradicional actividad de fomento de nuestras Administraciones. Consideraremos, entonces, a los criterios de adjudicación de los contratos como auténtica extensión de la definición del objeto del contrato, razón por la que debe centrarse la atención en la importancia de las consideraciones que deberán atenderse – ambientales, sociales; etc.- como integrantes de tales criterios y, dada la obligación que pesa sobre la publicación de los mismos, también su estrecha conectividad con la igualdad de trato y la transparencia.

Así, los criterios que servirán de base para llevar a cabo la adjudicación de un contrato del sector público deberán incluirse en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares o en el documento descriptivo y deberán figurar en el anuncio de licitación, debiendo cumplir ciertos condicionantes⁷¹; a saber: en todo caso, han de estar vinculados al objeto del contrato⁷²; deberán formularse de manera objetiva, con pleno

"La influencia del green nudge en la nueva contratación pública", RIVERO ORTEGA, R. y CERESO PRIETO, M. (Coord.) *Innovación en las normas ambientales*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2019, págs. 193 y ss.

⁷¹ Art. 145.5 LCSP.

⁷² En virtud del art. 145.6 LCSP, se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Pues bien, a los efectos de la LCSP –art. 148- se entenderán comprendidos dentro del “ciclo de vida” de un producto, obra o servicio todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso, la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización. Además, el cálculo del coste del ciclo de vida incluirá –art. 148.2 LCSP- incluirá, según el caso, la totalidad o una parte de los, entre otros, costes siguientes: los relativos a la adquisición, los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos, los costes de mantenimiento y los costes del final de vida, como los costes de recogida y reciclado. Y cuando los órganos de contratación evalúen los costes mediante un planteamiento basado en el cálculo del coste del ciclo de vida –art.148.3 LCSP-, deberán indicar en los pliegos los

respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, debiendo garantizarse la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva y, asimismo, deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar, de manera efectiva, la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación; apuntándose que, en caso de duda, deberá comprobarse, efectivamente, la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores. Incluso, la LCSP prevé, también, la posibilidad de que se establezcan mejoras como criterio de adjudicación⁷³, siendo consideradas como propuestas provenientes del adjudicatario, pasando, previa aprobación, a formar parte del contrato, no pudiendo ser objeto de modificación.

B.- Contratación electrónica y transparencia.

Se entiende por contratación electrónica o “eGovernment” como la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en las Administraciones Públicas, asociada a cambios en la organización y nuevas aptitudes del personal. El objetivo es mejorar los servicios públicos, reforzar los procesos democráticos y apoyar a las políticas públicas⁷⁴.

Pues bien, de todo el paquete de directivas sobre contratación pública, es la Directiva 2014/24/UE la que, fundamentalmente, se centra en el fomento e impulso del empleo de

datos que deban facilitar los licitadores, así como el método que aquéllos utilizarán para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos.

En este sentido, debemos hacer alusión al Real Decreto 1515/2018, de 28 de diciembre, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de la metodología BIM en la contratación pública (BOE, núm. 29, de 2 de febrero de 2019). Así, con el objetivo de seguir mejorando algunos aspectos de la contratación y de avanzar en las medidas de seguridad de los datos, así como en la necesidad de actuar de forma coordinada aconseja la creación de esta Comisión Interministerial para que la implantación del modelado digital de la información para la construcción – metodología BIM por sus siglas en inglés (Building Information Modelling)- en la contratación pública permita una actuación eficaz y segura en la Administración General del Estado y las entidades integrantes de su sector público institucional que deban aplicar esta normativa. De esta manera, el concepto BIM engloba el control y la gestión de toda la información que se genera a lo largo del desarrollo del proyecto: desde las fases iniciales de diseño conceptual y selección de alternativas a fases más avanzadas que incluyen el diseño estructural e instalaciones; sin olvidarse, por supuesto, del control y la gestión de la construcción y del mantenimiento futuro de las instalaciones –etapa, esta última, crucial en aspectos clave como la seguridad y la sostenibilidad de edificaciones e infraestructuras-.

Como sabemos, la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública insta a sus Estados miembros a considerar el uso de la tecnología para modernizar y mejorar los procesos de contratación pública, dando una mayor trascendencia a la inversión a realizar a lo largo de todo el ciclo de vida de una obra o activo. Así pues, la adopción de BIM no sólo reduciría el coste de los proyectos de construcción financiados con fondos públicos, sino que también contribuiría a incrementar la competitividad global de la industria de la UE en la obtención de contratos internacionales de construcción.

⁷³ Art. 143.1 en relación con el art. 145.7 LCSP. Específicamente, por mejoras se entiende aquellas prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones ni del objeto del contrato. Estas mejoras han de reunir ciertos condicionantes: como el de que han de estar suficientemente especificadas, fijándose ponderadamente, con concreción, los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, y su necesaria vinculación con el objeto del contrato; previéndose un límite estricto respecto de las mismas, ya que no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 %.

⁷⁴ Comunicación de la Comisión: “El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa”; COM (2003) 567 final, de 26.09.2003 y Comunicación de la Comisión: “Estrategia en pos de la contratación pública electrónica; COM (2012) 179 final, de 20.04.2012.

los medios de información y comunicación electrónicos en la contratación pública, para que pueda lograrse una simplificación en la publicidad de los contratos, una mayor eficiencia y la transparencia en los procedimientos de contratación⁷⁵.

En lo que respecta a la LCSP, la misma apuesta de forma decidida a favor de la contratación electrónica⁷⁶, estableciendo su obligatoriedad en los términos previstos en aquélla, desde su entrada en vigor, con lo que se anticipa, incluso, a los plazos previstos a nivel europeo⁷⁷.

Estamos ante una norma, la LCSP, que no destina específicamente una parte de la misma a la regulación de la contratación electrónica expresamente, sino que trata la cuestión transversalmente, es decir, al llevar a cabo la regulación de las distintas cuestiones relacionadas con los contratos del sector público: información, presentación de ofertas, comunicaciones, incluyendo procedimientos completos que se articulan exclusivamente a través de mecanismos electrónicos⁷⁸.

A pesar de la trascendencia de la contratación electrónica para la nueva LCSP, llama poderosamente la atención que sus disposiciones más relevantes las encontremos en dos disposiciones adicionales: la 16^a⁷⁹ y la 17^a⁸⁰, que contienen toda una serie de normas y

⁷⁵ Entre las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE podemos señalar las de la previsión de la subasta electrónica como herramienta para adjudicar contratos; la de la obligatoriedad de la transmisión de los anuncios de licitación en formato electrónico; la de la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los expedientes de contratación, y, especialmente, de los pliegos de contratación.

⁷⁶ Sobre la contratación pública electrónica como recurso para el logro de la transparencia, me remito a DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J.: “La contratación pública electrónica como instrumento para la transparencia: ¿Estamos a setas o estamos a rolex?”; en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: Transparencia, Innovación y Buen Gobierno en la Contratación Pública; Tirant lo Blanch, 2019, págs. 196 a 234.

⁷⁷ Así se explicita en el Apartado V del Preámbulo de la LCSP.

⁷⁸ En el Preámbulo de la LCSP nos advierte que uno de los objetivos de la Estrategia Nacional de Contratación Pública es, precisamente, la generalización del uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento.

⁷⁹ La Disposición Adicional 16ª LCSP contiene las normas para la utilización de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación del sector público y se resumen en las siguientes: generalidad –documentación esencial a través de medios electrónicos a disposición de todos los interesados, no discriminatorios y ser conformes con estándares abiertos, de uso general y amplia implantación-; accesibilidad –programas y aplicaciones informáticas de uso amplio y fácil acceso-; integridad –los sistemas de comunicaciones para el intercambio y almacenamiento de la información deben garantizar de forma razonable, según el estado de la técnica, la integridad de los datos transmitidos; seguridad –los sistemas de comunicaciones deben ofrecer la suficiente seguridad, de acuerdo con el estado de la técnica, frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos-; autenticidad –el uso de aplicaciones informáticas que se utilicen para efectuar las comunicaciones y notificaciones correspondientes deben permitir que quede constancia de la fecha y hora de su envío así como de la puesta a disposición y recepción o acceso a las mismas por parte del interesado-; nivel de seguridad en las distintas fases del procedimiento –los poderes adjudicadores deben especificar el nivel de seguridad exigido para los medios de comunicación electrónicos utilizados en las distintas fases del procedimiento, que deberá ser proporcional a los riesgos asociados a los intercambios de información a realizar-; documentos escritos –las referencias que la LCSP contiene a la presentación de documentos escritos no obstan para su presentación por los medios electrónicos ni tampoco a su generación de soportes físicos electrónicos y su posterior presentación-; huella electrónica –en los procedimientos de adjudicación el envío por medios electrónicos de las ofertas por parte de los operadores económicos puede hacerse en dos fases: primero, transmitiendo la huella electrónica de la oferta y, después, la oferta propiamente dicha en el plazo máximo de 24 horas-; copias electrónicas de la documentación –las copias electrónicas de los documentos que deben incorporarse al expediente deberán cumplir con lo previsto en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común, surtiendo los efectos previstos en la misma; en cualquier caso, las Administraciones públicas, el órgano de contratación, mesas; etc., están obligadas a expedir copias electrónicas de cualquier documento en papel que presenten los interesados y que fuere a incorporarse a un expediente administrativo, según el art. 27.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas-; copias de seguridad –los licitadores o candidatos que presenten sus documentos electrónicamente podrán presentar al órgano de contratación, en soporte físico electrónico, una copia de seguridad de dichos documentos-; publicidad en los anuncios

principios que han de orientar la gestión electrónica de los expedientes de contratación. Así, el empleo de los medios electrónicos deberá ser no discriminatorio, estar a disposición del público y ser compatibles con las tecnologías de la información y de la comunicación de uso general.

De la misma manera, se exige que los formatos de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación deban ajustarse a las especificaciones públicamente disponibles y de sus no sujeto a restricciones que garanticen la libre y plena accesibilidad a los mismos tanto por parte de los interesados como de los siguientes órganos: el órgano de contratación; los órganos de fiscalización y control; así como de los órganos jurisdiccionales.

A mayores, atendiendo a los principios de transparencia en la contratación pública y de eficacia y eficiencia en la actuación administrativa, se incorpora el mandato de fomentar el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación por parte de los licitadores o candidatos. Incluso la exigencia aumenta cuando se trate de expedientes de contratación de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, exigiendo que dichos medios telemáticos estén disponibles en la totalidad de los procedimientos de contratación que fueren de su competencia⁸¹.

De otra parte, debemos ser conscientes de que es en las fases de preparación y adjudicación de los contratos donde directamente se identifica la contratación electrónica. Por ello, en las distintas plataformas electrónicas se podrá acceder por parte de los licitadores a la documentación administrativa que integra el expediente de contratación –actuaciones preparatorias y pliegos-. Precisamente, para esta labor se crea la Plataforma de Contratación del Sector Público⁸², cuya fin primordial es el de la difusión, a través de internet, de los perfiles del contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal. Dicha plataforma

o en los pliegos –los formatos electrónicos admisibles han de indicarse por el órgano de contratación en los anuncios o en los pliegos, de tal forma que sean públicamente disponibles y que su uso no quede condicionado a restricciones, debiendo garantizarse la libre y plena accesibilidad a los mismos-; y, por último, la inscripción en el Registro de Licitadores –así, como requisito para la tramitación de procedimientos de adjudicación de contratos por medios electrónicos, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la previa inscripción en el Registro de Licitadores que corresponda-.

