

Los principios de la contratación pública en la Unión Europea y España

The principles of public procurement in the European Union and Spain

Martín María Razquin Lizarraga

El autor es Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra y Director del Departamento de Derecho.

RESUMEN

Este estudio analiza los principios de la contratación pública que son la base de la regulación normativa de la Unión Europea y de España. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea los ha elevado al máximo rango y les da continua aplicación práctica. En España han sido recogidos en su última Ley de Contratos del Sector Público como referente en la lucha contra la corrupción y la eficiencia de la contratación pública.

PALABRAS CLAVE

Contratos públicos | Principios de la contratación pública | Igualdad | confidencialidad | Integridad.

SOBRE EL ARTÍCULO

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 10 de diciembre de 2019 y aprobado para su publicación el 16 de marzo de 2020.

SUMARIO

1. Los principios de la contratación pública en la Unión Europea; **2.** Los principios de la contratación pública en España; **3.** Aplicación práctica de los principios de la contratación pública, **3.1.** Principio de igualdad y no discriminación; **3.1.1.** Publicidad y transparencia, **3.1.2.** Competencia, **3.1.3.** Territorialidad, **3.1.4.** Modificación del contrato, **3.1.5.** Presentación y valoración de las ofertas; **3.2.** Principio de confidencialidad, **3.3.** Principio de integridad; **4.** Bibliografía

ABSTRACT

This study analyzes the principles of public procurement that are the basis of the regulatory regulation of the European Union and of Spain. The Court of Justice of the European Union has elevated them to the highest rank and gives them continuous practical application. In Spain they have been included in their latest Public Sector Contract Act as a reference in the fight against corruption and the efficiency of public procurement.

KEY WORDS

Public contracts | Principles of public procurement | Equality | Confidentiality | Integrity.

1. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho de la Unión Europea está formado por dos niveles: el Derecho originario, es decir, los Tratados (Tratado de la Unión europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión europea y Carta de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión europea), y el Derecho derivado, compuesto por los Reglamentos y Directivas que aprueban las Instituciones de la Unión Europea.

Los Tratados recogen principios generales que son aplicables a todos los ámbitos de actuación de la Unión Europea y que vinculan a los Estados miembros en todas sus políticas, por tanto, también en la contratación pública. Por otra parte, los Reglamentos y Directivas desarrollan dichos principios respecto del ámbito material que regulan.

En el ámbito de la contratación pública, la actuación de las Instituciones de la Unión Europea se plasma por medio de Directivas, las últimas en vigor, las Directivas 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre la contratación pública; 2014/23/UE, sobre los contratos de concesión; y 2014/25/UE sobre los contratos de sector específicos (agua, energía, transportes, y servicios postales)¹.

Las Directivas de 2014 han recogido la muy relevante doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que viene dictando numerosas sentencias en materia de contratación pública, que son dictadas en muchos casos con base en los principios del Derecho Comunitario. Se trata de una dinámica principialista que ha permitido la creación de un Derecho comunitario común en materia de contratación pública surgido a raíz de la aplicación de los principios y luego transformado en reglas más concretas, especialmente, en materia de adjudicación de contratos públicos².

La Directiva 2014/24/UE comienza su exposición de motivos con un recordatorio de los principios de la contratación pública y su entronque con los establecidos por los Tratados:

“La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia” (primer párrafo).

Y las tres Directivas sobre contratación pública de 2014 acogen estos principios, aunque aquí vaya a centrarme en lo establecido por la Directiva general, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública³.

-
- 1 Razquín (2015, 101-112), efectúa un análisis de las Directivas sobre contratación pública de 2014 y los aspectos más relevantes para su transposición por España.
 - 2 Moreno (2006, 25-28 y 2019, 19-32) examina ese origen de los principios de la contratación pública en los principios de los Tratados. Es, asimismo, el modelo que se sigue en el Derecho Internacional a fin de establecer unas reglas mínimas para la creación de un Derecho global de la contratación pública, donde su inicio se encuentra en la fijación de principios y luego en su ejecución, como expone Rodríguez (2016, 29-54).
 - 3 A ellas debe añadirse la Directiva 2009/81/CE, sobre contratos en los ámbitos de defensa y seguridad, que acoge asimismo como principios de adjudicación de los contratos que se celebren en estos ámbitos, los de igualdad y no

El art. 18.1 de la Directiva 2014/24/UE detalla los principios de la contratación pública en los siguientes términos:

“Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos” (art. 18.1).

Luego, el art. 21 de esta Directiva acoge el principio de confidencialidad.

Los principios se aplican a toda la contratación pública, tanto a la adjudicación como a la modificación de contratos, y eso explica su nueva ubicación en la Directiva 2014/24/UE, como principios generales. La Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018 (C-546/16) así lo afirma:

“En cualquier caso, procede recordar que los poderes adjudicadores deben respetar durante todo el procedimiento los principios de la contratación formulados en el artículo 18 de la directiva 2014/24, entre los que figuran los principios de igualdad de trato, de transparencia y de proporcionalidad” (apartado 38).

