TESIS DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

2024

426

Guilherme Saideles Genro

Las legislaciones de contratación pública de España y Brasil y sus instrumentos de prevención a la corrupción

Director/es
Gimeno Feliú, José María

http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis

ISSN 2254-7606

Prensas de la Universidad Universidad Zaragoza

Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606

Universidad Zaragoza
1542

Tesis Doctoral

LAS LEGISLACIONES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE ESPAÑA Y BRASIL Y SUS INSTRUMENTOS DE PREVENCIÓN A LA CORRUPCIÓN

Autor

Guilherme Saideles Genro

Director/es

Gimeno Feliú, José María

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
Escuela de Doctorado

Programa de Doctorado en Derecho

2022

Repositorio de la Universidad de Zaragoza – Zaguan http://zaguan.unizar.es

LAS LEGISLACIONES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE ESPAÑA Y BRASIL Y SUS INSTRUMENTOS DE PREVENCIÓN A LA CORRUPCIÓN

Guilherme Saideles Genro
Doctorando en Derecho
Universidad de Zaragoza

AGRADECIMENTOS:

A mi director de tesis, por su inestimable orientación y paciencia durante la elaboración de este trabajo;

A todos los compañeros, investigadores y profesores, que, con sus valiosos consejos, han colaborado para enriquecer este texto;

A mi familia, que siempre me ha apoyado y motivado en mis estudios;

A mi pareja, por todo su cariño y compañerismo en este camino;

Al Banco Central de Brasil, que posibilitó la realización de esta tesis.

ÍNDICE

ABREVIATURAS 7

INTRODUCCIÓN 10

1. LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA 17
1.1. El Derecho de la Unión Europea como fuente de la legislación española 17
1.2. Los antecedentes del marco europeo de 2014 sobre contratación pública 25
1.2.1. Las Directivas de 2004 30
1.2.2. La Estrategia Europa 2020 y la contratación pública 33
1.2.3. El Libro Verde de 2011 36
1.3. Las Directivas de 2014 39
1.3.1. El concepto de poder adjudicador 45
1.3.2. Los contratos sometidos a la Directiva 2014/24/UE 53
1.3.3. La contratación por medios electrónicos 72
1.3.4. La contratación pública estratégica 83
1.3.4.1. La contratación pública verde 90
1.3.4.2. Las cláusulas sociales 104
1.3.4.3. La compra pública de innovación 113

2. LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. LINEAS PRINCIPALES 123
2.1. El nacimiento de la ley española 123
2.2. El ámbito subjetivo de la LCSP 127
2.3. El ámbito objetivo de la LCSP 132
2.3.1. Los negocios y contratos excluidos 133
2.3.1.1. Los convenios 137
2.3.1.2. Las encomiendas de gestión 138
2.3.1.3. Los encargos a medios propios 139
2.4. Las clasificaciones de los contratos 145
2.4.1 Por objeto contractual 146
2.4.1.1. Los contratos típicos 146
2.4.1.2. Los contratos mixtos 151
2.4.1.3. Los contratos atípicos 153
2.4.2. Por su plena sujeción a las normas europeas 154
2.4.3. Por el régimen jurídico aplicable 155
2.5. Planificación y preparación de las contrataciones 158
2.5.1. La duración del contrato 160
2.5.2. Los costes económicos 162
2.5.3. La división en lotes 163
2.5.4. Las consultas preliminares del mercado 167

2.5.5. Los pliegos ... 171
2.5.5.1. Pliegos de cláusulas administrativas ... 173
2.5.5.2. Pliegos de prescripciones técnicas ... 174
2.5.6. La solvencia de los licitadores ... 176
2.6. Los criterios de adjudicación ... 181
2.7. Los procedimientos de adjudicación ... 187
2.7.1. El procedimiento abierto ... 188
2.7.1.1. El procedimiento abierto simplificado ... 191
2.7.1.2. El procedimiento abierto simplificado abreviado ... 193
2.7.2. El procedimiento restringido ... 195
2.7.3. El procedimiento de licitación con negociación ... 198
2.7.4. El procedimiento negociado sin publicidad ... 201
2.7.5. El diálogo competitivo ... 204
2.7.6. La asociación para la innovación ... 207
2.7.7. El contrato menor ... 211
2.8. Sistemas de racionalización técnica de la contratación ... 214
2.8.1. Los acuerdos marco ... 215
2.8.2. Los sistemas dinámicos de adquisición ... 219
2.8.3. Las centrales de contratación ... 221
2.9. La contratación electrónica ... 222
2.9.1. La obligatoriedad del uso de medios electrónicos ... 223
2.9.2. El perfil de contratante y la PCSP ... 227
2.9.3. La subasta electrónica ... 229
2.10. La contratación pública verde ... 232
2.11. Las cláusulas sociales ... 239
2.12. Ejecución de los contratos ... 246
2.12.1. Responsabilidad contractual y extracontractual ... 248
2.12.2. Modificación de los contratos ... 250
2.12.3. Resolución de los contratos ... 254

3. LA LEY 14.133/2021, DE LICITACIONES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LINEAS PRINCIPALES ... 257
3.1. Los antecedentes de la nueva ley brasileña ... 257
3.1.1. La Constitución Federal de 1988 ... 257
3.1.2. La Ley 8.666/1993 ... 259
3.1.3. La Ley 10.520/2002 (Ley de la subasta inversa) ... 261
3.1.4. Ley 12.462/2011 (Régimen Diferenciado de Contrataciones) ... 263
3.2. El surgimiento de la Ley 14.133/2021 ... 265
3.3. El ámbito de aplicación ... 269
3.4. La fase de planificación y preparación ... 271
3.4.1. El Plan de Contrataciones Anual ... 273
3.4.2. El estudio técnico preliminar ... 275
3.4.3. Término de referencia y proyectos ... 277
3.4.4. El presupuesto estimado de la contratación ... 278
3.4.5. Los regímenes de ejecución del contrato ... 281
3.4.6. Los requisitos de habilitación ... 283
3.4.7. El pliego ... 287
3.5. Publicación del pliego y presentación de ofertas ... 290
3.6. Los criterios de adjudicación ... 292
3.6.1. Precio más bajo ... 293

3.6.2. Mayor descuento ... 295
3.6.3. Mejor técnica o contenido artístico ... 296
3.6.4. Técnica y precio ... 298
3.6.5. Mejor puja ... 300
3.6.6. Mayor retorno económico ... 300
3.7. Los modos de disputa ... 302
3.8. Las modalidades de licitación ... 304
3.8.1. La subasta inversa ... 305
3.8.2. La concurrencia ... 308
3.8.3. El concurso ... 309
3.8.4. La subasta ... 311
3.8.5. El dialogo competitivo ... 313
3.9. La contratación directa ... 318
3.9.1. La inexigibilidad de licitación ... 321
3.9.2. La dispensa de licitación ... 323
3.10. Los procedimientos auxiliares ... 327
3.10.1. Acreditación ... 328
3.10.2. Precalificación ... 330
3.10.3. Procedimiento de manifestación de interés ... 331
3.10.4. Sistema de registro de precios ... 333
3.10.5. El registro catastral ... 339
3.11. La contratación electrónica ... 340
3.12. La contratación verde ... 345
3.13. La contratación social ... 351
3.14. La ejecución del contrato ... 354
3.14.1. Las prerrogativas de la Administración ... 356
3.14.2. La matriz de riesgos ... 358
3.14.3. La modificación de los contratos y precios ... 361
3.14.4. La extinción de los contratos ... 365
3.14.5. Medios alternativos de resolución de conflictos ... 370

4. PREVENCIÓN A LA CORRUPCIÓN EN LAS LEYES DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ESPAÑA Y BRASIL ... 373
4.1. El fenómeno de la corrupción ... 373
4.2. La corrupción en la contratación pública ... 382
4.4. El principio de la integridad ... 388
4.3.1. España ... 392
4.3.2. Brasil ... 396
4.4. Los conflictos de intereses ... 399
4.4.1. España ... 405
4.4.2. Brasil ... 408
4.1. Transparencia ... 412
4.5.1. España ... 417
4.5.2. Brasil ... 426
4.6. Buena administración y profesionalización ... 430
4.6.1. España ... 437
4.6.2. Brasil ... 442
4.7. Pactos de integridad y programas de cumplimiento ... 447
4.7.1. España ... 457
4.7.2. Brasil ... 462

4.8. Canales de denuncias y *whistleblowing* 470
4.8.1. España 478
4.8.2. Brasil 482
4.9. Recursos 485
4.9.1. España 489
4.9.2. Brasil 498
4.10. Control y supervisión 501
4.10.1. España 507
4.10.2. Brasil 519

5. PROPUESTAS DE MEJORA EN LA PREVENCIÓN A LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA BRASILEÑA 528
5.1. Profesionalización de la contratación pública 529
5.4. Efectiva protección de los denunciantes 533
5.3. Uso de tecnologías en la contratación pública 538
5.4. Refuerzo del control social 545
5.5. Tribunales Administrativos de Recursos 552
5.6. Agencia independente de contratación pública 557

CONCLUSIONES 567

BIBLIOGRAFÍA 574

ABREVIATURAS

AGU	Advocacia-Geral da União
BOE	Boletín Oficial del Estado
CGU	Ministerio de la Transparencia y Controlaría General de la Unión
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
DCP	Directiva 2014/24/UE (Directiva de Contratación Pública)
DEUC	Documento Europeo Único de Contratación
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
GRECO	Grupo de Estados contra la Corrupción
JCCE	Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado
LAI	Lei 12.527/2011, Lei de Acesso à Informação
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LTBG	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
OARC/KEAO	Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos

OIReScon	Oficina Independiente de Regulación Y Supervisión de la Contratación
OLAF	Oficina Europea de Lucha contra el Fraude y la Corrupción
OMC	Organización Mundial de Comercio
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PNCP	Portal Nacional de Contratações Públicas
PYME	Pequeña y Mediana Empresa
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
RGLCAP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
SARA	Sujeto a Regulación Armonizada
SRP	Sistema de Registro de Preços
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TACPA	Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón
TACPC	Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias
TACPN	Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TARCCYL	Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

TCU	Tribunal de Contas da União
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la concepción clásica de la contratación pública como un conjunto de procedimientos burocráticos, realizados únicamente con el objetivo de la Administración adquirir suministros, servicios y obras, como un fin en sí mismo, está cambiando para la idea contemporánea de una contratación pública estratégica, en la cual las compras públicas, además de simplemente satisfacer las necesidades de la Administración, también pasan a ser vistas como una herramienta fundamental para la realización de las políticas públicas de los gobiernos.