⁸⁰ En dicha Disposición Adicional 17ª se establecen una serie de normas comunes exigibles a las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica que se presenten en los procedimientos de contratación del sector público. Entre ellas, estas herramientas y dispositivos electrónicos han de: determinar con precisión la hora y fecha exactas de la recepción de las ofertas, de las solicitudes de participación, de la documentación asociada a éstas y las del envío de los planos y proyectos; garantizar razonablemente que nadie pueda acceder a los datos y documentos transmitidos antes de que finalicen los plazos especificados; garantizar que únicamente las personas autorizadas puedan fijar o modificar las fechas de apertura de los datos y documentos recibidos; garantizar que, durante las diferentes fases del procedimiento de contratación o concurso de proyectos, solo las personas autorizadas pueden acceder a la totalidad o parte de los datos y documentos presentados electrónicamente; garantizar que solo las personas autorizadas para ello puedan dar acceso a los datos y documentos transmitidos y solo después de la fecha especificada; etc.

⁸¹ En virtud de la Disposición Adicional 15ª LCSP, las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. Por otro lado, la tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos. Asimismo, la presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en dicha Disposición Adicional.

⁸² Art. 347 LCSP.

desarrolla un relevante papel en la fase de preparación de los contratos, al convertirse en la “ventanilla única” sobre la información de toda licitación pública que se realice en España, garantizando, pues, una efectiva transparencia en la contratación del sector público, al permitir tener una visión integral por parte de cualquier licitador de los distintos procedimientos de licitación en curso, al tener que publicarse en la misma tanto la convocatoria de licitación como los resultados de todas las entidades del sector público sometidas a la LCSP.

Aparte de otras medidas consecuencia de la incorporación de la tecnología en la contratación del sector público⁸³; debe señalarse que el objetivo último de todas ellas es la consecución de un expediente de contratación electrónico, previéndose el archivo electrónico del mismo.

Por último, una breve referencia, como figura estelar del empleo de la técnica al servicio de la transparencia en la contratación electrónica del sector público, a la subasta electrónica⁸⁴, como proceso electrónico repetitivo que tiene lugar después de haberse llevado a cabo una primera evaluación completa de las ofertas. Su objeto es el que se permita a los licitadores la presentación de mejoras en el precio o nuevos valores relativos a determinados elementos de sus ofertas para mejorarlas en su conjunto. Así, en esencia, dicho proceso se basa en un dispositivo electrónico que permite la clasificación de las ofertas mediante métodos de evaluación enteramente electrónicos, en los casos y con los requisitos previstos en la LCSP.

3.- La lucha contra la corrupción en la LCSP.

La contratación pública representa, actualmente, entre el 10 y el 20% de nuestro PIB⁸⁵. Sería deseable, por lo tanto, el que se utilizaran los procedimientos de contratación más abiertos, transparentes y competitivos posibles, aunque solo fuera por el ahorro de los costes que ello conllevaría en beneficio de todos. Pero es que, además, fomentar la libre competencia en las licitaciones públicas implica conseguir mejores resultados en términos de precios⁸⁶, calidad e innovación. Ahora bien, la falta de competencia en las

⁸³ Previstas tanto en el art. 14 Ley 39/2015 –LPAC– como en las Disposiciones Adicionales 15ª y 16ª LCSP. Así, por ejemplo, firma electrónica, el Registro de Apoderamientos Electrónicos; posibilidad de las actas electrónicas y de las videoactas.

⁸⁴ Art. 143 LCSP.

⁸⁵ Según datos proporcionados por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC), en su informe: “Radiografía de la contratación pública: Sí, el procedimiento importa”, en <https://blog.cnmc.es/2019/02/22/radiografia-de-la-contratacion-publica-si-el-procedimiento-importa/>

⁸⁶ Según la CNMC, el procedimiento abierto, que es el que genera una mayor competencia en precio, obtiene, de media, una baja del 17,2% y la asistencia media de 7 participantes. Mientras que el procedimiento negociado sin publicidad, que es el que soporta menor presión competitiva de los mostrados en la tabla (2,3 participantes), exhibe la menor baja media (8,0%). Si se comparan los dos tipos de procedimientos negociados, se observa que el procedimiento negociado tiene una rebaja de 4,4 puntos porcentuales superior al procedimiento negociado sin publicidad. Pues bien, la Administración paga de media casi un 10% menos en los contratos en los que utiliza el procedimiento abierto a cuando utiliza procedimientos no abiertos (restringidos, negociados y diálogos), y la participación adicional de una empresa supone una reducción del precio del contrato de un 2%. Estos resultados son diferentes en función del tipo de contrato. En un contrato de obras, los ahorros medios se acercan al 13%. En un contrato de servicios, están cerca del 7%. Y en un contrato de suministros, casi en el 1,5 %. En definitiva, aunque es imposible saber con seguridad qué habría ocurrido si los órganos de contratación hubieran optado por procedimientos abiertos, pues no siempre es factible su utilización, a efectos meramente ilustrativos, la CNMC ha calculado qué habría pasado si todas las administraciones (estatal, autonómica y local) hubieran utilizado el procedimiento abierto

licitaciones públicas impone sobrecostes de aproximadamente 40.000 millones de euros anuales, por lo que debe trabajarse denodadamente en la prevención y detección de indicios de cualquier tipo de comportamiento anticompetitivo de las empresas oferentes en los concursos⁸⁷.

A.- Las medidas contra la corrupción en la LCSP.

La nueva LCSP⁸⁸ tiene como finalidad principal el llevar a cabo la transposición de las Directivas sobre contratación pública de 2014, aunque también pretende el diseño de un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro. Persigue, por lo tanto, la eficiencia del gasto público y el respeto a los principios básicos de la contratación pública: igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad⁸⁹.

Evidentemente, no debe sorprendernos el que se hayan incluido en la LCSP varias disposiciones contra la corrupción ya que ello responde a un claro proceso de lucha contra la misma⁹⁰. Por ello, desde el mismo objeto de la LCSP⁹¹ se hace alusión a los

en todas sus licitaciones. Según sus estimaciones, como mínimo, el uso de procedimientos abiertos habría conducido a ahorros de unos 1.700 millones de euros en el periodo 2012-2016. Es decir, algo más de 350 millones de euros al año de media. Me remito a Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC), en su informe: “Radiografía de la contratación pública: Sí, el procedimiento importa”, en <https://blog.cnmc.es/2019/02/22/radiografia-de-la-contratacion-publica-si-el-procedimiento-importa/>, págs. 2 y 3.

⁸⁷ Por ejemplo, para disuadir o evitar estos comportamientos fraudulentos la CNMC ha editado una: Guía contra el fraude en la contratación pública, 2017, en la que señala varios indicios de posible manipulación en licitaciones públicas o privadas, tales como: reducido número de licitadores; ofertas incoherentes de un mismo licitador; similitudes sospechosas entre las ofertas; sospechas de boicot; ofertas no competitivas; patrones de comportamiento sospechoso entre las empresas licitadoras; ofertas presentadas por las mismas personas físicas; ofertas económicas de idéntica redacción, formato o errores y, por último, U.T.Es entre licitadores sin justificación aparente. Ver: <https://blog.cnmc.es/2017/01/18/la-cnmc-intensifica-sus-esfuerzos-en-la-persecucion-de-las-irregularidades-en-los-concursos-publicos/>

De otra parte, debemos ser conscientes que el riesgo de corrupción se acentúa en las llamadas zonas de sombra, es decir, en los puntos conexos entre lo público y lo privado donde se generan beneficios que, en muchos casos, dependen de decisiones públicas. Sobre ello, TEJEDOR BIELSA, J.: La contratación pública en España ¿sobre-regulación o estrategia? Causas y consecuencias de su problemática aplicación; Thomson Reuters Civitas, 2018, págs.28 y 29.

⁸⁸ BOE, núm. 272, de 9 de noviembre. En adelante, LCSP.

⁸⁹ Sobre la novedosa inclusión del principio de integridad en el art. 1 LCSP, me remito a MORENO MOLINA, J.A.: Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017; Tirant lo Blanch, 2018, págs. 63 a 67; y a FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: “Buen Gobierno. Innovación y Contratación Pública. Examen crítico de algunas técnicas para el fomento de la integridad en los contratos públicos, a la luz del Derecho Europeo y de su recepción por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”; en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: Transparencia, Innovación y Buen Gobierno en la Contratación Pública; Tirant lo Blanch, 2019, págs. 341 a 386.

⁹⁰ Según el Centro de Investigaciones Sociológicas –CIS–, la preocupación por la corrupción se disparó diez puntos el pasado mes de marzo, recuperando, en plena campaña electoral, la segunda plaza de la lista de problemas de España y desplazando a los políticos al tercer puesto de este ranking que surge mensualmente de los barómetros del CIS. En concreto, el CIS ha publicado este martes, 9 de abril de 2019, el macrobarómetro preelectoral que ha realizado con motivo de las elecciones generales del próximo 28 de abril. El instituto sociológico ha incluido en dicho estudio su pregunta sobre los problemas de España. Ahora bien, en esta ocasión el trabajo de campo se basa en 16.194 entrevistas frente a las alrededor de 3000 que se hacen para los barómetros mensuales. Así pues, la primera preocupación la ocupa el paro, llegando al 61,8%, mientras que la corrupción y el fraude recuperan la segunda posición, que habían abandonado el pasado mes de noviembre, cuando fueron desbancados por la clase política. Me remito, sobre esta cuestión a: Three principal problems-CIS: www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/.../Tresproblemas.html

Evidentemente, a ello ayuda, por ejemplo, el reciente escándalo sancionado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –CNMC–, en el que los principales proveedores de la red ferroviaria de España urdieron un procedimiento de engaño para repartirse contratos públicos durante 14 años, según el expediente cerrado por la CNMC con una fuerte sanción. En total, se sancionó a un total de 15 empresas, encabezadas por las multinacionales

principios esenciales de la lucha contra la corrupción⁹², al indicarnos que aquél es garantizar que la contratación se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia en los procedimientos⁹³, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, así como el reconocimiento del principio de integridad aplicable a todo el procedimiento contractual.

De conformidad con estos planteamientos, no resulta extraño que se haya ampliado el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, abarcando ahora tanto los partidos políticos como las organizaciones empresariales, profesionales y sindicales⁹⁴, siempre que cumplan determinados requisitos previstos legalmente⁹⁵.

ALSTOM y SIEMENS, y a 14 directivos por repartirse de manera ilícita los concursos públicos convocados por ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias) relacionados con infraestructuras ferroviarias –sistemas de electrificación y electromecánica- para las líneas de tren convencional y alta velocidad. Ante la investigación de los cárteles, ALSTOM y SIEMENS decidieron colaborar y delatar al resto, por lo que han conseguido rebajar la multa en torno a 9 millones de euros, cada uno. Aun así, SIEMENS tendrá que pagar más de 16 millones y ALSTOM, más de 8 millones. Durante 14 años, pues, estas empresas (COBRA, ELECENOR, SIEMENS, SEMI, INABENSA, ALSTOM, CYMI, ISOLUX, ELECTREN, COMSA, INDRA, NEOPUL, TELICE, EYM y CITRACEC) crearon varios cárteles en las licitaciones del AVE y del tren convencional. Por esta razón, se les ha impuesto, en su conjunto, una sanción de 118 millones de euros y, a los directivos responsables de tales empresas una sanción, en su conjunto, de 666.000 euros. De esta manera, la CNMC activa el procedimiento para la prohibición de contratar con la Administración por lo que remite la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (S/DC/0598/2016). Sobre ello, me remito a: <http://www.cnmc.es>

Por último, también incide sobre la cuestión otro escándalo similar: el hecho de que la constructora OHL habría abonado presuntamente sobornos millonarios a funcionarios y altos cargos de diferentes administraciones públicas para asegurarse grandes contratos de obra pública. Así, la Unidad Central Operativa –UCO- de la Guardia Civil descubrió los pagos entre la documentación que incautó a la cotizada durante uno de los registros de la operación Lezo en 2017. En total, la compañía gastó supuestamente en comisiones más de 40 millones de euros desde el año 2003, fecha a la que se remontan las pesquisas, que se han estado desarrollando en el más estricto secreto durante casi dos años bajo la dirección del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional y con la participación de la Fiscalía Anticorrupción. Sobre la noticia, ver: https://www.elconfidencial.com/espana/2019-03-28/investigacion-ohl-pagar-40-millones-sobornos-funcionarios_1908142/; o consultar, de igual manera la página web: <https://www.elindependiente.com/politica/2019/03/28/audiencia-investiga-pago-sistematico-mordidas-ohl-obra-publica/>

Sobre la misma cuestión de presuntos casos de corrupción cometidos por la constructora OHL para que le fueran adjudicados determinados contratos públicos, nos llama la atención, en negativo, la noticia e información que aparece en el diario ABC, de 08.05.2019, suscrita por Javier Chicote titulada: “Pagos a políticos y funcionarios. Los sobornos de OHL: “Si la pelota es muy gorda, muy gorda, viene un tío con un maletín a pagarla”. Los constructores, en las grabaciones intervenidas por la UCO: “Atizamos el 3,5% por la obra”, “el tiqui tiqui” a cambio de “nuestro pastel”. La gente “na” más que quiere dinero”. Según informa el periodista: “Las grabaciones halladas por agentes de la Unidad Central Operativa (UCO) de la Guardia Civil en el domicilio del exdirector de Obra Civil de OHL, Paulino Hernández Ros, evidencian una operativa que consistía en el pago de sobornos a políticos y altos cargos a cambio de adjudicaciones de obras públicas y modificaciones en los contratos para obtener mayores beneficios. El entonces ejecutivo de la constructora hablaba sin tapujos con superiores, subordinados y funcionarios, a los que grababa para guardar el material como seguro de vida”. Se puede consultar también en <https://abc.es>

⁹¹ Art. 1 LCSP.