Por último, conviene advertir que el entronque de los principios en el Derecho originario de la Unión Europea provoca que estos principios se aplican a todos los contratos públicos con independencia de su importe⁴.

Las Directivas sólo son aplicables a los contratos públicos que superan un determinado umbral económico. Si no lo superan, no se les aplican, aunque sí los principios derivados de los Tratados. Y el TJUE ha hecho en varias ocasiones uso de los principios de los Tratados para resolver cuestiones que afectan a contratos inferiores a los umbrales de las Directivas.

Lo confirma la Sentencia del TJUE de 5 de abril de 2017 (C-298/15) que, al examinar un contrato inferior al umbral comunitario, afirma lo siguiente:

“Más concretamente, por lo que respecta a la adjudicación de contratos que, con arreglo a su valor, no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17, el Tribunal de Justicia puede tener en cuenta normas fundamentales y principios generales del Tratado FUE, en particular, sus artículos 49 y 56 y los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia que derivan de ellos, siempre que el contrato controvertido presente un interés transfronterizo cierto. En efecto, pese a no estar amparados por la Directiva 2004/17, tales contratos siguen sometidos a la observancia de esas normas y principios (véanse, en este sentido, las sentencias de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, apartados 22 a 24; de 18 de diciembre de 2014, Generali-

discriminación, transparencia, confidencialidad y secreto (arts. 3, 6 y 7).

4 Téngase en cuenta Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas de contratación pública emitida por la Comisión Europea (DOUE C 179, de 1 de agosto de 2006).

Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, apartado 27, y de 6 de octubre de 2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, apartado 19)” (apartado 36).

Y más recientemente, la misma doctrina se contiene en la Sentencia del TJUE de 20 de marzo de 2018 (C-187/16) que, reiterando de forma literal lo ya dicho por la Sentencia de 22 de octubre de 2015 (C-425/14, apartado 21), afirma:

“Sin embargo, de conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la adjudicación de contratos que, por su valor, no están incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre adjudicación de los contratos públicos está, no obstante, sujeta a las normas fundamentales y a los principios generales del Tratado FUE, en concreto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y a la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que tales contratos presenten un interés transfronterizo cierto (sentencia de 6 de octubre de 2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, apartado 19 y jurisprudencia citada)” (apartado 104).

2. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

La relevancia de los principios establecida en el Derecho de la Unión Europea ha sido reproducida en España, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que transpone las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE⁵, y se refiere a ellos ya en su art. 1.1, que dice así:

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

El art. 132 de la LCSP acoge los principios de la contratación pública en los siguientes términos:

1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la Disposición Adicional Cuarta.

2. La contratación no será concebida 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

5 Santamaría (2016, 83-102) señala que la importancia de los principios y su valor jurídico debía haber provocado una menor extensión de la normativa comunitaria y española, que son excesivamente prolifas.

indebidamente a determinados empresarios.

3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan 167 conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.

Y, seguidamente, el artículo 133 desarrolla el principio de confidencialidad.

Además de ello las referencias a los principios aparecen plasmadas a lo largo de la LCSP en diversos preceptos, además de los ya mencionados arts. 1, 132 y 133. Cabe citar los siguientes:

- "...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 confidencialidad cuando sea procedente” (art. 3.4 LCSP relativo a la contratación que realicen los partidos políticos).
- principios de necesidad, idoneidad y eficiencia (art. 28.3).
- publicidad y competencia (art. 166.2 sobre los procedimientos con negociación).
- principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (art. 321.1).
- principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia (art. 321.2 b)).
- principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación, concurrencia y transparencia (art. 332, sobre la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación).

Aunque no venga explicitado en el art. 132, no cabe duda alguna que la LCSP (y las Directivas) consagran como tal el principio de integridad, que sí viene recogido expresamente en el art. 1.1 LCSP. La integridad constituye un principio fundamental de la contratación pública, puesto que uno de los objetivos de la nueva LCSP ha sido el de la lucha contra la corrupción⁶, y a tal fin la LCSP ha articulado un importante elenco de medidas como los conflictos de intereses

6 Gimeno (2018, 240-318) explica las soluciones de la LCSP frente a la corrupción. Campos (2019: 99-104) ofrece

o las prohibiciones de contratar.

El Tribunal Constitucional español ha hecho uso de estos principios para resolver un recurso de inconstitucionalidad Así su STC 237/2016, de 19 de noviembre, asienta los principios de la contratación pública. Por un lado, afirma que “la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas”. Y, por otro, reitera que “la contratación 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 candidatos”.

3. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Ya se han señalado cuáles son los principios de la contratación pública recogidos en las Directivas comunitarias y en la LCSP de España. En el presente trabajo, se va a analizar su aplicación práctica, centrándome en el examen de tres de ellos: igualdad y no discriminación, confidencialidad e integridad⁷.