Con un tamaño de alrededor del 20% del PIB en la mayoría de los países, se reconoció la capacidad de la contratación pública para influir en los mercados a través de las demandas de la Administración, pudiendo servir de motor para determinadas finalidades específicas más allá de las simples ejecuciones de los objetos contractuales. Así, propósitos tan diversos como la preservación del medioambiente, la promoción de más igualdad social, el desarrollo económico y el impulso a innovaciones, se convirtieron temas habituales en los pliegos y en los contratos públicos.

Todavía, juntamente con esa nueva percepción sobre el papel estratégico de la contratación pública, surge también la preocupación en garantizar la integridad y la transparencia de los procedimientos de adjudicación, como forma de proporcionar igualdad de trato y una real competencia entre los licitantes, y así promover la eficiencia de las contrataciones. Sin la existencia de integridad en los procedimientos,

todos los eventuales objetivos estratégicos de las compras públicas se quedan comprometidos, pues la competencia es fragilizada y aquella compra diseñada para el fomento de una determinada política pública ahora resta deturpada por intereses ilícitos. Así, no hay duda de que no existe contratación pública estratégica sin la búsqueda por más integridad en los procedimientos de adjudicación y sin una real lucha contra la corrupción.

No obstante, esa intención no es una tarea tan fácil. El ya mencionado gran mercado de las compras públicas, por su propio tamaño, siempre ha sido un terreno amplio para la práctica de los más variados actos de corrupción. Las relaciones ética y legalmente dudosas entre los ocupantes de cargos públicos y operadores económicos que buscan contratar con la Administración siempre han sido un constante problema en la historia de la contratación pública, permeando los procedimientos de intereses irregulares. Además de provocar desperdicio de recursos públicos con compras sobrevaloradas, y muchas veces de calidad dudosa, la corrupción en la contratación pública causa también una queda de la confianza de los ciudadanos en los órganos e instituciones, fragilizando de esa manera la propia democracia.

En el caso específico de Brasil, la corrupción en las contrataciones públicas es una realidad diseminada en las Administraciones de todas las esferas. Son habituales en los medios de comunicación las denuncias de enriquecimiento ilícito de autoridades, funcionarios y políticos, corrompidos por empresas privadas participantes de procesos de licitaciones, invariablemente con el objetivo de defraudar la efectiva competencia, perjudicando a la Administración Pública y llevando a un sobreprecio injustificado en las contrataciones. En un ejemplo notable de esas prácticas de corrupción en la realidad brasileña, en los últimos años se realizó uno de los mayores procesos judiciales en el mundo

contra la corrupción, la denominada Operación "Lava-Jato", envolviendo casi todos los partidos políticos brasileños y algunas de las más grandes empresas de ingeniería del país. Gran parte de las irregularidades originadas de este proceso se llevó a cabo a través de contrataciones públicas fraudulentas, donde existió favorecimiento para las empresas corruptoras, con la acción de políticos y funcionarios públicos conniventes con los delitos, los cuales eran beneficiados directamente por cuantías de dinero o indirectamente a través de la financiación en las campañas electorales.

A partir de ejemplos parecidos alrededor del mundo, la lucha contra la corrupción en la contratación pública es una tarea que está ganando cada vez más espacio en los documentos internacionales y en las diversas legislaciones nacionales. A través de sus directivas sobre contratación pública de 2014, la Unión Europea ha dado un importante paso hacía la búsqueda de una contratación pública más íntegra y transparente. Con nuevas herramientas para combatir los conflictos de interés, proporcionar más transparencia en los procedimientos, garantizar una buena gobernanza y ofrecer más mecanismos de control en los contratos públicos, las nuevas directivas significaran un avanzo significativo que, aliado a la transposición obligatoria por parte de los Estados miembros, han ayudado a llevar más integridad en las compras públicas de toda Unión Europea.

Uno de los países que ha modificado su legislación de contratación pública en razón de las directivas europeas de 2014 fue España. Con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, España alteró su normativa general, incorporando las diversas novedades traídas por las directivas, incluso aquellas relativas a la lucha contra la corrupción. Esa modernización de la legislación española, aunque objeto de algunas críticas puntuales, representó la recepción de algunas de las mejores prácticas contemporáneas

relacionadas a la integridad de la contratación pública, proporcionando la perspectiva de procedimientos de compras más transparentes y eficientes. Así, dentro de un panorama mundial, y principalmente con relación a naciones menos desarrolladas como Brasil, es posible decir que España posee una legislación extremamente avanzada sobre contratación pública, principalmente en términos de lucha contra la corrupción.

De su parte, después de casi 30 años con la misma ley general de contrataciones públicas, Brasil ha puesto en vigor la Ley 14.133/2021, que, a pesar de algunas innovaciones interesantes, fue muy criticada por sus tímidas modificaciones hacía una contratación pública más eficiente, estratégica e integra. De hecho, las principales diferencias con relación a la ley anterior tenían previsión normativa en otras leyes ya existentes, así como hubo una gran recepción de la jurisprudencia pacificada en los tribunales. En términos del combate a la corrupción, por ejemplo, la legislación brasileña permanece substancialmente retrasada cuando comparada con las normativas europea y española.

Este trabajo tiene dos objetivos distintos, vinculados a los ejes de una contratación pública estratégica y, al mismo tiempo, también integra. Primero, a partir de una comparación entre los aspectos principales de la ley española y de la ley brasilera, poner en evidencia las diferentes concepciones de contratación pública que, a través de sus institutos, las respectivas normativas buscan alcanzar. Ese carácter de Derecho Comparado no es en vano: normalmente los países enfrentan los mismos problemas relacionados a los contratos públicos, pero ofreciendo diferentes soluciones, las cuáles, muchas veces, dependen de la estructura general de su legislación, y no tanto de opciones puntuales que puedan ser trasladadas inmediatamente a otro ordenamiento jurídico.

De otra parte, el segundo objetivo, y tema principal de esta tesis, está en el análisis de los diversos instrumentos de prevención a la corrupción que existen en las leyes de contratación pública de España y Brasil. Se optó por afrontar eminentemente las medidas de prevención como forma de una mejor delimitación del tema, y también por su alcance más efectivo en el combate a las prácticas corruptas. Prevenir siempre ha demostrado ser la estrategia más inteligente para no sólo reducir los casos de corrupción, una vez que se evita la propia ocurrencia de la acción, pero también las posibles consecuencias nocivas que la corrupción causa para la eficiencia de los contratos públicas y la efectividad de las políticas públicas eventualmente relacionadas a ellos.

Así, en el capítulo 1, se presentará una resumida descripción de la regulación de algunos de los aspectos principales de contratación pública en la Unión Europea, una vez que las directivas europeas, a través de su obligatoria transposición para los ordenamientos de los Estados miembros, son la fuente jurídica principal para la elaboración de la normativa española sobre contratos públicos. Ese abordaje pasará por un panorama histórico de los recientes desarrollos europeos sobre contratación pública, hasta llegar en las directivas de 2014. Con un foco específico en la Directiva 2014/24/UE, que trata de las normas de uso general sobre contratación pública, serán estudiados sus principales conceptos, sus ámbitos de aplicación, y sus perspectivas sobre asuntos importantes como el uso de medios electrónicos en la contratación pública, contratación verde, cláusulas sociales y compras de innovación.

En el capítulo 2 tratará de las líneas generales de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y de la forma como se han transpuesto las normas de la Directiva 2014/24/UE. Empezando

con un breve histórico de la ley, serán analizados los sujetos y los contratos a ella sometidos, los principales conceptos y clasificaciones utilizados, el proceso de contratación, con su planificación, sus criterios y procedimientos de adjudicación, así como el uso de los llamados sistemas de racionalización técnica. También serán discutidas la contratación electrónica en España, las compras verdes y la utilización de criterios sociales en las contrataciones, así como las reglas a ser observadas en la ejecución de los contratos.

En el capítulo 3 se hará un examen semejante, pero con la nueva ley brasileña, la Ley 14.133/2021. Inicialmente, también será realizado un breve histórico, desde la Constitución de 1988 y la antigua ley de licitaciones, sobre el tratamiento recibido por la contratación pública en diversas normas en Brasil. Después, serán explorados básicamente los mismos puntos del capítulo anterior, pero con relación a ley brasileño, como sus conceptos, ámbitos de aplicación, procedimientos para la contratación, medios electrónicos, compras verdes y sociales y la ejecución de los contratos, siempre buscando ofrecer una visión general de la normativa.

Ya en el capítulo 4 se adentrará específicamente en el estudio de las formas de prevención a la corrupción en la contratación pública. Se ha optado por la división en temas particulares, que son prácticamente universales cuando se trata de corrupción en contratos públicos, para delinear sus principales características y, conjuntamente, abordar las respectivas disposiciones normativas en España (y también Europa) y Brasil sobre cada uno de esos temas. Serán analizados aspectos importantes para la prevención de la corrupción, como el principio de la integridad, la regulación de los conflictos de intereses, la transparencia, la gobernanza, la posibilidad y forma de los recursos y el control de las contrataciones públicas.

En el capítulo 5, se buscará, a partir de un balance de los capítulos anteriores, plantear algunas propuestas de creación o perfeccionamiento de instrumentos para ayudar en la prevención de la corrupción en las contrataciones públicas brasileñas. Aunque los sistemas europeo o español no puedan ser considerados inmunes a la corrupción en la contratación pública, que es un fenómeno perene en todas las sociedades, no existe duda que se puede extraer lecciones valiosas para Brasil, que puede empezar a promover mejoras graduales en su legislación, de modo a intentar disminuir sus índices de corrupción en los contratos públicos.

Por fin, al final del trabajo, serán presentadas algunas conclusiones a partir de todo que ha sido estudiado y analizado. Las grandes diferencias entre la realidad de las legislaciones de España y Brasil, principalmente en su visión sobre la estrategia en la contratación pública y la necesidad de promoción de la integridad en las varias esferas de los contratos públicos, son un desafío no sólo para fines de comparación entre las legislaciones y sus sistemas, pero también en cómo aportar soluciones que efectivamente puedan ocasionar mudanzas en la manera como la propia contratación pública, y sus desafíos contra la corrupción, pueda ser pensada y efectivada en la realidad de los paises.

1. LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA

1.1. El Derecho de la Unión Europea como fuente de la legislación española

Como Estado miembro de la Unión Europea desde el año 1986, España se encuentra sometida a determinadas normas y directrices emanadas por los órganos europeos, sea a través de la aplicación directa de la legislación de la Unión, sea por medio de la internalización de objetivos por ésta intentados, con la promulgación de normas nacionales específicas que busquen la efectividad de aquella en el ordenamiento jurídico español. En las materias en que el ordenamiento europeo prevé la competencia legislativa de la Unión, España deberá aplicar o conformar su legislación interna en los términos por aquélla emanados. Se trata aquí de la obediencia al principio de la primacía del Derecho de la Unión Europea (tanto sobre la legislación ordinaria cuanto sobre las propias Constituciones de los Estados miembros), innumerables veces afirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)[1].

Analizando la sentencia Costa v. Enel, EDWARD esclarece la naturaleza jurídica de los tratados europeos y su jerarquía ante las legislaciones nacionales:

[1] Se puede citar como ejemplos paradigmáticos: *Costa v. Enel*, asunto 6/64, sentencia de 15 de julio de 1964; *San Michele*, asunto 9/65, auto de 22 de junio de 1965; y *Leonesio*, asunto 93/71, sentencia de 17 de mayo de 1972.

> Los Tratados son como contratos mediante los cuales los Estados se vinculan mutuamente en sus derechos y obligaciones, y un Estado miembro no tiene el derecho de desvincularse unilateralmente de las obligaciones a las que se ha comprometido en el tratado. A este principio se le llama el principio de primacía del derecho comunitario[2].

Las competencias legislativas de la Unión surgen y se materializan a partir de las llamadas fuentes primarias del Derecho europeo (denominadas de *Derecho originario*), como los tratados y los principios generales del derecho de la Unión. Actualmente, son considerados como tratados constitutivos de la Unión Europea: el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Tratado Euratom) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF). Estos tratados forman la base política y jurídica de la Unión, a partir de los cuales se permitirá construir las instituciones y el resto de la legislación europea como un todo.

Por otro lado, los principios generales del derecho de la Unión son, en las palabras de CORRAL GUERRERO, "*aquellas verdades básicas existentes en los Tratados constitutivos de la actual Unión Europea, que se consideran sus fundamentos y, por ello, los orígenes y puntos de partida de la normativa que se va desarrollando en sucesivas desagregaciones*"[3]. No se tratan de normas expresas, sino de supuestos de racionalidad que dan la propia sustentabilidad al sistema jurídico europeo, teniendo así una posición jerárquica de derecho originario. Normalmente, proceden del trabajo interpretativo

[2] EDWARD, D. "Efecto directo y primacía del derecho comunitario. El problema especial de las directivas". *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 42, 1995, p. 37.

[3] CORRAL GUERRERO, L. "La Unión Europea: sus principios y naturaleza". *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 10, 2000, p. 61.

realizado por el TJUE en sus dictámenes, destacándose como forma de control de legalidad para las legislaciones nacionales de los Estados miembros[4].

Además, la formación del marco legal europeo también ocurre por otros instrumentos jurídicos (llamados de *Derecho derivado*) que pueden ser promulgados a través de disposiciones traídas por algunos de sus órganos, como el Parlamento, el Consejo y la Comisión. Tal potestad/facultad, y su relación con el carácter autónomo de la legislación europea, es así explicada por SARMIENTO:

> La Unión dispone de potestades normativas propias, expresamente atribuidas por los Tratados constitutivos y susceptibles de producir normas con efectos jurídicos en todo el territorio de la Unión. La capacidad normativa de la Unión es uno de los rasgos que fundamenta el carácter autónomo del ordenamiento europeo, en tanto que ordenamiento jurídico capaz de adoptar unilateralmente normas vinculantes para las Instituciones, los Estados miembros y los particulares por igual[5].

Aparte de las normas de derecho originario, los *actos jurídicos típicos* realizados por la Unión Europea tienen su previsión en el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[6], que

---

[4] Así ÁLVAREZ GARCÍA explica el papel del TJUE en la definición de los principios generales del derecho europeo: "*Pero junto a este Derecho escrito, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha construido de manera pretoriana, a lo largo de sus décadas de funcionamiento, unos principios generales del Derecho que acompañan y sirven para dotar al entramado positivo de una unidad sistemática*" ("Las perspectivas de futuro del derecho público: la formación del derecho público europeo y la armonización de los derechos públicos nacionales". *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 25, 2010, versión electrónica).

[5] SARMIENTO, D. *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 249.

[6] Artículo 288 (antiguo artículo 249 TCE):
"*Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.*
El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

los divide en reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes[7]. Como el propio texto del tratado revela, tales actos se dividen en *obligatorios* (reglamentos, directivas y decisiones) y *no obligatorios* (recomendaciones y dictámenes). Sin embargo, como subrayan MANGAS MARTÍN y LINÁN NOGUERAS, es necesario destacar otros contrastes entre estas diferentes normas:

> Es importante en la caracterización general distinguir además de entre vinculantes y no vinculantes y, dentro de los vinculantes, los que tienen un alcance general o individual. La distinción es fundamental, naturalmente, porque en función de ella se determinan su obligatoriedad y efectos desde el punto de vista de los sujetos o destinatarios de los mismos[8].

El *reglamento* se caracteriza por ser de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y de aplicabilidad directa. Es decir, se destina sin excepción a todos los Estados miembros de la Unión, su contenido es plenamente válido *per si* en su totalidad y no es necesario ningún acto de internalización o transposición para su efectividad en los ordenamientos jurídicos nacionales. Como bien alude FERNÁNDEZ PONS, "*estas tres características lo aproximan, con respecto a su*

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.
La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.
Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes".

[7] Para un análisis más detallado de los diferentes actos jurídicos de la Unión Europea, véase ALONSO GARCÍA, R. *Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 207-306.

[8] MANGAS MARTÍN A. y LINÁN NOGUERAS D. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2014, p. 376.

estructura y efectos, a lo que podría ser una ley en el derecho interno de cada estado"[9].

Respecto a las *directivas*, estas se diferencian del reglamento por los siguientes rasgos: a) no tienen alcance general, ya que sólo obligan a los Estados destinatarios (aunque puedan estar destinadas a todos los países de la Unión); b) la obligatoriedad de su contenido está vinculado a los resultados que se aspira, dejándose para la elección del legislador nacional la forma y los medios por los cuales se alcanzarán tales objetivos; y c) no poseen (como regla general) efecto o carácter ejecutorio directo en los ordenamientos jurídicos nacionales, necesitando una transposición para la legislación interna nacional[10]. La obligación jurídica del Estado miembro reside en alcanzar el resultado deseado por la directiva dentro del plazo establecido en ella, bajo pena de violación de las normas europeas[11].

Ya la *decisión*, además de también ser imperativa como los reglamentos y las directivas, se caracteriza por, de acuerdo con lo citado art. 288 del TFUE, ser obligatoria en todos sus elementos, pudiendo ser de alcance general o individual, dependiendo se impone deberes para los Estados miembros (o para a Unión como un todo y sus órganos) o para particulares (personas físicas o jurídicas). La aplicabilidad directa de las decisiones, o sea su capacidad de producir

[9] FERNÁNDEZ PONS, X. "Fuentes del derecho de la Unión (II): derecho derivado". En SÁNCHEZ, V. M. (Dir.): *Derecho de la Unión Europea*. Barcelona: Huygens, 2010, p. 160.

[10] Vid. MOLINA DEL POZO, C. F. *Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Reus, 2015, pp. 254-255.

[11] Según CASADEVANTE ROMANI, el incumplimiento de la directiva puede ocurrir por no transposición, por no transposición en plazo, transposición insuficiente, por transposición incorrecta y por transposición incompleta (*Nociones básicas de derecho de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2014, p. 239).

efectos directos en las jurisdicciones nacionales, fue afirmada decisivamente pelo TJUE en la sentencia *Grad*, asunto 9/70, de 6 de octubre de 1970[12].

Pasando a los actos jurídicos no obligatorios, que no vinculan a los Estados miembros y demás posibles destinatarios, hay las recomendaciones y los dictámenes. Explica ALONSO GARCÍA[13] que la mera ausencia de naturaleza vinculante de este tipo de normas no retira su calificación como partes integrantes del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, pudiendo incluso producir efectos jurídicos, principalmente como elemento de interpretación del derecho europeo obligatorio[14].

---

[12] En su apartado 10: "*Considerando que la fecha a partir de la cual dicha obligación surte efecto se determinó en las Directivas del Consejo en materia de armonización de las legislaciones relativas al impuesto sobre el volumen de negocios, que fijaron la fecha límite antes de la cual los Estados miembros debían introducir en sus legislaciones el sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido;*
que el hecho de que esta fecha fuera fijada por una Directiva no obsta al pleno efecto de dicha disposición;
que, de esta manera, a raíz de la adopción de la primera Directiva, quedó perfeccionada la obligación contemplada en el párrafo segundo del artículo 4 de la Decisión de 13 de mayo de 1965;
que, por consiguiente, esta disposición impone a los Estados miembros diversas obligaciones -en particular, no acumular a partir de una determinada fecha el sistema común a los regímenes de impuestos específicos expresamente mencionados-que pueden producir efecto directo en las relaciones entre los Estados miembros y sus justiciables, generando en favor de éstos el derecho a invocarla ante los Tribunales".

[13] ALONSO GARCÍA, R. "El soft law comunitario". *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001, p. 64.

[14] En ese sentido, es importante la STJUE *Grimaldi,* asunto 322/88, de 13 de diciembre de 1989: "*3. Las recomendaciones, que, a tenor del párrafo 5 del artículo 189 del Tratado, no serán vinculantes, son generalmente adoptadas por las instituciones comunitarias cuando éstas no ostentan, con arreglo al Tratado, la potestad de dictar actos obligatorios, o cuando consideran que no procede dictar normas de mayor fuerza vinculante. Dado que constituyen actos que no pretenden producir efectos obligatorios, ni siquiera para sus destinatarios, no pueden, por sí mismos, crear derechos para los justiciables que éstos puedan ejercitar ante los órganos jurisdiccionales nacionales.*
Sin embargo, dado que las recomendaciones no pueden considerarse como actos carentes de todo efecto jurídico, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tenerlas en cuenta a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aclaran la interpretación de aquellas disposiciones nacionales que fueron adoptadas con la finalidad de garantizar su aplicación, o también cuando tienen como finalidad completar las disposiciones comunitarias que tienen carácter obligatorio".