⁹² Sobre la corrupción en la contratación pública, me remito a MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M.: “Corrupción en la contratación pública”; en BETANCOR, A. (Dir.): Corrupción, corrosión del Estado de Derecho; Thomson Reuters Civitas, 2017, págs. 435 a 478.

⁹³ Sobre transparencia y procedimiento, me remito a MIR PUIGPELAT, O.: Transparencia y procedimiento administrativo. El derecho de acceso al expediente y su conexión con el derecho de acceso a información pública; Civitas, 2019.

⁹⁴ Art. 3, apartado 4º LCSP.

⁹⁵ Además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador –de conformidad con la letra d), apartado 3 del art. 3; a saber: siempre que hubieren sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia-, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la discrecionalidad cuando sea procedente.

Por otra parte, al aludirse al contenido de los contratos en la LCSP⁹⁶, se permite que se establezcan o incorporen a los mismos cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no fueren contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración. En atención a todo ello, pues, se prohíben que se incluyan en los mismos cualquier contenido fraudulento. Debemos ser conscientes que las actuaciones corruptas o fraudulentas pueden constituir bien causa de nulidad de los contratos del sector público a los que afecten -entre ellas, el estar incurso en alguna de las prohibiciones de contratar del art. 71 o si se incumplen algunas de las exigencias de publicidad que pesan sobre los mismos-; bien causa de anulabilidad –al considerarse anulables todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, directa o indirectamente, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración⁹⁷-.

Ahora bien, consideramos que las disposiciones más trascendentes en materia de lucha contra la corrupción, por su evidente carácter preventivo, las encontramos en la parte que la LCSP dedica al establecimiento del régimen de las partes del contrato⁹⁸.

En este sentido, los órganos de contratación están obligados a tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, así como prevenir, detectar y solucionar, de modo efectivo, los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores⁹⁹. A dichos efectos, el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo tenga, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. Por ello, pesa la obligación sobre toda aquella persona o entidad que tuviere conocimiento de un posible conflicto de interés de ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación¹⁰⁰. En todo caso, ya avanzamos aquí que las medidas más directamente relacionadas con la lucha contra la corrupción y el fraude en la contratación pública son las que se refieren a las prohibiciones de contratar.

De otra parte, también en la regulación del objeto del contrato y de su precio se prevén algunas consideraciones cuyo fin último es prevenir o impedir el fraude y ciertos comportamientos fraudulentos.

Además, los sujetos obligados deberán aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que se adecuarán a lo previsto anteriormente y a la normativa comunitaria, y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico. Dichas instrucciones deberán publicarse en sus respectivas páginas web (art. 3, apartado 4º LCSP).

⁹⁶ Art. 34 LCSP.

⁹⁷ Art. 40, párrafo 2º, letra b) LCSP.

⁹⁸ Título II, Capítulos I y II, fundamentalmente de la LCSP.

⁹⁹ Art. 64, apartado 1º LCSP.

¹⁰⁰ Art. 64, apartado 2º LCSP.

Específicamente, en lo que respecta al objeto de los contratos del sector público¹⁰¹, el mismo deberá ser determinado, pudiendo definirse el mismo en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretendan satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En concreto, se prohíbe su posible fraccionamiento con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir, así, los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

Y en lo que afecta al precio del contrato, la LCSP señala¹⁰², entre otros aspectos, que el mismo debe ser cierto, obligándose a los órganos de contratación a velar y cuidar de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados¹⁰³. Dicho precio fijo, no obstante, podrá ser objetivo de revisión, si se cumplen determinados requisitos; permitiéndose también que los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, incluyan cláusulas de variación de precios atendiendo a determinadas condiciones, aunque deberán establecerse, con precisión, los supuestos que permitan introducir estas variaciones y las reglas para su determinación, para que el precio sea determinable, en todo caso.

Por otro lado, en lo que respecta a los contratos celebrados por las Administraciones públicas, la regulación de la fase de preparación de los mismos contempla, asimismo, determinadas disposiciones que pretenden prevenir, evitar o detectar, al menos, posibles actuaciones fraudulentas y prácticas corruptas.

En este sentido, la formación del expediente del contrato¹⁰⁴ exige el que se lleve a cabo de una manera transparente, ya que se exige que en dicho expediente deberá justificarse, de manera adecuada: la elección del procedimiento de licitación; la clasificación que se exija a los participantes; los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del contrato; el valor estimado del contrato debiendo indicarse, entre los conceptos que lo integran, el de la necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes, así como su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.

De otro lado, para que pueda precisarse más su contenido y ayudar a que se lleve a cabo una ejecución más correcta de los contratos del sector público, se permite el puedan

¹⁰¹ Art. 99 LCSP.

¹⁰² Art. 102 LCSP.

¹⁰³ Es el art. 149 LCSP el que se dedica a las ofertas anormalmente bajas y a regular el procedimiento para que sean rechazadas.

¹⁰⁴ Me remito a los arts. 116 a 120 LCSP.

incluirse tanto en los Pliegos de Cláusulas Administrativas como de Prescripciones Técnicas determinadas etiquetas¹⁰⁵.

En otro orden de cosas, la apuesta de la LCSP por la lucha contra la corrupción también se manifiesta en la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos del sector público¹⁰⁶. Así, dichos procedimientos han de regirse por los principios de igualdad, transparencia y libre competencia¹⁰⁷; concretándose, dichos principios, en que los órganos de contratación deberán otorgar a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio, ajustando su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En su virtud, en ningún caso deberá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación. A mayores, la contratación nunca deberá concebirse con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios. De igual forma, se obliga a los órganos de contratación a velar, en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia; protegiéndose, es decir, no divulgando a los otros candidatos o licitadores, la información facilitada por los empresarios que estos hubieren designado como confidencial al presentar la oferta¹⁰⁸.

Implementando lo anterior, la LCSP fija el orden de preferencia a la hora de utilizar los distintos procedimientos de adjudicación previstos en la misma¹⁰⁹, señalando que habrán de utilizarse, con carácter general, el procedimiento abierto o el procedimiento restringido; contemplando específicamente los casos en que podrá recurrirse al procedimiento negociado sin publicidad¹¹⁰, el procedimiento del diálogo competitivo o la licitación con negociación¹¹¹ o el procedimiento de asociación para la innovación¹¹².

Por otro lado, otra materia en la que se aprecia esa incesante búsqueda de la lucha contra la corrupción es la relativa a los contratos menores¹¹³, dado que su utilización y el recurso a la contratación directa se ha venido realizando, en ciertos casos, de manera abusiva, implicando o traduciéndose, en ciertas ocasiones, en determinadas actuaciones

¹⁰⁵ Me remito a los arts. 121 a 130 LCSP. Así, cuando los órganos de contratación tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social u otro, podrán exigir, en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas –art. 127, apartado 2 LCSP-.

¹⁰⁶ Arts. 131 a 187 LCSP.

¹⁰⁷ Art. 132 LCSP.

¹⁰⁸ Art. 133 LCSP.

¹⁰⁹ Arts. 156 a 187 LCSP.

¹¹⁰ Arts. 168 LCSP.

¹¹¹ Art. 167 LCSP.

¹¹² Art. 177 LCSP.

¹¹³ En determinados casos, la LCSP –art. 131.3- permite acudir a un sistema de elección directa del contratista. Es el caso de los denominados contratos menores, que pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. La existencia de este régimen especial para los contratos menores se justifica, en la conveniencia de la simplificación y agilización del procedimiento de contratación en los casos en que resulte necesario satisfacer necesidades cotidianas de las Administraciones públicas de escasa cuantía económica y se traduce en la exención para poder celebrar estos contratos de determinados requisitos que se exigen en la ley para la adjudicación de los restantes contratos.

corruptas o fraudulentas¹¹⁴. Pues bien, la LCSP¹¹⁵ introduce importantes novedades en la regulación de los contratos menores, reduciendo las cuantías y los tipos de contratos respecto de las que puede utilizarse esta figura contractual e imponiendo nuevos trámites¹¹⁶, teniendo presente que los requisitos legales tienen el carácter de mínimos y las cuantías de los contratos de máximas¹¹⁷, por lo que podrán ser objeto de reducción por los órganos correspondientes competentes de las distintas Administraciones públicas y entes del sector público. Particularmente, estos contratos menores son definidos como una forma de celebrar contratos, no como un procedimiento o una forma de adjudicación de los contratos del sector público.

En cuanto a su nuevo régimen jurídico debe destacarse que, ahora, solo pueden adjudicarse directamente como contratos menores los contratos de obras, servicios y suministros, quedando vedada su utilización para otro tipo de contratos¹¹⁸. Y como rasgos esenciales de la preparación de estos contratos pueden destacarse los siguientes¹¹⁹:

1.- La tramitación simplificada del expediente de contratación; que, en esencia, se resume en los siguientes aspectos:

a) La aprobación del gasto.

b) La incorporación de la factura correspondiente. Específicamente, en los contratos de obras, a la factura como documento contractual debe añadirse: el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando las normas específicas así lo requieran; y el informe de las oficinas o unidades de supervisión de proyectos, cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra¹²⁰.

2.- No podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios.

3.- No es preciso constituir la mesa de contratación ni tramitar procedimiento de contratación; tampoco se exige la existencia de pliegos de prescripciones técnicas ni de cláusulas administrativas particulares.

¹¹⁴ La principal problemática detectada en estos supuestos ha sido la conducta deliberada de fraccionar el objeto y, por ello, el presupuesto del contrato para acogerse al contrato menor y evitarse, así, la puesta en marcha de un procedimiento de concurrencia competitiva con todas las garantías de publicidad y transparencia. Sobre ello, MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE: Contratación Pública. Abogacía del Estado, 2018-2019; Lefebvre-El Derecho, S.A., 2017, págs. 212 y 213.

¹¹⁵ Principalmente, en los arts. 118 y 131 LCSP.

¹¹⁶ En cuanto a la tramitación del expediente de los contratos menores me remito, en especial, a la Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, por la que se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la ley 9/2017, de 8 de noviembre (BOE, núm. 57, de 7 de marzo de 2019).

¹¹⁷ Disposición Final 1ª-3ª, final LCSP.

¹¹⁸ Así, se consideran contratos menores los contratos de obras cuyo importe sea inferior a 40.000 euros; y los contratos de suministro o de servicios cuyo importe sea inferior a 15.000 euros, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con las obras o servicios centralizados de ámbito estatal –art. 227 LCSP–.