3.1. Principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación constituye el primer principio de la contratación pública. Tiene como principios derivados los de transparencia, competencia y concurrencia. La Sentencia del TJUE de 8 de febrero de 2018 (C-144/17) afirma que los principios de igualdad de trato de todos los licitadores y de transparencia constituyen la base de la Directivas sobre contratación pública (apartado 30).

El objeto de este principio es la igualdad de todos los licitadores y que ninguno de ellos puede ser discriminado de los demás por ninguna causa no justificada. La STJUE de 12 de marzo de 2015 (C-538/13)⁸ ofrece esta doctrina general:

33 El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las

una vertiente práctica con el análisis de la compliance en la contratación pública.

7 Para un estudio más extenso de todos los principios de la contratación pública puede verse Razquin (2018), pp. 181-238.

8 Esta doctrina se reitera en la Sentencia de 13 de julio de 2017: “Asimismo, es preciso recordar, por un lado, que el principio de igualdad de trato obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otro lado, el objetivo de la obligación de transparencia, que constituye su corolario, es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Esta obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia de 2 de junio de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, apartado 36 y jurisprudencia citada)” (apartado 34).

empresas que participan en un contrato público, obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, apartado 110, y Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44).

34 La obligación de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente como objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador respecto de determinados licitadores o de determinadas ofertas (véanse, en ese sentido, las sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, apartado 111, y Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44).

Estos objetivos generales se ven luego desarrollados en diversos aspectos concretos, de los que se van a destacar los más importantes.

3.1.1. Publicidad y transparencia

Para que todos los licitadores sean iguales deben poder acceder a las licitaciones mediante el conocimiento de éstas, lo que obliga a que los poderes adjudicadores realicen publicidad de sus contratos. Por eso uno de los aspectos principales es que se celebre un procedimiento de licitación, en definitiva, que no se obvie éste mediante el recurso a procedimientos excepcionales que recurran a la adjudicación directa. El segundo es que las licitaciones sean objeto de publicación en el medio de publicidad establecido y que éste sea accesible electrónicamente por cualquier licitador. Es un principio que alcanza a todas las fases de la contratación y que favorece tanto a los posibles licitadores como a aquellos que ya participan en un procedimiento de licitación⁹.

Ya la conocida Sentencia de 13 de abril de 2005, Parking Brixen, luego reiterada profusamente, afirmaba lo siguiente: “Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación...” (Apartado 49)¹⁰.

La aplicación práctica de la publicidad se encuentra en especial en el art. 63 LCSP, que

9 Véase Cerillo, A. (2018), pp. 319-367, y con una perspectiva más amplia Valcárcel, P. (2019), pp. 93-130.

10 Reitera esta doctrina de forma más amplia la Sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2013 (T-2/07, España/ Comisión): “Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 70, supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 72 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que es el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 72 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 72 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades

establece el contenido mínimo de la información a publicar en el Perfil de Contratante, unido a la Plataforma de Contratación del Sector Público.

La STJUE de 14 de diciembre de 2016 (C-171/15) revela como una de las consecuencias la claridad de los anuncios de licitación y de los pliegos:

39 Además, el principio de igualdad de trato obliga a que los operadores económicos interesados en un contrato público tengan las mismas oportunidades en la redacción de sus ofertas y puedan conocer exactamente las obligaciones que se derivan del procedimiento y asegurarse, de hecho, de que todos los competidores se hallan sometidos a las mismas exigencias (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de junio de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, apartado 36).

40 Asimismo, la obligación de transparencia implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que todos los operadores económicos razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de junio de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, apartado 36 y jurisprudencia citada).

Se prohíbe, asimismo, fraccionar el contrato para eludir las obligaciones de publicidad (art. 99.2 LCSP). Y en el caso de división se exige que a los lotes se les apliquen las normas de procedimiento y publicidad en función del valor acumulado del conjunto (art. 99.6 LCSP). En similar sentido el art. 132.2 LCSP insiste en que la contratación no puede ser concebida para eludir la publicidad. Y ya desde el primer momento de las consultas preliminares al mercado se exige para éstas la misma publicidad que para los pliegos (art. 115.3 LCSP).

La otra vertiente de la transparencia es el derecho de acceso por los licitadores, que la LCSP une especialmente a la interposición de recursos contra los actos del procedimiento de adjudicación¹¹. Los licitadores podrán examinar el contenido del expediente de contratación a fin de valorar la interposición de recurso. El acceso consiste en la consulta directa del expediente de contratación por parte del licitador interesado, para lo que se exige que éste presente una solicitud por escrito en la que concrete su petición de acceso a la documentación. En principio, los poderes adjudicadores deben facilitar el acceso, salvo que concurra una causa

del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 72 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 72 supra, apartado 72, y la jurisprudencia allí citada)” (apartado 73).

11 Véase el estudio de Razquin, M.M. (2019), pp. 1-9 sobre el derecho de acceso en materia de contratación pública donde se exponen las resoluciones de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública al respecto.

que justifique la confidencialidad de algunos documentos.