Las *recomendaciones* son sugerencias de carácter oficial que buscan incentivar a los Estados miembros para que, mediante sus propias voluntades y actuaciones internas, realicen determinados actos o adopten ciertos comportamientos, en busca de la modificación de una situación fáctica específica. Para CAMPINS ERITJA, la recomendación "*suele utilizarse en aquellos supuestos en que bien resulta prematura la intervención comunitaria a través de un acto obligatorio, o bien se trata de materias cuya competencia corresponde a los Estados miembros*"[15].

Por fin, en lo que se refiere a los actos jurídicos típicos, están los *dictámenes,* los cuales guardan mucha similitud a las recomendaciones, pero se diferencian principalmente de estas por, según MOLINA DE POZO[16], expresaren la opinión de un órgano de la Unión sobre una cuestión o una conducta determinadas, y suelen ser solicitados durante procesos decisorios relacionados a actos jurídicos concretos.

Sin embargo, además de las recomendaciones y de los dictámenes, la doctrina también destaca la existencia de otros actos de derecho derivado no vinculante, llamados comúnmente de *innominados o atípicos*, que poseen un contenido más fuertemente político, aunque sería posible decir que mantienen un carácter jurídico como *soft law*[17]. Sus características especiales las expone así FERNÁNDEZ PONS:

---

[15] CAMPINS ERITJA, M. "Ordenamiento jurídico comunitario: fuentes". En ABELLÁN HONRUBIA, V. (Dir.), VILÀ COSTA, B. (Dir.) y OLESTI RAYO, A. (Coord.). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo,* Ariel, Barcelona, 2011, p. 119.

[16] MOLINA DEL POZO, C. F. *Derecho de la Unión Europea*, *ob. cit.*, p. 166.

[17] Vid. SARMIENTO, D. *El Derecho de la Unión Europea*, *ob. cit.,* p. 276.

> Sus efectos jurídicos, estructura y denominación son muy diversos y por eso también reciben el nombre de actos innominados. Lo que está claro es que existen, que a veces se puede localizar su base habilitadora de adopción en los tratados, sin denominaciones precisas, y que, en otros casos, ha sido simplemente la práctica de las instituciones en aspectos relativos a las competencias atribuidas a las Comunidades la que los ha hecho aflorar[18].

En efecto, bajo el nombre de actos innominados, están abarcados un gran número de actos bastante diferentes en origen y contenido, no guardando, normalmente, ninguna relación estrecha entre sí que posibilite una conceptuación más definida para ellos. Tampoco existe un consenso acerca de sus efectos concretos y del alcance de sus disposiciones, en virtud de carecieren, por regla general, de naturaleza obligatoria, pero, *a contrario sensu*, hay una aceptación difundida sobre la producción de efectos jurídicos específicos[19], principalmente en lo que se refiere a su uso como instrumento de interpretación y aplicación del *hard law*. Sin embargo, su función e importancia, principalmente cuando vinculada a destinatarios, es así destacada por ALONSO GARCÍA:

> En primer lugar, puede el *soft law* ser remedio en momentos no idóneos, desde un punto de vista político, económico o incluso técnico, para una intervención de la Comunidad con carácter imperativo en un determinado sector, actuando como preparación – política, económica o técnica – de intervenciones imperativas futuras, vía *hard law*.
>
> Más allá, pues, de abrir un compás de espera enmarcado en un contexto voluntario de referencia común, el recurso al *soft law* puede servir para explorar, antes de una intervención de naturaleza

[18] FERNÁNDEZ PONS, X. "Fuentes del derecho de la Unión...", *ob. cit.*, p. 166.

[19] Para esa discusión, vinculada también con los otros actos jurídicos no obligatorios de la legislación comunitaria, véase ALONSO GARCÍA, R. *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Cizur Menor: Civitas, 2014, pp. 182-184.

> imperativa, posibles reacciones de las autoridades públicas nacionales y de los operadores privados, obteniendo así la Comunidad una más completa visión del desenvolvimiento de los intereses en juego que puede resultar esencial a los efectos de una mejor eficacia futura, llegado el caso, del *hard law*[20].

Además de los *reglamentos internos* de las diversas instituciones de la Unión Europea e incluso los *actos intrainstitucionales*, que también están bajo la denominación de actos innominados, los ejemplos más destacables de actos atípicos (elaborados eminentemente por el Consejo y la Comisión) que intentan influir en las acciones de sus destinatarios son: las *resoluciones*; las *declaraciones*; los *programas de acción*; los *Libros verdes*; los *Libros blancos*; los *documentos COM* y los *documentos SEC*.

Este panorama sobre las diferentes fuentes del Derecho europeo adquiere especial importancia pues uno de los temas específicos en el que la legislación española debe necesariamente seguir las normas dictadas por la Unión Europea es exactamente la regulación de la contratación pública, principalmente a través de la internalización de las directivas emanadas por el Parlamento y el Consejo europeos, pero también teniendo en cuenta todo el resto de la estructura jurídica de la Unión, incluyendo sus normas no vinculantes. Los diferentes efectos de esas normas europeas sobre la elaboración y la aplicación del ordenamiento español lograrán ser mejor visualizadas en el transcurso del trabajo.

1.2. Los antecedentes del marco europeo de 2014 sobre contratación pública

[20] ALONSO GARCÍA, R. "El soft law comunitario", *ob. cit.*, p. 74.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que regula la contratación pública en España, tiene su justificación en la transposición (obligatoria) de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/ UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014[21]. Tales directivas son en resultado de un proceso de actualización de las normas europeas sobre contratación pública, derivado de discusiones y de la producción de varios otros documentos anteriores. Así, antes de dedicarse al estudio propiamente dicho sobre la nueva ley española, es necesario fijarse en los orígenes y en las ideas previas que culminaran en la promulgación de la LCSP, con un análisis más detenido de las nuevas directivas de contratación pública que la Unión Europea ha introducido en el 2014.

Con la excepción de la breve mención contenida en la segunda parte de la redacción actual del art. 179[22] del TFUE, que, en realidad, trata directamente de investigación y desarrollo tecnológico, la contratación pública jamás ha sido objeto de referencia específica en los tratados constitutivos de la Unión[23]. Sin embargo, esta ausencia en los tratados no significa que éstos no posean normas aplicables a la

[21] La Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, tuvo su transposición postergada para una futura ley específica, conforme el apartado II del Preámbulo de la propia LCSP. De hecho, la regulación fue realizada a través del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero.

[22] Artículo 179 (antiguo artículo 163 TCE)
(...)
2. A tal fin, la Unión estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, a los centros de investigación y a las universidades en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación con el fin, especialmente, de permitir que los investigadores cooperen libremente por encima de las fronteras y que las empresas aprovechen las posibilidades del mercado interior, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación.

[23] Para un análisis histórico más detallado, véase la tesis doctoral de ARROYO DIÉZ, A. *El ámbito subjetivo en la normativa española de contratación del sector público: las fundaciones y las cámaras de comercio*. Barcelona: Universitat Ramon Llull, 2013.

contratación pública, las cuales deben ser obedecidas por los países miembros. En múltiples decisiones[24], el TJUE ya ha declarado que varios principios y reglas de los tratados como igualdad de trato, libre circulación de mercancías, no discriminación y transparencia, deben ser respectadas en cualquier procedimiento de adjudicación realizado en el marco de la Unión Europea.

La mayoría de estas sentencias nacieron de cuestionamientos sobre contratos a los cuales no eran aplicables las directivas europeas, normalmente por su objeto o por no alcanzaren los respectivos umbrales en ellas previstos. Lo que el TJUE hizo fue confirmar que, independientemente del contenido de las directivas, los tratados tienen principios y normas directamente aplicables en materia de contratación pública. Esta también es la conclusión de CHINCHILLA MARÍN en su análisis:

> Es por ello por lo que, de acuerdo con esta doctrina, bien puede decirse que el Derecho europeo de la contratación pública no se contiene exclusivamente en las Directivas que regulan específicamente esta materia, sino que también hay un Derecho europeo aplicable a la contratación pública que surge directamente de los Tratados y de la Constitución[25].

No obstante, tales observaciones sobre la posición de la contratación pública en los tratados y su respectiva aplicabilidad en casos concretos, su lugar de destaque en la arquitectura del ordenamiento europeo es, por naturaleza normativa y costumbre

[24] Son ejemplos, entre otras, las siguientes sentencias: *Correos y Telégrafos SA,* asunto 386/2007, de 18 de diciembre de 2007; *Parking Brixen GmbH*, asunto 295/2005, de 13 de octubre de 2005; y *Comisión v. Italia*, asunto 30/2008, de 21 de febrero de 2008.

[25] CHINCHILLA MARÍN, C. "La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las directivas". En SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.) y OLMO ALONSO, J. (Coord.). *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros.* Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 36.

histórico, dentro de directivas específicas emanadas por el Consejo y el Parlamento. GARCÍA-ANDRADE así resume el papel de las directivas en el desarrollo de la legislación europea sobre contratación pública:

> Dado que el Tratado no contuvo, ni contiene, alusión directa al sistema de contratación pública, pronto se demostró instrumento insuficiente para hacer desaparecer las barreras existentes. Es por ello que se recurrió a la legislación secundaria desde la década de los 70, cuando se aprueba el primer paquete de Directivas de alcance limitado. Hoy, que nos encontramos en puertas de un nuevo paquete de Directivas, podemos afirmar que la Unión Europea ha ido ampliando paulatinamente el alcance de su legislación, siempre con la inestimable ayuda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)[26].

Así, tradicionalmente, es por medio de la promulgación de directivas que la Unión Europea busca trasladar y efectivizar ciertos principios generales de contratación pública en las diversas legislaciones nacionales de sus Estados miembros, como igualdad de trato, objetividad, transparencia, integridad y publicidad[27], buscando una amplia libertad de acceso y circulación de bienes y servicios entre los países.

Tales objetivos generales se adaptan muy bien dentro de la conformación normativa a través de directivas, más vinculadas a la consecución de determinados resultados que en imponer procedimientos rígidos, puesto que dejan espacio para que los Estados

[26] GARCÍA-ANDRADE, X. C. "La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas". *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 50, 2014, pp. 74-75.