¹¹⁹ Art. 118 LCSP.

¹²⁰ Art. 235 LCSP.

4.- No es posible el fraccionamiento del objeto del contrato con la finalidad de eludir el expediente ordinario de contratación. Así, en el expediente de contratación deberá justificarse que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que, individual o conjuntamente, superen los límites de los valores estimados antes indicados; siendo el órgano de contratación el que debe velar por el cumplimiento de esta regla¹²¹.

5.- Los principios de publicidad y concurrencia no son de obligado cumplimiento. Así, los contratos menores se han de publicar en la forma prevista en el art. 63.4 LCSP¹²²; es decir, en el perfil del contratante y con una periodicidad trimestral, haciendo públicos, en todo caso, el objeto del contrato, duración, el importe de adjudicación –IVA incluido- y la identidad del adjudicatario.

Pero entre las medidas más destacadas y efectivas de lucha contra la corrupción debe aludirse a la información y a la publicidad tanto en la preparación de los contratos, como en su licitación, adjudicación y formalización¹²³. Así, por lo que respecta a su importancia debe llamarse la atención sobre los anuncios de información previa y de licitación, la información a los interesados –que deberá ser de acceso libre, directo, completo y gratuito-, la publicación en los respectivos Diarios Oficiales y en el Perfil del Contratante del órgano de contratación, la notificación de la adjudicación del contrato, los anuncios de formalización de los contratos, la comunicación a los candidatos y a los licitadores, o las normas de publicidad específicas de cada procedimiento de adjudicación¹²⁴.

Naturalmente, las acciones más específicas en materia de lucha contra la corrupción las encontramos en los criterios de adjudicación de los contratos¹²⁵, dado que, si dichos criterios se utilizan de la forma debida y como apuntan y exigen tanto la LCSP como las propias Directivas sobre contratación pública, la adjudicación debería recaer en el candidato más adecuado.

En este sentido, la LCSP prevé¹²⁶ que la adjudicación de los contratos se realizará, con carácter general, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la

¹²¹ Quedan excluidos los supuestos de procedimiento negociado sin publicidad para los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios cuando éstos solo puedan encomendarse a un empresario concreto –art. 168.2, letra a) LCSP-.

¹²² En este sentido, a tenor de dicho precepto, la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el IVA, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

¹²³ Arts. 134 a 155 LCSP.

¹²⁴ Arts. 156 a 187 LCSP.

¹²⁵ Respecto a la adjudicación de los contratos públicos en el marco de la LCSP, me remito a RAZQUIN LIZARRAGA, M.Mª. y VÁZQUEZ MATILLA, F.J.: La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público; Tomson Reuters Aranzadi, 2017.

¹²⁶ Arts. 145 a 148 LCSP.

mejor relación calidad-precio, la cual deberá evaluarse con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Los criterios cualitativos podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato¹²⁷. Dichos criterios deberán precisarse en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares o en el documento descriptivo, debiendo figurar, también, en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, y han de estar: vinculados con el objeto de contrato; ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; y han de garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Pues bien, cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

Ahora bien, previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida¹²⁸.

En todo caso, los criterios de adjudicación elegidos, incluidos los necesarios para resolver los eventuales desempates, y su ponderación –salvo en el caso de que el único criterio elegido sea el precio; y, en caso de que no sea posible realizarla justificadamente, deberán enumerarse los criterios por orden decreciente de importancia- han de ser públicos y justificarse de forma debida.

La LCSP regula las ofertas anormalmente bajas¹²⁹; es decir, las que resultan inviables por haberse utilizado de manera fraudulenta o corrupta y el procedimiento para excluirlas o expulsarlas detalladamente. En dichos casos, la Mesa de Contratación o, en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentren incursas en presunción de anormalidad. Así, en los Pliegos han de contemplarse los parámetros objetivos que permitirán identificar los casos en que una oferta se considere anormal. El órgano o la mesa requerirán al licitador que las hubiere presentado para que justifique y desglose, razonada y minuciosamente, el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en virtud del cual se haya detectado la anormalidad de la oferta; tomando, pues, la decisión de su exclusión a posteriori.

¹²⁷ Los cuales se precisan en el art. 145.2 LCSP. A saber: la calidad, incluido el valor técnico; las características estéticas y funcionales; la accesibilidad; el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias; las características sociales, medioambientales e innovadoras; y la comercialización y sus condiciones; la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito que vaya a ejecutar el contrato; y el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega.

¹²⁸ Calculado con arreglo a los criterios fijados en el art. 148 LCSP.

¹²⁹ Art. 149 LCSP.

A continuación, la mesa o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y, posteriormente, elevará la propuesta al órgano de contratación. Para la realización de dicha propuesta deberá atenerse a los criterios de adjudicación señalados en el Pliego, pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos se estimen convenientes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, deberá entenderse que la mejor oferta es la que incorpora el precio más bajo. Seguidamente, se decidirá sobre la adjudicación, comunicándose la decisión a los candidatos y licitadores, y formalizándose el contrato, a través de los correspondientes anuncios.

Por último, con el fin de evitarse posibles problemas y resultados contrarios al interés general, la LCSP¹³⁰ prevé el régimen de la modificación de los contratos, que sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos; así como la posible cesión del contrato y la subcontratación¹³¹ sometiendo su admisibilidad al cumplimiento de ciertas exigencias.

B.- La organización administrativa en materia de contratación del sector público como herramienta anticorrupción. Hacia la especialización o profesionalización en el ámbito de la contratación en el sector público.

La nueva LCSP apuesta claramente por una contratación más ágil mediante el recurso, entre otros, de la contratación pública electrónica, lo que coadyuvará a la consecución de una contratación pública transparente y estratégica. De esta manera, la lucha contra la corrupción o la búsqueda de la transparencia también se plasma en la organización administrativa de los contratos públicos¹³².

Así, novedad de la LCSP en esta materia es la llamada Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación –OIRSC-¹³³, como órgano que deberá garantizar la correcta aplicación de la Ley; a la par que debe informar cuando se produzcan irregularidades o incumplimientos específicos de la misma¹³⁴.

Por ello, se configura como un órgano independiente, con la finalidad de defender la correcta aplicación de la LCSP, así como de luchar contra las irregularidades en materia de contratación pública. Por lo tanto, su objetivo y objeto le convierten en un elemento esencial para prevenir, detectar o eliminar los eventuales comportamientos corruptos o fraudulentos en el sector de la contratación del sector público.

¹³⁰ Arts. 203 a 207 LCSP.

¹³¹ Arts. 214 a 217 LCSP.

¹³² Sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., "Ética pública y contratación: Medidas contra el fraude y la corrupción en la Ley de Contratos del Sector Público", Diploma de Especialización en Contratación Pública, Universidad de Salamanca, Curso 2018-2019 (documento original no publicado); págs. 38 a 42.

¹³³ GIMENO FELIU, J.M^a Y MORENO MOLINA, J.A.: La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OReISCon) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública; Observatorio de Contratación Pública: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.489/chk.1a330c71b51664cf860f47dd98b87406>

¹³⁴ Por influjo directo del art. 83 de la Directiva 2014/24/UE.

Ahora bien, aunque de sobra es conocido el fenómeno de las administraciones independientes, el legislador parece no tener clara la naturaleza final de la OIRSC. En realidad, aparece configurada como un órgano colegiado¹³⁵ que, a efectos administrativos y presupuestarios, se adscribe al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría del Departamento.

En cuanto a su configuración, debe señalarse que se compone de un presidente y cuatro vocales, elegidos entre funcionarios de carrera que cuenten, al menos, con diez años de experiencia profesional en materias relacionadas con la contratación pública; lo cual le otorga el carácter de órgano especializado en la materia¹³⁶; en otras palabras, se apuesta de forma decidida por la profesionalización de los órganos encargados de la contratación del sector público¹³⁷.

Cuestión distinta es su independencia. Aunque debe destacarse tanto la duración del periodo, improrrogable, en el que ocupan el puesto tanto el presidente como el resto de integrantes de dicha OIRSC –siendo éste de 6 años, con un sistema de renovación parcial, siendo la primera a los tres años –, así como la independencia e inamovilidad de sus miembros, que sólo podrán ser cesados por causas de extrema gravedad, renuncia o expiración¹³⁸; sin embargo, su nombramiento corresponde al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y Función Pública.

En todo caso, esta independencia proclamada deberá adaptarse a los postulados comunitarios¹³⁹ y, por ello, también la financiación de dicho órgano, que nada se dice sobre la misma, será determinante para entender el trasfondo de la cuestión, dado que el legislador no contempla ningún otro precepto respecto de la independencia del OIRSC.

En cualquier caso, lo más relevante es centrarse en las funciones de dicho órgano¹⁴⁰. Así, con carácter general, se encargará del control de todos aquellos elementos que afecten a la contratación pública; en particular: velar por la correcta aplicación de la normativa, promover la concurrencia y combatir ilegalidades, lo que se traduce en detectar problemas, sobre todo sistemáticos, en la contratación pública, así como verificar que efectivamente se llevan a cabo las prácticas de transparencia y buen gobierno.

¹³⁵ Por lo tanto, de los que aparecen previstos en el art. 19 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

¹³⁶ Dicho carácter de órgano especializado se refuerza con la posibilidad legalmente reconocida –art. 332.5 LCSP- de crear, a través de un Real Decreto, un órgano de apoyo y asesoramiento un Consejo Asesor formado por académicos, profesionales y técnicos independientes de reconocido prestigio en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas.

¹³⁷ Sobre esta profesionalización, ver: GIMENO FELIU, J. M^a.: *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*; Thomson Reuters, Aranzadi, 2019, págs. 329 a 336.

¹³⁸ Estas causas se limitan, vía art. 332.3 LCSP, a la pérdida de la nacionalidad, incumplimiento grave de sus obligaciones, condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta para el ejercicio de empleo o cargo público por razón de delito y la incapacidad sobrevinida para el ejercicio de su función.

¹³⁹ En la Directiva 2014/24/UE avanza, sin embargo, que dicho órgano ha de tener independencia para el correcto desempeño de su labor. Parece, pues, que lo correcto y necesario sería el que se llevara a cabo el desarrollo reglamentario pertinente para cumplir con el mandato europeo.

¹⁴⁰ Art. 332.6 LCSP.

Pero aunque sus objetivos son amplios, llama la atención lo limitado que son sus atribuciones para poder cumplirlos, al menos sobre el papel. En general, a falta de su desarrollo reglamentario, sus funciones se caracterizan por ser de vigilancia y control, no de intervención directa, más allá de la aprobación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública –vinculante para el sector público¹⁴¹-, o de aprobar instrucciones que fijen las pautas de interpretación y aplicación de la legislación de contratación pública; así como elaborar recomendaciones, generales o particulares, a los órganos de contratación. De todas, sólo esta última función parece que acoge una posible intervención directa, en tanto que si de la supervisión realizada se estimara que fuese conveniente el que se solventara alguna cuestión problemática detectada, o algún obstáculo o circunstancia de relevancia, las instrucciones que dicte el OIRSC, serán de obligatorio cumplimiento para todos los órganos de contratación del sector público estatal¹⁴².

C.- La información como elemento fiscalizador de la corrupción.