3.1.2. Competencia

El principio de igualdad va inexorablemente unido a la libre competencia, como lo confirma la STJUE 11 de mayo de 2017 (C-131/16):

A este respecto, debe recordarse, ante todo, que la obligación de la entidad adjudicadora de respetar el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública (véanse, en particular, las sentencias de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, apartado 110, y de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 33) y que corresponde a la esencia misma de las normas de la Unión referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89, EU:C:1993:257, apartado 33; de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, EU:C:1996:161, apartado 51, y de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, apartado 33), implica, entre otras cosas, la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 45, y de 24 de mayo de 2016, MT Højgaard y Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, apartado 37) (apartado 25).

La competencia es un principio básico de la Unión Europea, que surgió con el objetivo principal de lograr un mercado común de sus Estados miembros en la entonces Comunidad Económica Europea. Es, por ello, que la competencia juega un papel fundamental, puesto que sin competencia no hay mercado, ahora el mercado interior¹².

Las Directivas de 2014 desarrollan el principio de competencia y exigen que la contratación pública se abra a la competencia.

La libre competencia obliga a los poderes adjudicadores a garantizar que todos los empresarios, independiente de la nacionalidad del Estado miembro, puedan participar en igualdad de condiciones dentro del mercado. Pero la competencia puede ser vulnerada no sólo por una actuación de los poderes adjudicadores, sino también de los propios empresarios.

Para los poderes adjudicadores, tanto las Directivas como la LCSP articulan normas que eviten falsear la competencia como la prohibición de fraccionamiento del contrato, la duración del contrato, la publicidad, la información, el conflicto de intereses o las especificaciones técnicas.

Para los empresarios, la participación en prácticas colusorias constituye una vulneración de los principios de la contratación pública que se sanciona con la exclusión de la licitación o con la regulación de prohibiciones de contratar.

La libre competencia opera a lo largo de todo el procedimiento de contratación, como

12 Véase en esta línea, López, A. (2018), pp. 369-419, quien realiza un análisis general del principio de competencia en la LCSP.

recuerda expresamente el art. 132 LCSP.

Además, la LCSP da entrada a los organismos competentes en materia de competencia, en España la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (y sus equivalentes de las Comunidades Autónomas), a los que debe comunicarse cualquier indicio de práctica contraria a la competencia.

3.1.3. Territorialidad

La igualdad de trato de los licitadores tiene como consecuencia la prohibición de cláusulas de territorialidad que pretendan favorecer a los nacionales de un Estado, o dentro del mismo a los de una determinada Comunidad Autónoma, Provincia o Municipio.

Así el TJUE se pronunció en contra de dicha cláusula contenida en un pliego aprobado por el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco (España) que en un contrato público de servicios de salud exigía que las prestaciones se efectuaran exclusivamente en el municipio de Bilbao, con la consiguiente exclusión de aquellos centros sanitarios que estuvieran en el extrarradio de este municipio (Sentencia de 22 de octubre de 2015, C-552/13). EL Tribunal entiende que esta exigencia de proximidad no queda justificada por la prestación del servicio de salud. En consecuencia, declara que:

“dicha exigencia no garantiza un acceso igual y no discriminatorio de todos los licitadores a los dos contratos de que se trata en el litigio principal, que pueden garantizar la proximidad y la accesibilidad del centro hospitalario privado de apoyo, ya que a esos contratos únicamente pueden acceder los licitadores en condiciones de prestar los servicios en cuestión en un centro situado en el término municipal designado en los anuncios de licitación correspondientes” (apartado 32).

Incluso, también se ha examinado la relación del principio de igualdad con el principio de proximidad propio del medio ambiente, por ejemplo, en materia de residuos. El principio de proximidad debe estar completamente justificado en razón de motivos ambientales claros, de modo que no se convierta en una vía de escape a la aplicación del principio de igualdad de trato. Y así la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Junta de Andalucía 410/2015 rechazó la cláusula basada en el principio de proximidad por entender que “la distancia entre los centros y la planta de tratamiento es una cuestión puramente accidental, lo que impide considerarla como directamente vinculada al objeto del contrato” y por tanto infringe los principios de igualdad de trato y no discriminación y de libre concurrencia.

Así también se precisa que estas cláusulas de proximidad tienen que tener una relación directa con el objeto del contrato, por lo que cuando no existe dicha relación directa la cláusula deviene contraria al principio de igualdad (Resolución del TACRC 407/2017, sobre exigencia de la inscripción en el Registro de la huella de carbono impuesta por los Pliegos para la conservación y mantenimiento de los jardines de un municipio):

“Por otra parte, el establecimiento de ese criterio para la valoración de las ofertas, al valorar la inscripción en el Registro de la huella de carbono, esta inscripción resultará difícilmente que concurra en empresas no residentes en España y sí en otros países de la Unión Europea con actividad en los mismos, por lo que el citado criterio favorecería a las empresas residentes en España, de lo que resulta su carácter discriminatorio y contrario a los principios generales de contratación pública. Se aprecia la vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los potenciales

licitadores” (FJ 5º).