[27] Vid. MORENO MOLINA, J. A. y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P. "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública". En FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.), *La contratación pública a debate: presente y futuro.* Cizur Menor: Civitas, 2014, pp. 141-142.

miembros puedan moldear sus legislaciones nacionales teniendo en cuenta las características específicas de sus mercados internos. Es decir, la búsqueda de una legislación europea de contratación pública pasa más por una efectividad común de principios generales que en la creación de un conjunto de normas único y enyesado para todos los miembros de la Unión. Esta también parece ser la visión de SÁNCHEZ MORÓN:

> Esta normativa europea se ha establecido, sobre todo, por medio de un conjunto de directivas, cuya finalidad es garantizar la publicidad en el espacio europeo y la libre e igual concurrencia de las empresas europeas en los procedimientos de adjudicación de contratos por las Administraciones y entidades públicas de todo tipo de los Estados miembros e inclusive de ciertos contratos adjudicados por entidades privadas y relativos a servicios de interés general, siempre que se trate de contratos que superen ciertos umbrales cuantitativos[28].

Por otro lado, como se ha señalado, las eventuales diferencias entre las legislaciones nacionales resultantes de la internalización de las directivas de la Unión no desvirtúan la concreta existencia de un "derecho europeo de contratación pública", válido y vinculante para todos sus miembros, a partir de sus normativas, sus principios y, en última instancia, por la actuación del TJUE en sus dictámenes. Sólo con la aplicabilidad de normas uniformes en todos los países de la Unión es que se podrían garantizar los beneficios deseados con la integración de las políticas de contratación pública[29], principalmente a través del

[28] SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo: parte general*. Madrid: Tecnos, 2015, p. 590.

[29] Como bien afirma GIMENO FELIÚ: "*De esta manera puede –y debe– hablarse de una política comunitaria en el campo de la contratación pública que permita asegurar la existencia de un marco jurídico uniforme aplicable en este campo y sin exclusiones a todos los países miembros. Con dicha normativa se podrá conseguir de forma satisfactoria una correcta adecuación de las distintas políticas económicas nacionales que promuevan las condiciones necesarias de cara a la efectiva implantación de las políticas comunes a las que se refiere el Tratado de la Unión Europa, lo que supone, por lo demás, la necesidad de adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales*". (*Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de*

aumento de la competitividad y de la libre circulación de bienes y servicios.

1.2.1. Las Directivas de 2004

Antes del surgimiento en 2014 de las actuales directivas que tratan de la contratación pública en el marco de la Unión Europea, la materia estaba regulada por las Directivas 17/2004[30] y 18/2004[31] del Parlamento europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 31 de marzo de 2004, que versaban sobre la contratación en sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales) y la contratación general en el sector público respectivamente. Fue con base en esas directivas que posteriormente fue promulgada la Ley 30/2007, de 30 de octubre, que disponía sobre contratación pública en España antes de la actual LCSP.

La Directiva 18/2004[32], que trataba de la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, representó un gran giro en aquel momento para la contratación pública europea, como ha destacado GIMENO FELIÚ al comentar sus innovaciones:

---

adjudicación (La incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español). Madrid: Civitas, 2003, p. 21).

[30] Disponible en https://boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81001.

[31] Disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81002.

[32] En que pese la indiscutible importancia de la Directiva 17/2004, que trata de los contratos de sectores especiales, este trabajo, como ya se ha explicado en su introducción, enfocará su atención en las reglas generales de la contratación, por lo que disposiciones específicas, como las contenidas en la Directiva 17/2004, sólo serán analizadas marginalmente, y únicamente cuando estén conectados con la pretendida visión general.

> Entre las novedades de la Directiva 18/2004, puede señalarse que se propone la introducción de mecanismos de compra electrónica (subasta electrónica y sistema de adquisición dinámica), destacando igualmente –junto a la introducción de un nuevo procedimiento (el denominado diálogo competitivo)- el reforzamiento de los criterios de selección y adjudicación, la posibilidad de concluir acuerdos-marco, las centrales de compras, la clarificación de las disposiciones relativas a las especificaciones técnicas, introducción de un vocabulario común de contratos públicos[33].

Más que traer una serie de nuevos instrumentos y conceptos jurídicos, la Directiva 18/2004 también significó una especie de afirmación de la contratación pública como una parte relevante del Derecho europeo, capaz de apalancar no sólo objetivos económicos, sino también sociales y ambientales[34]. La contratación pública deja de ser una mera forma para que los países logren bienes y servicios de los que necesitan para convertirse en un medio de realización de políticas públicas en la sociedad[35].

Ya en sus Considerando 1 y 2 la Directiva 18/2004 explicita su propósito de ser un documento unificador de las diversas normativas europeas anteriores sobre contratación pública[36], trayendo también expresamente la visión del TJUE sobre el tema, así como la

---

[33] GIMENO FELIÚ, J. M. *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*. Cizur Menor: Civitas, 2006, p. 36.

[34] En el texto de la Directiva 18/2004, hay varios ejemplos de estas preocupaciones, como en el Considerando 5 ("*exigencias de la protección del medio ambiente*") y en el Considerando 28 ("*programas de talleres y empleos protegidos*"), entre muchos otros a lo largo de todo el documento.

[35] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. "La nueva contratación pública...", *ob. cit.*, p. 17.

[36] Se puede afirmar que las Directivas 17/2004 y 18/2004 significaron la refundición de las siguientes Directivas anteriores de la Comunidad Económica Europea (CEE): 88/295, 89/440, 90/531, 92/50, 93/36, 93/37, 93/38 y 2001/78.

consideración de los principios del Tratado para la interpretación y aplicación de la materia:

> (1) Con ocasión de nuevas modificaciones de las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (5), 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro (6), y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (7), necesarias para responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2.
>
> (2) La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos

> nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.

Esta nueva visión sobre los objetivos de los contratos públicos se reflejó en España con la transposición de la Directiva 18/2004 a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, que representó la modernización de la legislación española sobre contratación pública, con la adopción de los innumerables nuevos conceptos y mecanismos previstos en aquella directiva[37].

1.2.2. La Estrategia Europa 2020 y la contratación pública

Aunque se pueden mencionar otros documentos europeos anteriores que tratan de contratación pública[38], no cabe duda de que el marco inicial para la actualización de las directivas sobre el tema se encuentra en la llamada *Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*[39] (COM(2010) 2020 final), Comunicación de la Comisión Europea realizada como una respuesta a la crisis global de 2008 y a los desafíos económicos y financieros que se vislumbraban para la próxima década.

---

[37] Para un rol de críticas sobre la transposición realizada por la aludida ley, véase GIMENO FELIÚ, J. M. *Novedades de la ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*. Cizur Menor: Civitas, 2010, p. 357 y siguientes.

[38] Especialmente relevantes son las Directivas 2007/6 y 2009/81, que disponen, respectivamente, sobre recursos en procedimientos de adjudicación y normas específicas sobre contratación en las áreas de defensa y seguridad. Importante también es el *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE* (SEC(2010) 1214), que busca fomentar la contratación pública electrónica en el ámbito europeo como forma de mejorar los procedimientos de adjudicación.

[39] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC2020.

El documento propone cinco grandes objetivos para la Unión Europea para 2020: el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza. Para lograr tales intenciones, la Estrategia Europa 2020 centró su visión económica basada en los siguientes criterios de crecimiento:

> - Crecimiento inteligente: desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación.
> - Crecimiento sostenible: promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva.
> - Crecimiento integrador: fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial.

Dentro de este panorama, la Estrategia Europa 2020 enfatiza la contratación pública como un instrumento para alcanzar sus objetivos económicos, sociales y medioambientales[40]. En el documento, se cita expresamente su importancia para favorecer la innovación empresarial (con énfasis en las PYMEs), fomentar la contratación verde, reducir el consumo de energía y recursos, destacando que "*la política de contrataciones públicas debe garantizar un uso más eficaz de los fondos públicos y los mercados públicos deben seguir teniendo una dimensión que abarque a toda la UE*"[41].

La Estrategia Europa 2020 profundiza aún más la nueva visión de la contratación pública traída por las Directivas de 2004 y la coloca

[40] Vid. MORENO MOLINA, J. A. *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*. Oxford: Chartridge Books Oxford, 2015, p. 41.

[41] Para un análisis más detallado de la relación de la contratación pública con las intenciones de la Estrategia Europa 2020 se recomienda MEDINA ARNÁIZ, T. "Comprando para asegurar nuestro futuro: La utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea". En GIMENO FELIÚ. J. M. (Dir.) y BERNAL BLAY. M. A. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2010*, Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 43-101.

en el centro de la discusión para la obtención del anhelado crecimiento inteligente, sustentable e integrador, capaz de enfrentar desafíos como el de la crisis de 2008, como una de las fuerzas motrices que pueden y deben ayudar para la realización efectiva de esa aspiración de los miembros de la Unión Europa. Esta evolución es resaltada por GIMENO FELIÚ:

> Si bien las Directivas de 2004 han supuesto un notable avance, se constata la insuficiencia de su regulación en un contexto de crisis económica y de «redefinición» de políticas públicas, lo que aconsejaba un nuevo paquete legislativo, que debería ser ambicioso tanto en sus principios como en la concreta arquitectura jurídica que se propusiera para poder contribuir así a la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020"[42].

De esta forma, ese protagonismo mayor de la contratación pública también vino acompañado de la necesidad de modificaciones normativas que pudieran proporcionar herramientas para la consecución de las nuevas expectativas generadas, y que pudieran hacer frente a la complejidad de las nuevas tareas exigidas. Si, por un lado, la globalización disminuye las distancias y las barreras entre los mercados, también ha aumentado las dificultades para un equilibrio económico satisfactorio entre las diversas partes implicadas. Lo mismo se puede decir de los nuevos medios electrónicos e informáticos, que acercaron y facilitaron la vida de las personas y de las corporaciones, pero también trajeron nuevos paradigmas de seguridad.