La LCSP implementa las obligaciones de información que pesan sobre el órgano de contratación de la Administración General del Estado y de entidades del sector público que dependan de ella. Así deberán remitir al Tribunal de Cuentas o al órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma¹⁴³. Pues bien, además de los relativos a los acuerdos marco, se añaden aquellos que sean contratos específicos que se celebren en el

¹⁴¹ Debe tenerse presente que, en virtud del art. 332.7, letra a) LCSP, esta función se llevará a cabo a propuesta del Comité de Cooperación en materia de contratación pública. Debe tenerse presente que la Estrategia Nacional de Contratación Pública nace con carácter de instrumento jurídico vinculante –art. 334.1 LCSP- que servirá para ejecutar las funciones de la OISRC, la cual deberá aprobar dicha Estrategia. Pues bien, todavía sigue pendiente la aprobación de la primera Estrategia Nacional de Contratación Pública, a pesar de que debería estar aprobada por dicho organismo en el plazo de 9 meses desde que la LCSP se publicara en el BOE. Sobre esta cuestión: GIMENO FELIU, J.M^º: Comentarios de urgencia al documento de la Comisión Europea de 27 de febrero de 2019 sobre la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos – España – Informe España 2019. Observatorio de Contratación Pública:<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.488/recategoria.208/reلمenu.3/chk.2407ba2f73d028fd5cf232d50a22b71b> Respecto a este informe, me remito a :Brussels, 27.2.2019 SWD(2019) 1008 final COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Country Report Spain 2019 Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances Accompanying the document COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN CENTRAL BANK AND THE EUROGROUP 2019 European Semester: Assessment of progress on structural reforms, prevention and correction of macroeconomic imbalances, and results of in-depth reviews under Regulation (EU) No 1176/2011; COM(2019) 150 final.

¹⁴² Debe tenerse presente, pues, que su actuación se limita al sector público estatal, sin hacerse referencia alguna al ámbito autonómico y local, verdaderos impulsores de la contratación pública. Se hace, también, referencia a la existencia de distintas autoridades de supervisión, designadas por las administraciones competentes en sus respectivos ámbitos territoriales –art. 332.9, párrafo 2º LCSP-, pero no parece que sea obligatoria su creación, especialmente si se tiene en consideración lo previsto en el art. 332.12 LCSP cuando señala que las Comunidades Autónomas podrán crear sus propias Oficinas de Supervisión de la Contratación. Tampoco de determina cuáles son las consecuencias ante el incumplimiento de sus instrucciones para aquéllos órganos responsables de éstos que no las acaten. Pero, sin embargo, sí queda claro que el OISRC no tiene atribuida ninguna medida de ejecución forzosa, tampoco la potestad sancionadora con la que garantizar el cumplimiento de sus instrucciones.

¹⁴³ Si bien la redacción del art. 335.1 LCSP es confusa, dado que las Comunidades Autónomas no estarán obligadas a seguir este mecanismo, pues sólo se alude en dicho precepto a la remisión de la información al órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma, no de la obligación para los órganos de contratación autonómicos de remisión de dicha información, dada la redacción del art. 335.4 y 5 LCSP. Tampoco se dice nada respecto del caso de los Entes Locales.

marco de un sistema dinámico de adquisición cuando excedan las cuantías señaladas¹⁴⁴. En tales casos, habrá que remitir una copia certificada del documento en el que se hubieren formalizado dichos contratos.

A mayores, también deberá remitirse una relación de los demás contratos realizados – incluyendo los menores-, excepto aquellos que siendo su importe inferior a cinco mil euros se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja u otro sistema similar para realizar pagos menores. Estas relaciones se ordenarán en función del adjudicatario, y podrán remitirse de manera electrónica a través de la Plataforma de Contratación donde esté establecido el perfil del contratante¹⁴⁵.

Por su parte, será el Tribunal de Cuentas el que deberá establecer la forma y el procedimiento para que las remisiones sean efectivas, mediante las correspondientes instrucciones¹⁴⁶.

A parte de esta obligación, los órganos de contratación deberán redactar un informe escrito sobre cada contrato de obras, suministros o servicios o acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada, así como cada vez que establezcan un sistema dinámico de adquisición, salvo en lo que respecta a contratos basados en acuerdos marco, cuando estos se hayan celebrado con una única empresa, o si se hubieren concluido con varias empresas, la adjudicación de los contratos en él basados se realizará, bien sin nueva licitación, bien con nueva licitación¹⁴⁷.

Así, como prevé la LCSP¹⁴⁸, cada vez que se realice un contrato de obra, servicio o suministro, sujeto a regulación armonizada o establecido en un sistema dinámico de adquisición, se deberá realizar un informe que incluirá, como mínimo, los datos siguientes: nombre y dirección donde tiene poder el adjudicador, así como el objeto y precio del contrato, del acuerdo marco o sistema dinámico de adquisición¹⁴⁹. También se exigirá el que se faciliten los motivos por los que se hayan rechazado las ofertas consideradas anormalmente bajas; así como el nombre del adjudicatario y los motivos por los que se ha elegido su oferta y, si se conoce, la parte del contrato o del acuerdo marco que el adjudicatario tenga previsto subcontratar con terceros; por último, en caso de que existan y si se conocen en ese momento, los nombres de los subcontratistas del contratista principal.

Para el caso de los procedimientos restringidos, de licitación con negociación, de diálogo competitivo y de asociación para la innovación, habrá que incluir los nombres de los candidatos o licitadores seleccionados y los motivos que justifican su elección;

¹⁴⁴ Estas serían 600.000 euros –para contratos de obras-; 450.000 euros –para contratos de suministros-; y 150.000 euros –para el caso de contratos de servicios o contratos administrativos especiales-.

¹⁴⁵ En la información que se facilite tiene, como mínimo, que constar la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía –art. 335.1, párrafo 3º in fine LCSP-.

¹⁴⁶ Art. 335.5 LCSP. U órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma.

¹⁴⁷ Me remito al art. 336.2 en relación con el art. 221.3 y 4, letra a) LCSP.

¹⁴⁸ Art. 336.1 LCSP.

¹⁴⁹ En la medida en que el anuncio de formalización del contrato contenga la información requerida en el presente apartado, los poderes adjudicadores podrán hacer referencia a dicho anuncio –art. 331.1, in fine LCSP-.

los nombres de los candidatos o licitadores excluidos y los motivos que justifican su exclusión. Específicamente, para los procedimientos de licitación con negociación y los procedimientos de diálogo competitivo, al igual que para los procedimientos negociados sin publicidad previa, habrá que incluir la acreditación de las circunstancias que justifiquen el recurso a estos procedimientos.

En caso de darse, igualmente será obligatoria la acreditación documental de los motivos por los que el adjudicador hubiere decidido no adjudicar o celebrar el contrato o el acuerdo marco o hubiere renunciado a establecer un sistema dinámico de adquisición.

El citado informe, asimismo, deberá incluir los motivos por los que se han utilizado medios de comunicación distintos de los electrónicos para la presentación electrónica de ofertas; los conflictos de intereses detectados y las medidas tomadas al respecto, así como las medidas tomadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieren participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubiesen asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, dirigidas a no falsear la competencia¹⁵⁰.

D.- El régimen de las prohibiciones de contratar en la LCSP: la buena conducta empresarial.

En el sector de la contratación pública, fundamentalmente será la LCSP la que, al llevar a cabo la regulación de las prohibiciones de contratar¹⁵¹, marque el límite, la guía a seguir para distinguir aquellas conductas correctas, honestas, adecuadas o decorosas de las impropias, fraudulentas o corruptas, conllevando éstas la imposibilidad e incapacitación para contratar con alguna de las entidades del sector público. Ahora bien, somos conscientes que esta regulación no impide el que se produzcan o sigan produciendo prácticas corruptas en dicho sector¹⁵², razón por la que han ido adquiriendo cada vez más trascendencia los códigos de conducta adoptados por ciertas organizaciones o asociaciones empresariales como guías que contienen valores o principios esenciales como pauta a seguir en su comportamiento profesional. Sin embargo, estos códigos requieren de un compromiso personal por parte de todos y cada uno de sus miembros, es decir, hay que creérselos realmente, hay que pasar de las palabras, escritas o habladas, a la acción en pos de la búsqueda de esa regeneración del

¹⁵⁰ En concreto, el art. 70 LCSP se refiere a la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas o el trámite de audiencia, cuando vaya a ser excluido, al candidato o licitador que participó en la preparación del contrato para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras. Dicho precepto, además, señala que las medidas adoptadas se consignarán en los informes específicos previstos en el art. 336 LCSP.

¹⁵¹ Sobre las prohibiciones de contratar, me remito específicamente a MEDINA ARNAIZ, T.: Las prohibiciones de contratar desde una perspectiva europea; Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

¹⁵² Ya se ha hecho alusión a los casos detectados por la CNMC que han llevado a la sanción de varias empresas por llevar a cabo pactos colusorios a la hora de obtener la adjudicación de contratos con ADIF o el caso de la constructora OHL por el pago de “mordidas” a funcionarios públicos con el objetivo de conseguir el que le fueran adjudicados ciertos contratos públicos.

comportamiento en el sector de la contratación pública si queremos que dichos códigos sean realmente efectivos¹⁵³.

a) El régimen de las prohibiciones de contratar.

En concreto, pues, las prohibiciones de contratar serían las circunstancias que impiden e incapacitan al contratista para poder ser adjudicatario de uno de los contratos del sector público contemplados en la LCSP. De esta manera, solo podrán contratar con el sector público las personas, naturales o jurídicas, españolas o extranjeras que, entre otras consideraciones, no estén incurso en alguna de las prohibiciones de contratar contempladas en la Ley¹⁵⁴. Previsión esta que, por lo tanto, constituye una de las medidas más específicas y efectivas contempladas para desalentar, desincentivar y eliminar cualquier tipo de actuación corrupta o fraudulenta en la contratación pública.

Más específicamente, la LCSP¹⁵⁵ prohíbe contratar con cualquiera de las entidades del sector público¹⁵⁶ a las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, en quienes concurren alguna o algunas de las siguientes circunstancias:

- a) Haber sido condenadas, mediante sentencia firme, por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio¹⁵⁷.
- b) Haber sido sancionadas, con carácter firme, por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social.

¹⁵³ Lo resume en la frase escrita por KERR, J.: “Levántense cada día y sean lo mejor que puedan ser”; KERR, J.: Legado. 15 lecciones sobre liderazgo. Qué nos enseñan los All Blacks sobre la empresa de vivir; 1ª edic., ciudad autónoma de Buenos Aires; Deldragón, 2014, pág. 70.

¹⁵⁴ Art. 65 LCSP.

¹⁵⁵ Art. 71 LCSP.

¹⁵⁶ Las contempladas específicamente en el art. 3 LCSP.

¹⁵⁷ Según el art. 71.1, letra a) in fine LCSP: “La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado”.

- c) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley Concursal.
- d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes o en el cumplimiento de la normativa relativa a los trabajadores con discapacidad o igualdad.
- e) Haber incurrido en falsedad, entre otros casos, en los datos relativos a su capacidad y solvencia.
- f) Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa firme, con arreglo a la Ley General de Subvenciones o la Ley General Tributaria.
- g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas; de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma¹⁵⁸.
- h) Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el Boletín Oficial del Estado el incumplimiento a que se refiere el artículo 15.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o en las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo¹⁵⁹.

Por otra parte, también se impide a los empresarios contratar con las entidades del sector público sujetas al ámbito subjetivo de la LCSP –art. 3-, cuando se den las condiciones siguientes:

- a) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor¹⁶⁰, mediando dolo, culpa o negligencia.

¹⁵⁸ Según el art. 71.1, letra g), párrafo 2º LCSP: “La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas”. Igualmente, párrafo 3º, “la prohibición se extiende, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero”. Según el Informe de la antigua JCCA 48/2005, de 24 de marzo, estas incompatibilidades no han de interpretarse extensivamente.

¹⁵⁹ En virtud del art. 71.1, letra h) in fine: “La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo”.

¹⁶⁰ Por incumplimiento de lo establecido en el apartado 2 del art. 150 dentro del plazo señalado.

- b) Haber dejado de formalizar el contrato, que ha sido adjudicado a su favor, en los plazos previstos en el art. 153 por causa imputable al adjudicatario.
- c) Haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de conformidad con el art. 202, cuando dicho incumplimiento se considere infracción grave en los pliegos o en el contrato, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.
- d) Haber dado lugar, por causa de la que hubieren sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con cualquiera de las entidades del sector público mencionadas en el art. 3 LCSP.