3.1.4. Modificación del contrato

Una de las principales violaciones del principio de igualdad la constituye la modificación ilegal del contrato, por cuanto supone que las condiciones iniciales que conocieron todos los posibles licitadores han sido sustituidas por otras, que podrían haber movido tanto a su presentación como a la presentación de una oferta diferente¹³. Además, la modificación de los contratos ha operado como una de las vías de corrupción en la contratación pública.

Ahora como garantías de sujeción de las modificaciones a las previsiones de las Directivas y de la LCSP, ésta última, por un lado, exige la publicidad de las modificaciones en el Perfil de Contratante y, por otro, admite la interposición de recursos especiales ante los Tribunales Administrativos de Contratación Pública contra las modificaciones de los contratos que supongan en realidad una nueva licitación sin procedimiento de adjudicación.

Por otra parte, la igualdad de trato y la transparencia impiden las modificaciones imprevistas del contrato por cuanto alteran las condiciones iniciales de licitación, salvo en los supuestos muy limitados previstos en las Directivas.

La STJUE de 7 de septiembre de 2016 (C-549/14) examina las modificaciones introducidas en las condiciones para recoger una solución de compromiso entre las partes sin realizar un nuevo procedimiento de adjudicación¹⁴, afirmando lo siguiente:

“Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Concorre esta circunstancia cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, apartados 34 a 37)” (apartado 28).

13 Sobre la modificación de los contratos y el paso del “ius variandi” a la garantía del principio de igualdad de trato, puede verse Vázquez, F.J. (2015): *La modificación de los contratos públicos*, Thomson-Reuters Aranzadi.

14 Ya anteriormente la Sentencia de 13 de abril de 2010 (C-91/08) había apuntado en similar dirección: “Al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato (véanse, por analogía con los contratos públicos, las sentencias de 5 de octubre de 2000, *Comisión/Francia*, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46, y de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 34)” (apartado 37).

Muy recientemente el TJUE ha condenado al Estado italiano por incumplimiento de las Directivas sobre contratación pública por la ampliación de la duración de un contrato mediante la prórroga de la concesión de una autopista, por considerar que la misma constituye una modificación sustancial de las condiciones de la concesión vigente, lo que incumple el principio de igualdad de trato, que obligaba a publicar un anuncio de nueva licitación (Sentencia de 18 de septiembre de 2019, C-526/17, apartado 77).

3.1.5. Presentación y evaluación de las ofertas

Los licitadores deben estar en igualdad de condiciones tanto en la presentación como en la evaluación de sus ofertas. Así lo sostiene la Sentencia de 16 de septiembre de 2013 (T-2/07, España/Comisión):

“En concreto, el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada)” (apartado 72).

Para la presentación de ofertas se exige que los pliegos contengan las cláusulas que van a regir la licitación, y que sean claras y precisas, sin que luego puedan ser modificadas. De ahí la importancia de la publicidad que marca las reglas de juego tanto para los poderes adjudicadores como para todos los licitadores. Así lo indica la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (C-216/17):

“Pues bien, tanto los principios de igualdad de trato y no discriminación como el principio de transparencia que de ellos se deriva (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de diciembre de 2015, UNIS y Beaudout Père et Fils, C-25/14 y C-26/14, EU:C:2015:821, apartado 38) implican que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de adjudicación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 2017, Ingsteel y Metrostav, C-76/16, EU:C:2017:549, apartado 34)” (apartado 63).

Así también los criterios de adjudicación previstos en los pliegos deben ser aplicados en todo caso, sin que puedan introducirse cambios posteriores. La STJUE de 18 de octubre de 2001 (asunto C-19/00) así lo establece, al afirmar que el correspondiente precepto de la Directiva (allí de la precedente de 1971) debe interpretarse en el sentido de que permite a una entidad adjudicadora que haya decidido adjudicar un contrato a la oferta económicamente más ventajosa adjudicarlo al licitador que haya formulado la oferta cuyo coste final pueda ser el menos elevado según el dictamen profesional de un perito, siempre que se respete la igualdad de trato de los licitadores, lo cual supone que se garantice la transparencia y la objetividad del procedimiento y en particular:

- que el referido criterio de adjudicación se haya mencionado claramente en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, y
- que el dictamen profesional se base, en todos los puntos esenciales, en factores objetivos considerados, con arreglo a las normas que rigen en ese campo, pertinentes y adecuados para la apreciación llevada a cabo”.

Por un lado, ello supone que los licitadores, una vez que han presentado sus ofertas, no las puedan modificar, porque esto les otorgaría una posición de ventaja sobre el resto de licitadores. De ahí que las posibles subsanaciones de las ofertas deben verse con mucha cautela y restricción, como ha sostenido el TJUE en su Sentencia de 28 de febrero de 2018 (C-523/16 y C-536/16), dado que en otro caso se les permitiría presentar de facto una nueva oferta. También debe tenerse en cuenta este principio en el caso de absorción de una empresa licitadora por otra también licitadora, como ocurrió en la Sentencia del TJUE de 11 de junio de 2019 (C-697/17).