En este contexto, con base en los ya citados objetivos de la Estrategia Europa 2020, es que la Unión Europea comenzará a diseñar

[42] GIMENO FELIÚ, J. M. "El nuevo paquete legislativo de contratación pública: principales novedades. (La orientación estratégica de la contratación pública)". En RODRÍGUEZ-CAMPOS, S. (Coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición.* Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 15-16.

la revisión de sus directivas relativas a la contratación pública[43], buscando actualizar y perfeccionar su legislación sobre el tema para adaptarla a los nuevos retos traídos por la modernidad. Como bien comenta GIMENO FELIÚ analizando los contenidos de la Estrategia Europa 2020 y los desafíos a ser enfrentados por el cambio que entonces se pretendía en la contratación pública europea:

> La revisión de las directivas sobre contratación pública que ha iniciado la Comisión se inscribe en un programa de conjunto, cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficiente y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica[44].

1.2.3. El Libro Verde de 2011

Como continuidad del impulso dado por la Estrategia Europa 2020 para la modificación de los preceptos europeos de contratación pública, la Comisión publicó en 2011 el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, COM(2011), 15 final*[45], con el objetivo expreso de hacer más dinámico y eficaz el sistema de contratación pública de la Unión Europea. Para ello, ha traído en su texto una amplia consulta pública sobre una serie de

---

[43] Vid. SANMARTÍN MORA, M. A. "La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea". En GIMENO FELIÚ. J. M. (Dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2011*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012, pp. 407-433.

[44] GIMENO FELIÚ, J. M. "Las nuevas Directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública". *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, p. 40.

[45] Disponible para consulta en https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF.

propuestas y posibles modificaciones que podrían realizarse en la legislación de la Unión[46].

Este papel propositivo y abierto al diálogo con los diversos sectores interesados en el tema de la contratación pública y sus correlatos, con el objetivo de evaluar y reflexionar sobre las posibles modificaciones legislativas, es explícitamente colocado en la página 5 del documento:

> El presente Libro Verde recoge una serie de ideas sobre cómo realizar mejor los diversos objetivos. No obstante, hay que saber que pueden existir conflictos entre ellos (por ejemplo, entre simplificar los procedimientos y tener en cuenta otros objetivos políticos). Estos diferentes objetivos se concretan a veces en opciones políticas que pueden apuntar en diferentes direcciones, y que exigirán una elección razonada en una fase posterior.

Así, en general, las concepciones discutidas en el Libro Verde buscan modernizar las normas europeas en consonancia con los propósitos de la Estrategia Europa 2020 de una contratación pública estratégica e instrumental, vinculada a determinados fines estatales que buscan satisfacer el interés general, principalmente de carácter social, medioambiental y también de innovación.

Temas como modernización de los procedimientos, acceso al mercado para las PYMEs y una preocupación general con la integridad están, como otras igualmente relevantes, en el documento. Tales cuestiones se cristalizarían en muchas partes de las futuras Directivas

[46] La previsión de presentación de "propuestas legislativas para simplificar y actualizar las normas de la UE, a fin de dar mayor flexibilidad a la adjudicación de contratos y permitir que la contratación pública pueda aprovecharse mejor en otros ámbitos de acción" ya se había planteado en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva, COM(2010) 608*.

de 2014, donde esa idea de contratación pública como herramienta de los Estados para promover ciertas políticas públicas encontrará su diseño final.

Como consecuencia de la citada consulta pública promovida, diferentes grupos de interés participaran con sus opiniones y sugerencias, desde gobiernos hasta ciudadanos particulares, habiéndose obtenido un total de 623 respuestas a los cuestionamientos planteados en el aludido Libro Verde[47].

Además, también el Parlamento Europeo ha dictado una Resolución sobre la modernización de la contratación pública, en 25 de octubre de 2011, (2011/2048(INI))[48], donde pide a la Comisión que, en relación con el Libro Verde (entre otros documentos), mantenga la atención en las siguientes misiones: mejora de la claridad jurídica; desarrollo de todo el potencial de la contratación pública, con la mejor rentabilidad; simplificación de las normas y procedimientos más flexibles; mejora del acceso para las PYMEs; procedimientos razonables y combate a ventajas desleales; e incremento en el uso de la contratación electrónica.

En la misma Resolución, el Parlamento también demuestra su preocupación específica por puntos como la fase de ejecución de los

[47] Se destaca la participación de un grupo de expertos españoles formada por GIMENO FELIÚ, MORENO MOLINA, GALLEGO CÓRCOLES, BERNAL BLAY y MEDINA ARNÁIZ: "Contribuciones al Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente (COM(2011) 15 final), presentadas por los miembros investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España sobre «Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva» (Ref. DER JURI 2009-12116)", en GIMENO FELIÚ J. M. (Dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2010*, Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 459-516.

[48] Disponible en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0454+0+DOC+XML+V0//ES.

contratos, las posibilidades limitadas de los licitadores de rectificar omisiones en sus ofertas, la importancia de la división de los contratos en lotes, y la necesidad de luchar contra la corrupción y el papel de los principios de transparencia y competencia para eso.

Aunque también otros documentos hayan ejercido influencia en la discusión y redacción de las Directivas de 2014[49], es posible decir las propuestas del Libro Verde en conjunto con las respuestas enviados a través de la consulta pública forman las bases para los proyectos de las nuevas Directivas que se publicarán en DOUE de 5 de abril de 2012[50].

1.3. Las Directivas de 2014

El 28 de marzo de 2014 se publicaron en el DOUE las Directivas 2014/23/UE (relativa a la adjudicación de contratos de concesión), 2014/24/UE (sobre contratación pública) y 2014/25/UE (relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales), del Parlamento Europeo y del Consejo[51]. Como ya mencionado anteriormente, con

[49] MORENO MOLINA, por ejemplo, cita el papel del Acuerdo de Contratación Pública la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 2012, sobre todo en lo que se refiere a los operadores económicos de terceros países signatarios ("El Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio y la Directiva de la Unión Europea 2014/24". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 140, 2015, pp. 52-55).

[50] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales COM (2011) 895 final; Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública [Bruselas, 20.12.2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD)]; Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión [Bruselas, 20.12.2011, COM (2011) 897 final. 2011/0437 (COD)].

[51] Disponibles para consulta, respetivamente, en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32014L0023; https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32014L0024; y https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32014L0025.

tales directivas se ha ultimado la tarea iniciada con la Estrategia Europa 2020 para la modernización del tema de la contratación pública en la Unión Europea.

MORENO MOLINA expone adecuadamente lo que se busca con la aprobación de las nuevas directivas:

> El objetivo principal de los nuevos textos consiste, por una parte, en simplificar, modernizar y mejorar la eficiencia de las normas y los procedimientos contractuales en la Unión Europea y, por otra, en permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social[52].

A primera vista ya se percibe una notable novedad con relación al paquete europeo de 2004 sobre contratación pública: la promulgación de una directiva que se refiere exclusivamente a la adjudicación de los contratos de concesión. Esta opción se basa en el deseo del legislador europeo de crear un marco legal específico para los contratos de concesión, combatiendo la inseguridad jurídica y el exceso de burocracia, además de hacer hincapié sobre las características particulares de esa especie de contratos[53].

Pero esta no es la única novedad destacable, y tal vez no sea ni siquiera la principal. Todas las tres nuevas directivas traen innovaciones relevantes para esta nueva mentalidad europea sobre la

[52] MORENO MOLINA, J. A. "Relación de síntesis sobre las nuevas Directivas de contratación pública", en GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Observatorio de contratos públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 22.

[53] Véase los Considerandos 1 y 2 de la Directiva 23/2014.

contratación pública, y merecen un análisis más detallado por separado. Todavía, debido a sus objetivos, este trabajo irá dedicarse al estudio de la Directiva 2014/24/UE, por tratarse de la que contiene los aspectos generales aplicables a todas las contrataciones en el ámbito público y que está vinculada a las principales normas relacionadas a la integridad en las compras públicas.

Denominada comúnmente de Directiva de Contratación Pública (DCP), la Directiva 2014/24/UE viene para sustituir la antigua Directiva 18/2004/CE con relación a la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos dentro del espacio de la Unión Europea por encima de determinado valor[54]. Sin embargo, además de

[54] Artículo 4 (*texto consolidado de 01.01.2022*)
Importes de los umbrales
La presente Directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, el impuesto sobre el valor añadido (IVA) excluido, sea igual o superior a los siguientes umbrales:
a) 5 382 000 EUR, en los contratos públicos de obras;
b) 140 000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales y los concursos de proyectos organizados por estos; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, ese umbral solo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo III;
c) 215 000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos; este umbral se aplicará también a los contratos públicos de suministro adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales que operen en el sector de la defensa, cuando estos contratos tengan por objeto productos no contemplados en el anexo III;
d) 750 000 EUR, en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV.

Artículo 13 (*texto consolidado de 01.01.2022*)
Contratos subvencionados por los poderes adjudicadores
La presente Directiva se aplicará a la adjudicación de los contratos siguientes:
a) contratos de obras subvencionados directamente en más de un 50 % por poderes adjudicadores y cuyo valor estimado, IVA excluido, sea igual o superior a 5 382 000 EUR, cuando esos contratos tengan por objeto alguna de las siguientes actividades:
i) actividades de ingeniería civil enumeradas en el anexo II,
ii) obras de construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos y de ocio, edificios escolares y universitarios y edificios de uso administrativo;
b) contratos de servicios subvencionados directamente en más de un 50 % por poderes adjudicadores y cuyo valor estimado, IVA excluido, sea igual o superior a 215 000 EUR, cuando esos contratos estén vinculados a un contrato de obras contemplado en la letra a).

esta actualización de la normativa sobre los procedimientos de adjudicación, con la descripción objetiva e intención de clarificación de los conceptos básicos de la materia y la incorporación de la jurisprudencia del TJUE sobre contratación pública creada a lo largo de los años anteriores, la DCP también ha innovado trayendo en su texto, por primera vez, disposiciones específicas sobre los aspectos de la ejecución de los contratos públicos como su modificación, eventual subcontratación y su resolución[55], entre otras novedades analizadas a continuación.

Los objetivos buscados por la Directiva 2014/24/UE hacen referencia expresa a los contenidos de la Estrategia Europa 2020, en los propios términos de su Considerando 2[56]. Son, en resumen, la búsqueda por la denominada contratación pública estratégica, que modifica su percepción meramente burocrática para colocarse como una valiosa herramienta para la realización de políticas públicas de carácter social, ambiental o de innovación, entre otras. GIMENO FELIÚ así analiza esta concepción contemporánea de las compras públicas:

> Esto significa que, como se ha apuntado en anteriores trabajos, los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más

[55] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. "Las nuevas directivas...", *ob. cit.*, p. 47.