Además, todas estas prohibiciones de contratar afectarán, también, a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas¹⁶¹.

La concurrencia de alguna o algunas de estas causas de prohibición de contratar deberá apreciarse, según los casos, directamente por el órgano de contratación o mediante la tramitación de un procedimiento administrativo específico¹⁶².

Así, el órgano de contratación puede apreciar, de manera directa, la concurrencia de la causa de prohibición en los casos de concurso e insolvencia; deudas con la Hacienda Pública o la Seguridad Social y personal discapacitado; infracciones en materia de subvenciones y tributarias; incompatibilidades de miembros del Gobierno de la Nación, altos cargos, personal al servicio de las Administraciones Públicas o derivadas de la legislación electoral, o infracciones de la legislación de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y altos cargos; las cuales subsisten mientras concurren las circunstancias que en cada caso se determinen.

Igualmente, el órgano de contratación apreciará directamente la prohibición de contratar de quienes hubieren sido condenados por algunos de los delitos señalados o sancionados por las infracciones establecidas; teniendo en estos casos la prohibición los efectos que se establezcan en la sentencia o la resolución sancionadora y, en caso de que no señalen nada, su alcance y duración se determinarán a través del procedimiento administrativo previsto a tal efecto en la LCSP –art. 72-.

La LCSP prevé, para los casos en que el órgano de contratación no aprecie directamente la concurrencia de las circunstancias que impiden contratar, un procedimiento administrativo específico, que deberá decidir sobre el alcance y duración de la prohibición. En este sentido, los órganos competentes para adoptar las decisiones oportunas son:

¹⁶¹ Art. 71.3 LCSP.

¹⁶² Art. 72 LCSP.

- a) El Ministro de Hacienda, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE, en adelante), en relación con los condenados o sancionados por los delitos o infracciones señaladas, mediante sentencia o resolución que no fije el alcance y duración de la prohibición. Y, en todo caso, respecto de la obligación de comunicar la información prevista en materia de clasificación y respecto del Registro de Licitadores y Empresas Clasificadas.
- b) El órgano de contratación en relación con la prohibición relativa a las falsedades sobre los datos de solvencia y capacidad, y en todos los supuestos del segundo grupo de circunstancias referidas a los incumplimientos en contratos anteriores.
- c) En relación con las entidades que no tengan el carácter de Administración pública, será competente el titular del departamento, presidente o director del organismo al que esté adscrita o del que dependa la misma o al que corresponda su tutela o control; o, si está vinculada a más de una, le corresponderá a la que ostente el control o participación mayoritaria.

En lo que respecta a la regulación del procedimiento concreto, la LCSP se remite a sus propias normas de desarrollo¹⁶³. Sin embargo, la propia LCSP contempla algunos límites a la iniciación de este procedimiento; en concreto:

- En relación con los condenados por los delitos apuntados, cuando la pena impuesta hubiere prescrito;
- En el caso de que no se hubiere formalizado el contrato por causa imputable al adjudicatario, hasta transcurridos tres meses desde la adjudicación; y,
- Hasta pasados tres años, a contar desde la firmeza de la resolución sancionadora de las infracciones antes señaladas; en los casos de falsedad referenciados, desde la fecha de comunicación de esos datos falsos; en los casos de resolución culpable del contrato, desde que sea firme dicha resolución; desde la fecha en que se hubiere formalizado el contrato en infracción de una prohibición de contratar con una Administración pública; desde la fecha de adjudicación del contrato en los casos de retirada indebida de proposiciones o candidaturas; desde la fecha en que hubiere debido procederse a la adjudicación, si la prohibición se fundamenta en no haberse a la adjudicación, si la prohibición se fundamenta en no haberse justificado la inexistencia de deudas tributarias o a la Seguridad Social; y, por último, desde que la entidad contratante tuvo conocimiento del incumplimiento de las cláusulas o condiciones especiales de ejecución del contrato.

De otra parte, las circunstancias concretas de las prohibiciones para contratar señaladas inciden, igualmente, en los efectos de las declaraciones correspondientes de las mismas¹⁶⁴. De esta manera, las prohibiciones que consisten en haber incumplido un contrato anterior y las relativas a falsedades, afectan exclusivamente al ámbito del

¹⁶³ Que, por ahora, en lo que no se oponga a lo dispuesto en la misma, será el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. BOE, del 26 de octubre.

¹⁶⁴ Art. 73 LCSP.

órgano de contratación competente para su declaración; prohibición que podrá extenderse al correspondiente sector público en el que se integre el órgano de contratación, que en el caso del sector público estatal corresponde al Ministro de Hacienda, a propuesta de la JCCPE. Y, si la competencia para declarar la prohibición correspondiera a los órganos autonómicos correspondientes, la misma afectará a los órganos de contratación del sector público regional –pudiendo, excepcionalmente, extenderse a todo el sector público, a instancias de la Comunidad Autónoma o Administración Local, por el Ministro de Hacienda, previa consulta a la JCCPE-. En todo caso, si la competencia para declarar la prohibición de contratar corresponde al Ministro de Hacienda, la misma producirá efectos en todo el sector público.

Por su parte, todas las prohibiciones de contratar han de ser inscritas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, o en el registro equivalente de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición concreta y del órgano que la hubiere declarado¹⁶⁵.

Los órganos de contratación de las Comunidades Autónomas, de las ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla o de las entidades locales situadas en su territorio, notificarán la prohibición de contratar a los Registros de Licitadores de las Comunidades Autónomas correspondientes o, si no tuvieran, al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público. Obligación de notificación que, en el caso del Estado, se prevé, por ahora en lo que no se oponga a la LCSP, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo¹⁶⁶. La inscripción de la prohibición de contratar caduca pasados tres meses desde que finalice su duración, debiendo procederse de oficio a su cancelación tras dicho plazo.

Respecto a la duración de las prohibiciones señaladas, en el caso de las declaradas por sentencia será la que esta establezca y, si no prevé nada, no podrá exceder de cinco años a contar desde la fecha de condena por sentencia firme. En el resto de supuestos, el plazo no podrá exceder de tres años, teniendo en cuenta los efectos de las prohibiciones.

Por su lado, las prohibiciones de contratar que deriven de condenas por delitos y de sanciones administrativas producirán efectos desde la fecha en que devinieran firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquélla o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición. Ahora bien, en los casos en que los efectos de la prohibición de contratar se produzcan desde la inscripción en el correspondiente Registro, podrán adoptarse, en su caso, por parte del órgano competente para resolver el procedimiento de determinación del alcance y duración de la prohibición, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera adoptarse.

¹⁶⁵ Salvo, según el art. 73.2 LCSP, las relativas a haber sido declarado en concurso o insolvencia, al incumplimiento de las obligaciones tributarias, con la Seguridad Social o en relación con los trabajadores discapacitados, las causas por incompatibilidad y el incumplimiento de las obligaciones impuestas a los altos cargos.

¹⁶⁶ BOE del 15 de mayo.

En lo que respecta a las prohibiciones de contratar cuya causa fuera la sanción impuesta según la normativa tributaria o de subvenciones, producirán efectos respecto de las Administraciones públicas que se establezcan en la resolución sancionadora que las impuso, desde la fecha en que esta devino firme. Y, en el resto de supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el Registro correspondiente.

No obstante, en relación con las prohibiciones para contratar, la LCSP¹⁶⁷ prevé el descargo por pago y cumplimiento –a excepción de las prohibiciones que deriven de condenas penales-, al señalar que no procederá declarar la prohibición de contratar cuando, en el trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en tal sentencia o resolución, así como que han adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.

La prohibición de contratar, así declarada, podrá ser objeto de revisión en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que hubiere sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los aspectos anteriores; siendo el órgano competente para conocer de la citada revisión el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

La prueba, por parte de los empresarios, de no estar incursos en prohibiciones de contratar¹⁶⁸ podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos, y, cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá sustituirse por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado. Sin embargo, cuando el empresario estuviere inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y estos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares¹⁶⁹.

Para concluir, la trascendencia de las prohibiciones de contratar provoca que los contratos celebrados por personas incursas en las mismas sean nulos de pleno derecho¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Art. 72.5 LCSP.

¹⁶⁸ Art. 85 LCSP.

¹⁶⁹ Art. 140.3 LCSP.

¹⁷⁰ Art. 39.2, letra a) LCSP. Además, según doctrina mantenida por el Consejo de Estado (Dictamen 2717/2000, de 4 de octubre), si bien la prohibición de contratar sobreviniera con posterioridad a la adjudicación del contrato no es

a) La aprobación de códigos de conducta como medida complementaria para prevenir o evitar actuaciones fraudulentas o corruptas.

Como complemento o implementando las disposiciones normativas tendentes a la prevención, detección y expulsión tanto de las posibles actuaciones fraudulentas como de las eventuales prácticas corruptas en los distintos sectores –entre ellos, el de la contratación pública- adquiere trascendental importancia el hecho de que se aprueben, por parte de los mismos, códigos de conducta que alienten, dirijan y promuevan actuaciones honestas, ejemplares e íntegras. Claro, es necesario que cada uno de los miembros de estos distintos sectores o de las organizaciones que promueven y aprueban dichos comportamientos éticos -basados en valores y principios recomendables- asuman un compromiso personal en el cumplimiento de los mismos, ya que si no quedarían en mero papel mojado.

En este sentido, son muchas las organizaciones o asociaciones, públicas y privadas, que han plasmado en códigos de conducta toda esa serie de valores y principios éticos, como guía que debe guiar sus comportamientos futuros. Y es que, en realidad, las empresas, junto a la búsqueda de su eficacia económica, necesitan encontrar un sentido a su misión, un propósito que otorgue legitimidad a su actuación empresarial. Por ello, las empresas, sus directivos, deberían ejercer un liderazgo responsable, que a través de comportamientos honestos e íntegros ayude a promover una sociedad mejor, que ofrezca a los ciudadanos y a sus trabajadores oportunidades de mejora personal y profesional, así como un mejor legado a las generaciones futuras.

Todos estos valores y principios se encuentran recogidos en numerosos códigos de conducta, tanto de empresas públicas como privadas.

Así, por ejemplo, en lo que respecta a las empresas públicas, al albur de los Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno, publicados por primera vez en 2003¹⁷¹ y como complemento del trabajo desarrollado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos –OCDE-¹⁷², adquieren particular trascendencia “Los Diez

causa de nulidad, sí podría ser causa de resolución si la misma se hubiere pactado, vía art. 211, letra c) LCSP. A mayores, dichas prohibiciones no tienen carácter sancionador (Dictamen del Consejo de Estado 2079/2008, de 15 de enero de 2009).

¹⁷¹ Buscar en <http://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2016/09/Principios-Empresariales...>

¹⁷² Así, la OCDE aprobó las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales, revisadas en 2011 -OCDE (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es> - como meras recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que contienen principios y normas para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conformes con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente (por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción –CNUC-, que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005; la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales –es decir, la Convención Anticohecho de la OCDE- entró en vigor el 15 de febrero de 1999, junto a la Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de los Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 2009 –la Recomendación Anticohecho de 2009-; la Recomendación del Consejo sobre Medidas Fiscales para Combatir más a fondo el Cohecho de los Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 2009 y la Recomendación del Consejo sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación de 2006, son los documentos centrales de la OCDE que versan sobre el aspecto activo de la operación soborno: el ofrecimiento de soborno). Las Directrices constituyen, pues, el único código de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, que los gobiernos se han comprometido a promover. Y es que muchas empresas multinacionales han demostrado que el respeto de estrictas normas de conducta

Principios de las Empresas Públicas para Combatir la Corrupción”¹⁷³, dado que debido a los grandes escándalos de corrupción en torno a dichas empresas, resulta imprescindible que las mismas operen de conformidad con las normas más altas de integridad y transparencia, para pasar a convertirse en ejemplos de integridad en sus respectivos países. Pues bien, con el propósito de ayudarlas y orientarlas para que actúen con altos niveles de integridad e implementen los distintos programas anti-corrupción de los distintos países se han elaborado y aprobado estos Diez Principios en el que se apunta la manera de mejorar sus prácticas y procedimientos de lucha contra la corrupción.