También el principio de igualdad opera respecto de las especificaciones técnicas que obligan a un licitador que ha presentado un producto “equivalente” a demostrar dicha equivalencia, puesto que en otro caso estaría en situación de privilegio respecto de los demás licitadores que sí cumplieron con dichas especificaciones técnicas (STJUE de 12 de julio de 2018, C-14/17).

Asimismo, este principio de igualdad de trato exige que los plazos de presentación de ofertas sean razonables y suficientes para que cualquier licitador diligente pueda presentar una oferta. Los plazos ajustados favorecen en muchos casos al licitador que ya venía prestando el contrato, de modo que le sitúan en una posición de ventaja sobre el resto de licitadores, con lo que se incumple el principio de igualdad, como puede verse en la STJUE de 20 de septiembre de 2018 (C-518/17).

La valoración de las ofertas conforme a la mejor relación calidad-precio permite excluir aquellas que no alcancen una puntuación mínima siempre que ésta venga justificada y prefijada en los pliegos, siempre que se hayan respetado los principios de transparencia, de no discriminación y de igualdad de trato, a fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de las ofertas y, por tanto, una competencia efectiva (STJUE de 20 de septiembre de 2018, C-546/16), apartado 31).

3.2. Principio de confidencialidad

La Estrategia Europea 2010 ha colocado a la innovación como uno de los basamentos

del futuro de Europa. Por ello, toda la normativa europea debe fomentar la innovación desde todas las perspectivas. Y así desde la línea de la contratación pública, las Directivas comunitarias de 2014 han recogido este objetivo y lo han integrado dentro de ellas¹⁵. Por eso no sólo se ha incentivado dentro de todos los procedimientos de adjudicación, sino que incluso se ha creado uno específico, la denominada “asociación para la innovación”.

La investigación y la innovación precisan de una protección reforzada, si se quiere que las empresas inviertan en ellas, de modo que puedan ver protegidos sus intereses comerciales e industriales y asimismo actuar en un mercado con competencia leal.

Así pues, la confidencialidad de los intereses comerciales e industriales, se ha convertido en un principio capital de la contratación pública. Si los poderes adjudicadores desean los mejores productos, obras o servicios, deben permitir que las empresas puedan elaborarlos y mejorarlos, con una adecuada protección de la innovación empresarial.

Así lo afirma la Directiva 2014/24/UE en su exposición de motivos:

“La investigación y la innovación, incluidas la innovación ecológica y la innovación social, se encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europa 2020. Los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad. Contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible”.

La LCSP, a pesar de haber profundizado de forma más significativa en la transparencia en aras de luchar contra la corrupción, también acoge el principio de confidencialidad en similares términos a la directiva comunitaria:

Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse

15 Véanse las conexiones de innovación y contratación pública en García, A. (2018), Las conexiones entre contratación administrativa e innovación. Madrid: Ed. Tecnos.

a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal” (art. 133.1).

Como puede verse, la confidencialidad aparece como un límite a la publicidad y a la transparencia, puesto que los secretos empresariales no pueden ser objeto de publicidad ni ser cedidos a terceros. Esto significa que la transparencia no es un principio absoluto, sino que tiene el importante límite de la confidencialidad de los intereses comerciales e industriales, que deben ser protegidos por los poderes adjudicadores¹⁶.

La regulación de la LCSP es más proclive a la transparencia que a la confidencialidad, a diferencia del texto de la Directiva, y de ahí los párrafos que se añaden al final de este apartado 1. Sin embargo, esta redacción no debe llevar a engaño porque la práctica de los Tribunales Administrativos de Contratos Públicos ha sido, con carácter general, defensora de la confidencialidad de los secretos empresariales, más ahora que incluso España ha aprobado la Ley 1/2019, de 20, de febrero, que ha transpuesto la Directiva sobre el know-how empresarial (Directiva 2016/943/UE).

Incluso, siguiendo a la Directiva de 2014, la LCSP ha incentivado la confidencialidad en aquellos procedimientos de adjudicación para los que se prevé su utilización en contratos que supongan innovación, como son el procedimiento de licitación con negociación y procedimiento negociado sin publicidad (arts. 171.7 y 173), el diálogo competitivo (art. 177.2) y la asociación para la innovación (arts. 181.6 y 182.2).

Las causas principales que justifican la confidencialidad son la protección de los datos de carácter personal y los secretos empresariales.

En relación con los datos de carácter personal rige lo dispuesto en el Reglamento de la Unión Europea 2016/649, de 27 de abril, que ha sido desarrollado en España por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

Muy recientemente el Gobierno español ha aprobado el Real Decreto Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se modifican diversos preceptos de la LCSP para incorporar nuevas disposiciones en orden a la protección de los datos personales en la contratación pública.