[56] "*(2) La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (4), y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (5), a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes*".

> ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadores[57].

Así, en el texto de la DCP se puede percibir la preocupación en ofrecer mecanismos para que la contratación pública no sea un fin en sí misma, sino un instrumento de cambio de la sociedad por intermedio del fomento de determinadas políticas públicas. Temas como la protección del medio ambiente, requisitos sociales, estímulo a la investigación y a la innovación e impulso a la participación de las PYMEs, están em inúmeras partes de la directiva, reafirmando las nuevas responsabilidades de los agentes públicos y el compromiso con esta visión más amplia de la contratación pública.

Pero este cambio, para ser efectivo, también pasa por la modernización de las propias normas y procedimientos de contratación, para adecuarlos a ese "nuevo mundo". Nuevos objetivos demandan el perfeccionamiento de los instrumentos disponibles para alcanzarlos. MORENO MOLINA *et al.* señalan la preocupación de la nueva legislación europea con eso:

> Las nuevas normas plantean la necesidad de simplificar las normas, incrementar su eficiencia y eficacia y hacer que se adapten mejor a la evolución del contexto político, social y económico. Unos procedimientos más racionales y eficientes incrementarían la

[57] GIMENO FELIÚ, J. M. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 39-40.

> flexibilidad para los poderes adjudicadores, beneficiarían a todos los operadores económicos y facilitarían la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos. La mejora de las normas sobre contratación pública permitiría asimismo que los poderes adjudicadores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como la protección del medio ambiente y la promoción de la innovación[58].

Es importante destacar que estas nuevas exigencias finalistas de la contratación pública europea no significan de ningún modo obstáculos para la amplia competencia e igualdad de trato entre licitadores. Al revés, la propia Directiva 2014/24/UE consagra en sus principios de la contratación, en el art. 18.1, que:

> Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.
>
> La contratación no será concebida con 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.

Así, se percibe que la competencia se sitúa como condición necesaria, al lado de la igualdad y de la transparencia, para la efectividad de los propósitos de la directiva. Para alcanzar una compra pública más eficiente es necesario garantizar que la competencia se dé de la forma más amplia y justa posible, porque de esa forma se proporcionará exactamente la evaluación de la mejor oferta, aquella que cumple las especificaciones técnicas del objeto pretendido por la

[58] MORENO MOLINA, J. A. *et al. Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, Las Rosas: Wolters Klower, 2016, p. 20.

Administración y también cumple los requisitos medioambientales y sociales pertinentes[59].

Para comprender la extensión de las modificaciones introducidas por la DCP, hay que examinar detenidamente algunos de sus elementos esenciales y en qué medida ellos se encuadran en esa demanda por una compra estratégica, donde la contratación pública actúa como herramienta para la consecución de determinadas políticas públicas.

1.3.1. El concepto de poder adjudicador

Inicialmente, antes de abordar las normas procedimentales de la DCP, es necesario aclarar quiénes son los destinatarios de esta normativa, los sujetos que estarán sometidos a esas normas específicas para compras públicas. Aunque pueda parecer una explicación trivial, la realidad es que para el mundo de la práctica se configura sumamente importante, puesto que es un comportamiento recurrente que algunas entidades intenten apartarse del ámbito de aplicación de las normas de contratación pública, donde los límites de la discrecionalidad son más estrechos y usualmente los procedimientos exigen una amplia transparencia.

Conforme explica CHINCHILLA MARÍN[60], el Derecho europeo busca definir los sujetos sometidos a las directivas de contratación pública no por la forma o el nombre adoptados por esos sujetos, sino

[59] Para un análisis de la importancia dada al principio de la competencia a lo largo del texto de la Directiva 2014/24/UE, véase RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. "Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España". *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, pp. 103-107.

[60] CHINCHILLA MARÍN, C. "La jurisprudencia del TJUE...", *ob.cit.*, p. 43.

a través de "*conceptos objetivos o funcionales"*, es decir, teniendo en cuenta lo que los sujetos realmente hacen y de qué manera lo hacen, dejando en segundo plano la formalidad de la nomenclatura, muchas veces utilizada exactamente para escapar de la aplicación obligatoria de la normativa europea. Este también es el enseñamiento de BAÑO LEÓN:

> Se trata de nociones funcionales. Lo que importa al Derecho comunitario es si la actividad es o no empresarial (los poderes adjudicadores se reducen a los que realizan actividades de regulación) y si sobre ellos tiene una influencia determinante el Estado u otro poder adjudicador.
>
> Para el Derecho comunitario, resulta una obviedad que cualquier forma jurídica que utilice el Estado u otro ente público es irrelevante si como consecuencia de su actividad y de su financiación y control efectivo cabe incluirlo dentro del concepto de poder adjudicador[61].

En su art. 1, la DCP establece que sus normas son aplicables a los procedimientos realizados por los *poderes adjudicadores* relativos a contratos públicos y a concurso de proyectos, dentro de los anteriormente mencionados umbrales del art. 4. Es decir, cuando algún ente clasificado como poder adjudicador pretender realizar una contratación pública, y si esa encontrarse bajo la égida de los valores previstos en la directiva, la normativa de la Unión deberá ser obligatoriamente respetada.

Por otro lado, el art. 2.1[62] trae las definiciones de los cuatro tipos diferentes de entes que deben considerarse poderes adjudicadores. El

[61] BAÑO LEÓN, J. M. "La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas". *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000, p. 15.

[62] "*1. A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:*
1) «Poderes adjudicadores»: el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público.

sentido y el alcance de tales definiciones, más que una innovación traída por la nueva directiva, provienen de la reiterada jurisprudencia del TJUE sobre el tema, como bien se reconoce en la primera parte del primero párrafo de su Considerando 10:

> El concepto de «poderes adjudicadores», y en particular el de «organismos de Derecho público», han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia.

De todas las definiciones de los entes indicados como poder adjudicador, la que siempre ha traído más polémica fue la de "organismo de Derecho Público", siendo necesaria la intervención del TJUE en innumerables ocasiones[63]. El nuevo texto intenta aclarar el concepto de "organismo de Derecho Público" sobre la base de las

2) «Autoridades, órganos y organismos estatales»: los poderes adjudicadores que figuran en el anexo I y, en la medida en que se introduzcan rectificaciones o modificaciones a escala nacional, las entidades que las sucedan.
3) «Poderes adjudicadores subcentrales»: todos los poderes adjudicadores que no sean las autoridades, órganos u organismos estatales.
4) «Organismo de Derecho público»: cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:
a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y
c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público".

[63] Son ejemplos de sentencias del TJUE sobre el tema, entre otras: *Mannesmann*, asunto C-44/96, sentencia de 15 de enero de 1998; *Comisón v. Francia*, asunto C-237/99, sentencia de 1 de febrero de 2001; y *Comisión v. España*, asunto C-283/00, sentencia de 16 de octubre de 2003.

reiteradas sentencias del TJUE, exigiendo así la presencia concomitante de tres características: 1) creación específica para la satisfacción de necesidades de interés general sin carácter industrial o mercantil; 2) personalidad jurídica propia; y 3) financiación mayoritaria por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o con gestión sujeta a la supervisión de eses entes, o con órgano de administración, de dirección o de supervisión, con más de la mitad de los miembros nombrados por ellos.

En ese tema, grandes debates siempre ocurrieron sobre la conceptualización de "interés general" y "carácter industrial o mercantil". La segunda parte del primero párrafo del Considerando 10 de la directiva deja claro que el análisis debe tener en cuenta los dos elementos:

> A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil.

Aquí, las fronteras de dichos conceptos fueron delimitadas por la actuación del TJUE a lo largo de los años. En estas decisiones, el tribunal resolvió, por ejemplo, que la existencia de una previsión legal de que una entidad desempeñe una función de interés general sin carácter industrial o mercantil, pero que también realice otras actividades, éstas sí industriales o mercantiles, obliga a dicha entidad a someterse a las reglas de contratación pública, sin importar siquiera que la satisfacción de necesidades de interés general sea una parte menor de sus actividades. En este sentido, véase lo que el TJUE decidió en la sentencia *Mannesmann*:

> 24 Por consiguiente, procede señalar que dicha entidad, en virtud de la legislación que la regula, ha sido creada para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil. En efecto, los documentos cuya impresión realiza la OS están estrechamente vinculados al orden público y al funcionamiento institucional del Estado, que exigen una garantía de abastecimiento y unas condiciones de producción que aseguren el cumplimiento de las normas de confidencialidad y de seguridad.
>
> 25 Seguidamente, hay que destacar que de las disposiciones del apartado 1 del artículo 1 y del apartado 1 del artículo 2 de la StDrG resulta que la OS fue creada con la finalidad específica de satisfacer estas necesidades de interés general. A este respecto, es indiferente que, además de cumplir dicha función, dicha entidad pueda desempeñar otras actividades, como la producción de otro material impreso, así como la edición y la distribución de libros. El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por la OS, como señaló el Gobierno austriaco en sus observaciones escritas, tampoco es pertinente, puesto que la mencionada entidad sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer.
>
> 26 En efecto, el requisito exigido en el primer guión del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva, según el cual el organismo debe haber sido creado para satisfacer «específicamente» necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, no implica que esté únicamente encargado de satisfacer dichas necesidades.

Otro punto importante es que la existencia de competencia en el mercado con empresas privadas por sí sola no es un elemento definitorio para que la entidad no sea considerada poder adjudicador, aunque pueda actuar como un indicio para tal. En efecto, y ese es el argumento utilizado por el TJUE, el Estado, aunque permita la participación de operadores económicos privados, puede decidir por, a través de su actuación por intermedio de una entidad, mantener una

influencia en un determinado mercado, por lo que esta entidad debe, así, seguir las normas de contratación pública[64].

En el apartado 59 de la sentencia *Korhonen y otros*, asunto C-18/01, de 22 de mayo de 2003, el TJUE parece resumir su entendimiento sobre la ocurrencia del binomio "satisfacción de necesidades de interés general + ausencia de carácter industrial o mercantil":

> A fin de evaluar si dicha necesidad carece de carácter industrial o mercantil, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar las circunstancias que rodearon la creación de la sociedad y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate.