Con ser todos estos principios¹⁷⁴ trascendentes en la búsqueda de la prevención, detección y lucha contra la corrupción, nos centramos, ahora, por su particular incidencia, importancia e impacto sobre el sector de la contratación, en el sexto de ellos, que lleva por rúbrica: “implementar políticas y procedimientos específicos para combatir los riesgos principales de corrupción”. Pues bien, dentro del mismo se hace alusión a que las empresas públicas deberán demostrar transparencia en los procedimientos de contratación. Así es, dado que una de las áreas de más alto riesgo de corrupción para las empresas públicas es el soborno pasivo asociado a la adjudicación de contratos públicos, con los subsiguientes riesgos de corrupción que lleva asociados

empresarial pueden mejorar el crecimiento. Ahora bien, el peligro es que en la actualidad la competencia es intensa y las empresas multinacionales se enfrentan a una gran variedad de marcos legales, sociales y normativos. En dicho contexto, pues, algunas empresas podrían caer en la tentación de descuidar las normas y principios de conducta adecuados con el fin de obtener una ventaja competitiva indebida. Ahora bien, esas prácticas de unas pocas empresas podrían poner en cuestión la reputación de la mayoría de ellas y se traduciría en una inmediata preocupación sobre las mismas de todos los ciudadanos. Para evitar esto, muchas empresas han respondido a las inquietudes de los ciudadanos desarrollando programas internos, sistemas de orientación y de gestión que avalan su compromiso con la proyección de una buena ciudadanía corporativa, de respeto de las buenas prácticas y de la buena conducta empresarial. En este sentido, el reflejo son estas Líneas Directrices, cuyo numeral VII –págs. 51 a 54- se dedica, específicamente, a la “Lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión”. Así, por ejemplo, las empresas no deben ofrecer, prometer o conceder ventajas indebidas, pecuniarias o de otro tipo a funcionarios públicos o a empleados de sus socios comerciales, así como tampoco deberán solicitar, recibir o aceptar ventajas indebidas, pecuniarias o de otro tipo, de funcionarios públicos o empleados de sus socios comerciales. De igual forma, las empresas no deberán recurrir a terceros –agentes u otros intermediarios, consultores, representantes, distribuidores, consorcios, contratantes y proveedores o asociados de las empresas- para hacer llegar ventajas indebidas, pecuniarias o de otro tipo, a los funcionarios públicos o empleados de sus socios comerciales o a familiares o asociados de los mismos. Asimismo, deberán elaborar y adoptar mecanismos de control interno y programas o medidas de ética y cumplimiento de normas apropiados para prevenir y detectar actos de corrupción, poniéndolos en conocimiento de sus empleados; y deberán mejorar la transparencia en sus actividades de lucha contra la corrupción, el soborno y otras formas de extorsión. En todo caso, no deberán pagar contribuciones ilícitas a candidatos a cargos públicos ni a partidos políticos u otras organizaciones políticas.

¹⁷³Transparency International, the global coalition against corruption, 2017 (<http://www.transparency.org>). Transparency International es un movimiento global, una organización de la sociedad civil, con una visión única: lograr un mundo sin corrupción en los gobiernos, las empresas, la sociedad civil y la vida cotidiana de las personas.

¹⁷⁴ El 1º: operar de acuerdo con las normas más altas de ética e integridad; el 2º: garantizar la aplicación de las mejores prácticas de gobierno y supervisión del programa anti-corrupción; el 3º: rendir cuentas ante las partes interesadas a través de la transparencia y la divulgación de información pública; el 4º: asegurarse de que las políticas y procedimientos en el área de recursos humanos estén en consonancia con el programa contra la corrupción; el 5º: elaborar el programa anti-corrupción a partir de una evaluación exhaustiva de los riesgos; el 6º: implementar políticas y procedimientos específicos para combatir los riesgos principales de corrupción; el 7º: gestionar la relación con terceros para asegurarse de que actúen según un estándar anti-corrupción equivalente al de la empresa pública; el 8º: servirse de la comunicación y capacitación para integrar el programa contra la corrupción dentro de la política de la empresa pública; el 9º: proporcionar canales de asesoramiento y de denuncia de irregularidades seguros y accesibles, y, por último, el 10º: supervisar, evaluar y mejorar continuamente la implementación del programa de lucha contra la corrupción.

(soborno, coima¹⁷⁵ rotación de ofertas y manipulación de licitaciones, tráfico de influencias en los procesos de adopción de decisiones y adjudicación de contratos a través del nepotismo y del amiguismo; la influencia de políticos y funcionarios para dirigir la adjudicación de contratos a favor de determinados proveedores; los contratos compensatorios así como los requisitos y condicionantes); la empresa pública deberá publicar y divulgar toda su información relativa a los procesos de contratación y adquisición, claro está a excepción de la que estuviere protegida legalmente por motivos como la seguridad nacional, la protección de la propiedad intelectual u otros criterios de confidencialidad. Y es que la transparencia en los procedimientos de contratación constituye una gran aliada en la defensa de la lucha contra la corrupción. Dicha información deberá divulgarse en el sitio web de la empresa pública o en el portal abierto del gobierno correspondiente¹⁷⁶.

En lo que respecta a la Unión Europea, sin ánimo de ser exhaustivos, debe señalarse que el Grupo de Estados contra la Corrupción –GRECO- fue constituido en el año 1999 por el Consejo de Europa en aras a asegurar el cumplimiento de los Estados miembros de dicho Grupo con los parámetros de anticorrupción a todos los niveles, con el objetivo de mejorar la capacidad de sus miembros en la lucha contra la corrupción a través de un proceso dinámico, ayudando a identificar las deficiencias que puedan existir.

De otra parte, advertimos también de la existencia de normativa europea que obliga a las empresas a la divulgación de información no financiera o relacionada con la responsabilidad social corporativa¹⁷⁷. En este sentido, la divulgación de información no financiera o relacionada con la responsabilidad social corporativa contribuye a medir, supervisar y gestionar tanto el rendimiento de las empresas como su impacto en la sociedad. Así, una mayor información no financiera por parte de las empresas constituye un elemento importante a la hora de garantizar un enfoque más a largo plazo. En este contexto, con el fin de mejorar la coherencia y la comparabilidad de la

¹⁷⁵ La coima es una forma de soborno pasivo que se produce cuando un licitante promete pagar un soborno a un empleado de una empresa pública si se le adjudica un contrato. Los fondos para el soborno se pueden obtener aumentando artificialmente el precio del contrato o por medio de cargos contractuales adicionales, que pueden generarse, por ejemplo, a través de la manipulación de pedidos urgentes o de la variación de términos contractuales. Así se contempla en: Los Diez Principios de Empresas Públicas para Combatir la Corrupción; Transparency International, the global coalition against corruption, 2017 (<http://www.transparency.org>); pág. 28. En todo caso, para una orientación detallada sobre la gestión de contratación pública, me remito a: Transparency International, Curbing Corruption in Public Procurement: A Practical Guide (Berlín: Transparency International, 2014). www.transparency.org/watwedo/publication/curbing_corruption_in_public_procurement_a_practical_guide

¹⁷⁶ En los Principios Globales sobre las Contrataciones Abiertas, que reúnen normas y buenas prácticas relacionadas con la divulgación de información y la participación en compras públicas, se ofrecen detalles sobre las mejores prácticas. Ver, en este sentido, <https://www.open-contracting.org/comenzar/principios-globales/?lang=es>.

¹⁷⁷ Me remito a la Directiva 2014/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, que tiene como objetivo identificar riesgos para mejorar la sostenibilidad y aumentar la confianza de los inversores, los consumidores y la sociedad en general, incrementando, para ello, la divulgación de información no financiera, como pueden ser los factores sociales y medioambientales. Por otro lado, la Directiva 2014/95/UE amplía el contenido exigido en el informe anual de gobierno corporativo que deben publicar las sociedades anónimas cotizadas, en aras de mejorar la transparencia facilitando la comprensión de la organización empresarial y de los negocios de la empresa de que se trate. Ambas disposiciones se han transpuesto a nuestro ordenamiento por parte de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (BOE, núm. 314, de 29 de diciembre de 2018).

información no financiera divulgada, algunas empresas (sociedades anónimas; sociedades de responsabilidad limitada y a las comanditarias por acciones que, de forma simultánea, tengan la condición de entidades de interés público cuyo número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 500 y empresas grandes, es decir, aquellas cuyo importe neto de la cifra de negocios, total activo y número medio de trabajadores determine su calificación en este sentido) deben preparar un estado de información no financiera que contenga información relativa, entre otros aspectos, a la lucha contra la corrupción y el soborno. Y en relación con la lucha contra la corrupción y el soborno, el estado de información no financiera podría incluir información sobre los instrumentos existentes para luchar contra los mismos. De esta manera, el estado de información no financiera debe incluir información sobre los procedimientos de diligencia debida –es decir, las actuaciones llevadas a cabo para identificar y evaluar los riesgos, así como para su verificación y control, incluyendo la adopción de medidas aplicadas por la empresa y, cuando sea pertinente y proporcionado, en relación con sus cadenas de suministro y subcontratación, con el fin de detectar, prevenir y atenuar los posibles efectos adversos y potenciales.

Para concluir con este apartado relativo a la elaboración de códigos de conducta en el que se recogen los valores y principios éticos a que deben someterse las presentes y futuras actuaciones de sus empresas, mencionaremos, por su importancia, el reciente Código y Normas de Conducta de los Directivos, titulado: “La Ética y los Valores: el camino para la Sostenibilidad”¹⁷⁸, en el que partiendo de su firme respaldo y respeto al ordenamiento jurídico vigente, los directivos se comprometen al establecimiento de todos los mecanismos y herramientas necesarias para garantizar un comportamiento íntegro en sus organizaciones, así como al ejercicio de su profesión de manera diligente y de buena fe, con las más altas exigencias jurídicas y éticas y con óptimos estándares de conducta profesional, con el establecimiento de normas y pautas que prevengan cualquier actividad delictiva –principio 5º-; así como a un proceder transparente en sus actuaciones y velando por que la contratación de los proveedores se desarrolle en un marco de transparencia, libre competencia, igualdad de oportunidades y al margen de cualquier vinculación o interferencia a sus intereses o a las de su organización – principio 6º-.

En definitiva, ahora sólo queda llevar estos principios a la práctica; es decir, debe pasarse de las buenas ideas a la acción para que pueda lograrse esa renovación, esa regeneración, esa buena conducta empresarial que tenga su reflejo en el sector de la contratación pública.

E.- El recurso especial en materia de contratación como herramienta de control de la corrupción.

Para concluir, unas breves palabras sobre el recurso especial en materia de contratación como herramienta de lucha contra la corrupción.

¹⁷⁸ Elaborado por la Comisión de Ética, Valores y Buen Gobierno de la Asociación Española de Directivos, febrero de 2019.

En efecto, la naturaleza especial del recurso¹⁷⁹ atendiendo a sus peculiaridades -sobre todo en lo que afecta a la materia objeto de recurso y los órganos encargados de su resolución- convierten al mismo en una herramienta eficaz de lucha contra la corrupción¹⁸⁰, dado que el incremento de los tipos de contratos contra los que se puede interponer como la reducción de las cuantías por encima de las cuales cabe su interposición solo puede verse como un incremento del control por parte de las Administraciones públicas en su actividad contractual pública¹⁸¹.

La interposición de dicho recurso, de carácter potestativo, produce la suspensión automática del acto de adjudicación, salvo en el caso de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos adjudicados en el seno de un sistema dinámico de adquisición¹⁸².