En cualquier caso, el motivo principal de aplicación de la confidencialidad en la contratación pública viene dado por los secretos empresariales. Su concepto se encuentra ahora recogido en el art. 1 de la Ley 1/2019 de secretos empresariales que dice así:

A efectos de esta ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

16 Para un análisis más amplio de la confidencialidad puede verse el estudio de Razquin (2018), pp. 867-911.

- a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas (desconocimiento por operador medio o dificultad de acceso);
- b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, (ventaja competitiva, Resoluciones TACRC 461 y 654/2019), información positiva y negativa, umbral mínimo), y
- c) Haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto (conducta y diligencia, Resolución TACRC 461/2019)¹⁷.

La confidencialidad actúa tanto sobre la publicidad como también sobre el derecho de acceso de los licitadores al expediente de contratación¹⁸.

Los Tribunales Administrativos han creado un cuerpo de doctrina del que cabe extraer las siguientes conclusiones. La premisa se encuentra en que la regla general es el acceso al expediente de contratación y la confidencialidad es la excepción. Por tanto, como toda excepción debe ser justificada por aquel que la alega, que deberá señalar la parte de su oferta que es confidencial, sin que pueda serlo toda ella. Esta declaración de los licitadores no vincula al órgano de contratación que deberá examinar caso por caso las declaraciones de confidencialidad, motivando su decisión. Y sólo son confidenciales los secretos técnicos o comerciales o aquella información que proteja un interés empresarial o salvaguarde la competencia. En suma, son confidenciales los documentos que no tengan carácter público y tengan un valor añadido para la empresa¹⁹.

Pero la confidencialidad no puede ser una patente de corso para excluir la concurrencia. Así pues, la confidencialidad no significa que pueda acudir a un procedimiento de adjudicación directa, sino que deberá ser protegida con los instrumentos propios de cada

17 Los añadidos en cursiva son del autor, y recogen la doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública sobre los secretos empresariales.

18 No debe olvidarse que la contratación pública también debe ser objeto de publicidad y de derecho de acceso por cualquier persona conforme a lo establecido en la Ley 9/2013, de 8 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. También esta Ley impone unos límites a la transparencia entre los que se encuentran los secretos empresariales y la protección de datos de carácter personal (arts. 14 y 15). El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha aprobado un Criterio Interpretativo sobre la definición del límite de los intereses comerciales e industriales, que son los equivalentes a los secretos empresariales (CI 1/2019).

19 Así se ha venido admitiendo la confidencialidad del proyecto técnico o la solución técnica, o de otros datos como características técnicas específicas de un producto, líneas generales de una campaña publicitaria, una fórmula, un compuesto químico, el modelo para una máquina o el nombre de una empresa que se pretende absorber, pero no la relación de trabajos, trabajadores, maquinaria, facturación o cuenta de resultados, y la estrategia original de una empresa consistente en estudios propios, formulación original de carácter técnico, articulación de medios humanos o introducción de patentes propias. Así también la estrategia original de una empresa como los estudios propios, formulación original de carácter técnico, articulación de medios humanos o introducción de patentes propias; el pormenor de la propuesta técnica de desarrollo del servicio; el organigrama y organización del personal; y el denominado "Plan General de Organización del Servicio".

procedimiento de adjudicación. La Sentencia del TJUE de 20 de marzo de 2018 (C-187/16) condena a la República de Austria por haber adjudicado directamente un contrato de servicios para la producción de documentos como pasaportes dotados de chip, pasaportes provisionales, permisos de residencia y documentos de identidad a la Imprenta del Estado Austriaco. El Tribunal recuerda que “una obligación de confidencialidad no impide en modo alguno utilizar un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato” (apartado 89) y que la confidencialidad “puede garantizarse mediante una obligación de secreto, sin que sea necesario eludir los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos” (apartado 90).

3.3. Principio de integridad

Aunque la Directiva no recoja dentro de los principios que enuncian en su art. 18.1 la integridad, ésta es un principio básico de la contratación pública. Y es que del conjunto de la Directiva, así como de algunos de sus preceptos que toman medidas al respecto, cabe concluir este aserto²⁰. La LCSP se refiere al principio de integridad en su art. 1.1.

CERRILLO I MARTÍNEZ la define en los siguientes términos:

“...la integridad la entendemos como la actuación de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento por parte de los altos cargos y empleados públicos, sin que prevalezcan otros intereses, motivaciones o fines particulares por encima del interés general. La integridad se refiere a la complitud, la coherencia y la congruencia entre los valores, principios y normas que guían la actuación de los altos cargos y empleados públicos y su actuación real y efectiva debido a la inexistencia de conflictos de intereses”²¹.

Y señala como principios de integridad en la contratación pública los de: transparencia, buena gestión, prevención de la mala conducta, cumplimiento y seguimiento y rendición de cuentas y control. También indica que las amenazas a la integridad en la contratación pública se encuentran en la mala administración, los conflictos de intereses y la corrupción²².

No cabe olvidar que la corrupción, que ha encontrado en la contratación pública en España un ámbito en el que desenvolverse con relativa facilidad, se combate con muchas medidas entre las que destacan la transparencia y la integridad. Se precisa de poderes adjudicadores cuyos miembros sean íntegros, y también de directivos empresariales que practiquen la integridad. Y a ello ayuda la transparencia que da luz a las prácticas administrativas y a las conductas de los empleados públicos y de los empresarios.