En cuanto a su ámbito objetivo, y en aplicación del principio de transparencia que preside la LCSP, los actos y decisiones consistentes en anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deben regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos previstos en la LCSP, acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores, así como las modificaciones contractuales, encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas legalmente y acuerdos de rescate de concesiones, cuando se refieran a los contratos siguientes que pretendan concertar las Administraciones públicas o las restantes entidades del sector público que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tengan un valor estimado superior a cien mil euros.
- Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados anteriormente, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.
- De igual forma, podrán recurrirse los contratos administrativos especiales cuando, por sus características, no sea posibles fijar su precio de licitación o, en

¹⁷⁹ En este sentido, PARDO GARCÍA VALDECASAS, J.J.: “El recurso especial en materia de contratación. Órganos encargados de su resolución”; en GIMENO FELIÚ, J.M^a.: (Dir.): Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018,pág. 600.

¹⁸⁰ Se puede apreciar en la ampliación del ámbito de aplicación de este recurso al poder interponerse el mismo, no sólo como señalaba la regulación anterior, contra los contratos sujetos a regulación armonizada –art. 40 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público-, sino también contra los contratos de obras, concesiones de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros y contratos de servicios y de suministros cuyo valor supere los cien mil euros.

¹⁸¹ Me remito al art. 44 LCSP.

¹⁸² Esta última salvedad se fundamenta en que en este tipo de contratos un plazo suspensivo obligatorio podría afectar a los aumentos de eficiencia que se pretenden obtener con esos procedimientos de licitación, tal y como prevé el Considerando 9 de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia en los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos.

otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

- También lo serán los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada y los encargos cuando, por sus características, no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida la duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido en los contratos de servicios.

Quedan, pues, fuera de su ámbito de aplicación los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los aludidos que, en todo caso, podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho; sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan alegarse por los interesados al recurrir el acto de adjudicación. No podrá, tampoco, interponerse este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia¹⁸³.

Si bien la interposición de este recurso especial excluye la posibilidad de acudir a la vía de alzada y revisión¹⁸⁴, los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones públicas que no reúnan los requisitos del recurso especial, podrán ser objeto de recurso con arreglo a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas –LPACAP-, así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Para el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa, con arreglo a lo previsto en la LPACAP ante el titular del Departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante competente estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

De otra parte, habrá que preguntarse, pues, para nuestro interés sobre los efectos de la suspensión automática en cuanto a herramienta de lucha contra la corrupción. Sería discutible, desde la perspectiva de la eficacia del acto, negar el valor de suspensión automática en la contratación, dado que el siguiente paso al ámbito para el que se contempla -abarca hasta la adjudicación- implica necesariamente el cumplimiento del objeto del contrato con la ejecución; por lo que una resolución posterior declarando la nulidad o anulabilidad bien se podría encontrar con un objeto ya ejecutado por el adjudicatario. Entendemos, en este sentido, que la lucha contra la corrupción no debe ser el hacerlo a favor de la indemnización del licitador que debió haber resultado adjudicatario y, ésta mediante, le impidió serlo. Además, su plazo de resolución y los

¹⁸³ Fernández de Gatta Sánchez, D., "Ética pública y contratación: Medidas contra el fraude y la corrupción en la Ley de Contratos del Sector Público", Diploma de Especialización en Contratación Pública, Universidad de Salamanca, Curso 2018-2019 (documento original no publicado); págs. 47 a 77.

¹⁸⁴ Así se deduce del art. 45.1 LCSP.

efectos de la misma, sea expresa o presunta, hacen que la suspensión automática no tenga por qué ser estigmatizada, como tampoco lo está en el caso de los recursos ante el ejercicio de la potestad sancionadora¹⁸⁵.

Para concluir una breve referencia a la especialización e independencia del órgano encargado de conocer y tramitar el recurso. Con ello, se pretende romper el autocontrol de la Administración que caracteriza a los recursos administrativos¹⁸⁶, a través de los cuales los órganos directivos tratan de llevar a cabo un control sobre las decisiones de los órganos inferiores y evitar, así, que lleguen a la jurisdicción actos que no hubieran agotado la vía administrativa¹⁸⁷.

Pues bien, en el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal¹⁸⁸, el conocimiento y resolución de este recurso especial se encomienda al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, como órgano especializado, atendiendo a su composición, que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias.

En efecto, adscrito al Ministerio de Hacienda, se compone de un Presidente y un número variable, según el número de asuntos, de vocales que, en ningún caso, será inferior a dos¹⁸⁹.

En consecuencia, la importancia de este órgano como elemento de lucha también contra posibles comportamientos corruptos o fraudulentos en el ámbito del sector público estatal reside no sólo en su especialización, sino en su independencia, lo que le permite

¹⁸⁵ Sobre ello, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., "Ética pública y contratación: Medidas contra el fraude y la corrupción en la Ley de Contratos del Sector Público", Diploma de Especialización en Contratación Pública, Universidad de Salamanca, Curso 2018-2019 (documento original no publicado); págs. 53 y 54.

¹⁸⁶ En efecto, estamos ante una administración especializada, independiente de la autora del acto o vía de hecho que motiva la interposición de la reclamación y que, por lo tanto, queda alejada del principio de dirección y del control que implica la posición de jerarquía que caracteriza al recurso administrativo ordinario –alzada-, o de la falta de ganas de reconocer los errores cometidos por el propio ente en el caso del recurso de reposición. Así, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., "Ética pública y contratación: Medidas contra el fraude y la corrupción en la Ley de Contratos del Sector Público", Diploma de Especialización en Contratación Pública, Universidad de Salamanca, Curso 2018-2019 (documento original no publicado); pág. 53.

¹⁸⁷ Respecto al rechazo al sistema de recursos administrativos tal y como está concebido en nuestra legislación, me remito a BAÑO LEÓN, J.M.: "El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español"; comunicación presentada al XI Congreso de la AEPDA, celebrado durante los días 5 y 6 de febrero de 2016, en Zaragoza y SANTAMARIA PASTOR, A.: "Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas", en SAINZ MORENO (Dir.): Estudios para la reforma de la Administración Pública; INAP, Madrid, 2004, pág. 184.

¹⁸⁸ El ámbito autonómico requiere de su normativa específica en lo que se refiere a la resolución del recurso especial en materia de contratación. Es exigencia legal la creación de un órgano independiente, en caso de que no se atribuyan al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –art. 46.1 LCSP-. Y, tanto los Ayuntamientos de los municipios de gran población –previstos en el art. 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local-, como las Diputaciones Provinciales podrán crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver estos recursos –art. 46.4 LCSP-.

¹⁸⁹ Así, podrán ser designados vocales de este Tribunal los funcionarios de carrera, que pasarán a la situación de servicios especiales, pertenecientes a cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hubieren desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a diez años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública. En lo que respecta al Presidente del Tribunal, se exigen los mismos requisitos, pero en cuanto al desempeño de su actividad profesional se exige un periodo de tiempo superior a quince años. Por último, tanto la designación del Presidente como de los Vocales se llevará a cabo por el Gobierno a propuesta conjunta del Ministerio de Hacienda y del Ministro de Justicia. En todo caso, formará parte de dicho Tribunal, con voz, pero sin voto, el Secretario General del mismo, según los arts.45.2 y 3 LCSP.

distinguirse de los recursos administrativos ordinarios que se resuelvan por el órgano de instancia o su superior jerárquico en el mejor de los casos. Esta independencia se refuerza por el carácter independiente e inamovible de los designados para formar parte del mismo, ya que no podrán ser removidos de sus puestos sino por causas tasadas¹⁹⁰.

Para concluir ya, otros aspectos que inciden en su independencia es tanto la duración del nombramiento -6 años-, no permitiéndose su prórroga; como la dotación de los servicios administrativos propios que sean precisos para su funcionamiento¹⁹¹.

IV.- BIBLIOGRAFÍA.

- BAÑO LEÓN, J.M.: “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español”; comunicación presentada al XI Congreso de la AEPDA, celebrado durante los días 5 y 6 de febrero de 2016, en Zaragoza.
- CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: Aspectos jurídicos del despilfarro en la gestión de los fondos públicos; Dykinson, 2019.
- DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J.: “La contratación pública electrónica como instrumento para la transparencia: ¿Estamos a setas o estamos a rolex?”; en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: Transparencia, Innovación y Buen Gobierno en la Contratación Pública; Tirant lo Blanch, 2019.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J.A.: Leyes de la corrupción y ejemplaridad pública; Amarante, 2019.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., "Ética pública y contratación: Medidas contra el fraude y la corrupción en la Ley de Contratos del Sector Público", Diploma de Especialización en Contratación Pública, Universidad de Salamanca, Curso 2018-2019 (documento original no publicado).
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: “Buen Gobierno, Innovación y Contratación Pública. Examen crítico de algunas técnicas para el fomento de la integridad en los contratos públicos, a la luz del Derecho Europeo y de su recepción por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”; en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: Transparencia, Innovación y Buen Gobierno en la Contratación Pública; Tirant lo Blanch, 2019.
- GIMENO FELIU, J. M^a.: *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*; Thomson Reuters, Aranzadi, 2019.
- GIMENO FELIU, J.M^a: Comentarios de urgencia al documento de la Comisión Europea de 27 de febrero de 2019 sobre la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos – España – Informe España 2019. Observatorio de Contratación Pública:<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.488/recategoria.208/reلمenu.3/chk.2407ba2f73d028fd5cf232d50a22b71b>
- GIMENO FELIU, J.M^a Y MORENO MOLINA, J.A.: La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OReISCon) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública; Observatorio de Contratación Pública:<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.489/chk.1a330c71b51664cf860f47dd98b87406>
- GOMÁ, J.: Ejemplaridad pública; Taurus, 2009.
- KERR, J.: Legado. 15 lecciones sobre liderazgo. Qué nos enseñan los All Blacks sobre la empresa de vivir; 1ª edic., ciudad autónoma de Buenos Aires; Deldragón, 2014.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M.: “Corrupción en la contratación pública”; en BETANCOR, A. (Dir.): Corrupción, corrosión del Estado de Derecho; Thomson Reuters Civitas, 2017.
- MEDINA ARNAIZ, T.: Las prohibiciones de contratar desde una perspectiva europea; Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- MELLADO RUIZ, L.: El principio de transparencia integral en la contratación del sector público; Tirant lo Blanch, 2017.
- MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE: Contratación Pública. Abogacía del Estado, 2018-2019; Lefebvre-El Derecho, S.A., 2017.

¹⁹⁰ Las previstas expresamente en el 45.4 LCSP.

¹⁹¹ Art. 45.5 y 7 LCSP.

- MIR PUIGPELAT, O.: Transparencia y procedimiento administrativo. El derecho de acceso al expediente y su conexión con el derecho de acceso a información pública; Civitas, 2019.
- MORENO MOLINA, J.A.: Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017; Tirant lo Blanch, 2018.
- OCHSENIUS ROBINSON, I.: Mecanismos de control, mejora y calidad en la contratación pública; Wolters Kluwer, 2019.
- PARDO GARCÍA VALDECASAS, J.J.: “El recurso especial en materia de contratación. Órganos encargados de su resolución”; en GIMENO FELIÚ, J.M^a.: (Dir.): Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M^a. y VÁZQUEZ MATILLA, F.J.: La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público; Tomson Reuters Aranzadi, 2017.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: Compliance y self-cleaning en la contratación pública europea; Anuario do Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, vol. 21(2017), págs. 277 a 299; DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2017.21.0.3280>.
- SANTAMARIA PASTOR, A.: “Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas”, en SAINZ MORENO (Dir.): Estudios para la reforma de la Administración Pública; INAP, Madrid, 2004.
- THALER, R. y SUNSTEIN, C.: “Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad”; Taurus, 2017.
- TEJEDOR BIELSA, J.: La contratación pública en España ¿sobre-regulación o estrategia? Causas y consecuencias de su problemática aplicación; Thomson Reuters Civitas, 2018.
- TERRÓN SANTOS, D.: "La influencia del green nudge en la nueva contratación pública", RIVERO ORTEGA, R. y CEREZO PRIETO, M. (Coord.) *Innovación en las normas ambientales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.