La LCSP recoge diversas medidas de defensa de la integridad: prevención de conflictos de intereses (art. 64), condiciones especiales de incompatibilidad (art. 70), prohibiciones de contratar (art. 71), participación en consultas preliminares al mercado (art. 115), composición de las Mesas de contratación (art. 326).

La STJUE de 12 de marzo de 2015 (C-538/13) examinó un supuesto de conflicto de intereses, a raíz de la participación en la redacción de pliegos y en la evaluación de ofertas de unos expertos que eran colegas universitarios de los adjudicatarios del contrato. Como puede

²⁰ Así puede verse Gimeno (2015), pp. 37-106.

²¹ Cerillo (2014), pp. 23-52

²² Ídem, pp. 62-69.

verse del fallo de esta Sentencia, la actitud de los poderes adjudicadores debe ser activa en defensa de la integridad sin dejar en una situación de abandono a los licitadores que denuncian la existencia de estos conflictos de intereses²³.

El TJUE ha insistido en que los poderes adjudicadores deben tener un papel activo en la aplicación de los principios de la contratación pública, singularmente en el de integridad, comprobando la existencia de conflictos de intereses, desde el momento en que tengan conocimiento de elementos objetivos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de una oferta (Sentencia de 17 de mayo de 2018, C-531/16).

4. BIBLIOGRAFÍA

- Campos, C. (2019): “Compliance en la contratación pública: mapa de riesgos en la corrupción y claves para su gestión”, *Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, número extraordinario, marzo 2019, pp. 99-114.
- Cerillo, A. (2014): *El Principio de Integridad en la Contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- Cerillo, A. (2018): “Transparencia, acceso a la información y contratación pública”, Capítulo IV de la obra colectiva dirigida por Gamero, E. y Gallego, I. (Dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. I, E, tirant lo blanc, Valencia 2018, pp. 319-367.
- García, A. (2018), *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, Ed. Tecnos, Madrid.
- Gimeno, J. M. (2015): “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, *Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 37-106.

23 El fallo de la sentencia es del siguiente tenor literal: “El artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen en principio a que se declare la ilegalidad de la evaluación de las ofertas de los licitadores por el mero hecho de que el adjudicatario del contrato haya tenido vínculos significativos con expertos nombrados por el poder adjudicador que hayan evaluado las ofertas. El poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. En el marco del examen de un recurso dirigido a obtener la anulación de la decisión de adjudicación debido a la parcialidad de los expertos, no puede exigirse al licitador excluido que demuestre concretamente la parcialidad del comportamiento de los expertos. Corresponde, en principio, al Derecho nacional determinar si —y en qué medida— las autoridades administrativas y judiciales competentes deben tener en cuenta la circunstancia de que una eventual parcialidad de los expertos haya tenido o no incidencia en la decisión de adjudicación del contrato” (apartado 1, párr. 1º).

- Gimeno, J. M. (2018): “Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP”, en Tratado de Contratos del Sector Público Gamero, E. y Gallego, I. (Dir.), t. I, E, tirant lo blanc, Valencia 2018, pp. 240-318.
- López, A. (2018): “Defensa de la competencia y contratación pública”, en Tratado de Contratos del Sector Público Gamero, E. y Gallego, I. (Dir.)t. I, E, tirant lo blanc, Valencia 2018, pp. 369-419.
- Moreno, J.A. (2006): Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas, Bomarzo, Oviedo.
- Moreno, J.A., (2019): Los principios generales de la LCSP”, Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, número extraordinario, marzo 2019, pp. 19-32.
- Razquin, M. M. (2015): “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transposición en España”, Revista de Administración Pública nº 196, pp. 97 ss.
- Razquin, M.M. (2018): “Los principios generales de la contratación pública”, Capítulo III de la obra colectiva dirigida por Gamero, E. y Gallego, I. (Dir.), Tratado de Contratos del Sector Público, t. I, E, tirant lo blanc, Valencia 2018, pp. 181-238.
- Razquin, M.M. (2018): “El principio de confidencialidad en la contratación pública”, Capítulo 22 de la obra colectiva dirigida por Gimeno, J. M., Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 867-911.
- Razquin, M.M. (2019): Acceso y confidencialidad en la contratación pública”, en Actualidad Administrativa, número especial Transparencia y lucha contra la corrupción, pp. 1-9.
- Rodríguez, J. (2016), “Los principios del Derecho global de la contratación pública”, Revista Española de Derecho Administrativo nº. 179, pp. 29-54.
- Santamaría, J.A. (2016): “Contratos del sector público y derecho de la Unión”, Revista de Administración Pública nº 200, pp. 83-102.
- Valcárcel, P. (2019): “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del “big data”, en Gimeno, J. M. (Dir.), Observatorio de los contratos públicos 2018, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 93-130.
- Vásquez, F.J. (2015): La modificación de los contratos públicos, Thomson-Reuters Aranzadi.