[64] Vid. la STJUE *BFI Holding*, asunto C-360/96, de 10 de noviembre de 1998:
"47 De lo anterior se deduce que la letra b) del artículo 1 de la Directiva 92/50 puede aplicarse a un organismo determinado, aunque empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que éste, y que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público.
48 No obstante, debe destacarse que la existencia de competencia no carece totalmente de pertinencia a la hora de responder a la cuestión de si una necesidad de interés general no tiene carácter industrial o mercantil.
49 En efecto, la existencia de una competencia desarrollada y, en particular, el hecho de que el organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil.
50 En cambio, estas últimas necesidades no se satisfacen, por regla general, mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado, como muestra la enumeración de organismos de Derecho público contenida en el Anexo I de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9), en su versión modificada por la Directiva 93/37, a la que se refiere la letra b) del artículo 1 de la Directiva 92/50. Sin ser exhaustiva, dicha lista pretende ser lo más completa posible.
51 El análisis de esta enumeración demuestra que, en general, se trata de necesidades que, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante".

El segundo requisito caracterizador de un poder adjudicador es tener personalidad jurídica propia. Como señala GIMENO FELIÚ[65], para la aplicación de las normas de contratación pública europeas es indiferente que esa personalidad sea pública o privada, siendo necesario realizarse una interpretación funcional, más vinculada al análisis de su actividad y los objetivos por los que se creó que a su forma jurídica de constitución, en razón de lo que las empresas mercantiles, a pesar de lo que su propio nombre dice, pueden sí ser consideradas como poder adjudicador y ser obligadas a seguir las reglas de contratación pública[66].

Por último, el tercer requisito previsto en la Directiva 2014/24/UE para definir si una entidad es o no poder adjudicador es la dependencia de ella con relación al poder público. Esta dependencia puede ser de naturaleza financiera, de gestión e incluso de supervisión, como se ha visto en el citado art. 2.1 de la directiva. Lo importante aquí, nuevamente, es la capacidad de influencia que el Estado pueda tener sobre la entidad.

Desde el punto de vista de la financiación mayoritaria por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, el TJUE ha creado un conjunto de criterios para analizarse la condición o no de cierto organismo público como poder adjudicador[67]. Una de sus sentencias paradigmáticas es la de 3 de

[65] GIMENO FELIÚ, J. M. "Ser o ser poder adjudicador: ¡¡Esa no es la cuestión!!". En GIMENO FELIÚ. J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 36-38.

[66] En este sentido, entre otras, véase las siguientes sentencias del TJUE: *Beentjes*, asunto 31/87, de 20 de septiembre de 1988, y *Comisión v. España*, asunto C-214/00, de 15 de mayo de 2003.

[67] CHINCHILLA MARÍN, C. "La jurisprudencia del TJUE...", *ob.cit.*, pp. 56-60.

octubre de 2000, asunto C-380/98, en la que el tribunal llegó a las siguientes conclusiones:

> 21 Aunque el modo de financiarse de un organismo determinado puede resultar revelador de su estrecha dependencia respecto de otra entidad adjudicadora, es preciso hacer constar que este criterio no tiene carácter absoluto. No toda suma abonada por una entidad adjudicadora tiene por efecto crear o reforzar una relación específica de subordinación o de dependencia. Únicamente cabrá calificar de «financiación pública» aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica.
>
> 33 Habida cuenta de lo expuesto, procede responder a la segunda cuestión que el término «mayoritariamente», que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de cada una de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, debe interpretarse en el sentido de que significa «más de la mitad».
>
> 36 Procede, pues, responder a la tercera cuestión que, para valorar correctamente el porcentaje de financiación pública de un organismo determinado, es preciso tener en cuenta todos los ingresos que dicho organismo obtenga, incluidos los que resulten de una actividad mercantil.
>
> 40 Por consiguiente, la calificación de «entidad adjudicadora» de un organismo como la Universidad debe efectuarse sobre una base anual y el período que debe considerarse más adecuado para calcular el modo de financiación de dicho organismo es el ejercicio presupuestario en que se inicia el procedimiento de adjudicación de un contrato determinado.

Además de esas determinaciones conceptuales, el TJUE también ha aclarado, en la sentencia *Bayerischer*, asunto C-337/06, de 13 de diciembre de 2007, que el pago que se realiza a cierta entidad debido a una obligación creada en ley debe ser entendida como financiación pública, pues viene de una voluntad emanada del Estado, y no de una relación contractual entre la entidad y los consumidores. Si a

financiación de una entidad tiene origen en un acto del Estado y está garantizada por este, o sea, está sometida a normas de derecho público, entonces debe ser considerada como financiación estatal. De esta forma, conforme la conclusión del TJEU, sería una forma de financiación pública indirecta a los organismos que recibieran esos valores previstos en la ley[68].

Ya en relación al requisito "*de cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público*" de la Directiva, también no existen criterios fijos para el análisis, dependiéndose de un examen de la situación fática de la entidad, principalmente en lo que se refiere a las normas de gestión y supervisión previstas para dicho organismo. Aquí, de igual modo, se debe verificar las relaciones de dependencia y control existentes, de modo a concluirse sobre el carácter o no de poder adjudicador de la entidad[69].

1.3.2. Los contratos sometidos a la Directiva 2014/24/UE

Además de exigir que el contratante se inserta en el concepto de poder adjudicador, la directiva también trae otras características, así como excepciones, de aquellos contratos que deben seguir, obligatoriamente, las reglas europeas de contratación pública. El

[68] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. "Ser o ser poder adjudicador..." *ob. cit.*, pp. 40-41.

[69] Sobre ese tema, son importantes las seguientes STJUEs: *Comisión v. Francia*, asunto C-237/99, de 1 de febrero de 2001, y *Adolf Truley*, asunto C-373/00, de 27 de febrero de 2003.

contrato debe ser público, de acuerdo con la definición recogida en el apartado 1 del art. 2:

> 5) «Contratos públicos»: los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios.

El primero rasgo que se puede observar es la necesaria onerosidad que el contrato debe poseer, quedando así excluidos eventuales pactos gratuitos que la Administración venga a realizar. O sea, deben existir obligaciones recíprocas entre el poder adjudicador y el operador económico. Se debe observar, sin embargo, que esa gratuidad debe ser entendida en sentido estricto, con la presencia de una ventaja sin cualquier otra respectiva contraprestación[70], no se restringiendo sólo a aquellas de naturaleza monetaria, pero también no pudiendo abarcar posibles ventajas alternativas que la contratada pueda obtener a través del contrato celebrado. Así explica VILALTA REIXACH:

> Pero es que, además, la onerosidad del contrato no exigiría ni tan siquiera la existencia de una contraprestación monetaria, sino que ésta podría ir ligada a cualquier ventaja o contraprestación a favor del contratista, identificada con todo tipo de obligación asumida por el poder adjudicador como contrapartida por la realización de una determinada prestación[71].

[70] Es importante subrayar que no descarta la onerosidad, pero tampoco perjudica la validez de una oferta, la presentación de determinadas prestaciones contractuales a precio cero, siempre que se incluyan dentro de un precio general del contrato, como ya ha decidido el TACPA, en el Acuerdo 61/2014, de 8 de octubre.

[71] VILALTA REIXACH, M. *El carácter oneroso de los contratos públicos*. Observatorio de Contratación Pública, 2013. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/el-caracter-oneroso-de-los-contratos-publicos.

Como ya mencionado, la DCP, en sus artículos 4 y 13, también dispone acerca de los umbrales mínimos de valor de los contratos a partir de los cuales su aplicación es obligatoria. Este valor se calcula en regla general, de conformidad con el art. 5, sobre la base del importe total a pagar que ha sido estimado por el poder adjudicador, IVA excluido, e incluidas todas las eventuales opciones y prórrogas fijadas en los pliegos de la contratación. La idea es limitar la utilización de las reglas previstas en la directiva, teóricamente más rígidas, para aquellos procedimientos económicamente más relevantes, donde la garantía de amplia competencia debe ser mejor protegida. Por debajo de los umbrales, en contrataciones que, en teoría, despertarían menos intereses de empresas no nacionales, se deja que el Estado miembro pueda producir una regulación menos rigurosa, que también puede favorecer la celeridad del procedimiento y una menor burocracia para la contratación[72].

La DCP también establece una serie de casos específicos donde sus normas no serán aplicables o lo serán sólo parcialmente, como: contratos de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que serán regulados por la Directiva 2014/25/UE (art. 7); contratos para disposición o explotación de redes públicas de comunicaciones o prestación al público de servicios de comunicaciones electrónicas (art. 8); contratos que deben ser adjudicados u organizados de conformidad con procedimientos de contratación

[72] En que se pese la posibilidad de leyes nacionales más flexibles, el TJUE ha declarado que, incluso bajo los umbrales de las directivas, los procedimientos de contratación pública deben respetar las normas fundamentales y los principios generales del TFUE en determinadas circunstancias, como en el asunto C-278/14, sentencia de 16 de abril de 2015: "*Sin embargo, procede considerar que la adjudicación de contratos que, por su valor, no están incluidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva está 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 habida cuenta de ciertos criterios objetivos*".

establecidos por una organización internacional o por normas internacionales (art. 9); contratos públicos para los servicios especificados en el art. 10; contratos de servicios adjudicados por un poder adjudicador a otro poder adjudicador sobre la base de un derecho exclusivo derivado de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, desde que compatibles con el TFUE (art. 11). Además, la Directiva 2014/24/UE también trata de las situaciones y excepciones específicas para la adjudicación de los contratos subvencionados (art. 13), de investigación y desarrollo (art. 14), de seguridad y defensa (arts. 15 al 17).

Atención especial merecen las disposiciones del art. 12 sobre lo que denomina "*Contratos públicos entre entidades del sector público*", que tratan de lo que comúnmente se designa en la doctrina como cooperación vertical y horizontal entre entes de la Administración Pública. Al estar presentes los requisitos particulares de cada caso previstos en el referido artículo, las relaciones existentes entre las partes quedan desobligadas de atender las reglas de contratación pública previstas en la directiva.

El Considerando 5 de la DCP es claro al decir que "*ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva*". Para AMOEDO-SOUTO[73], tal declaración de la directiva es el reconocimiento de las técnicas de autoprovisión realizadas por las Administraciones como una alternativa autorizada por el derecho de la Unión.

[73] AMOEDO-SOUTO, C. A. "En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos". *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018, p. 94.

No obstante, las dudas sobre la naturaleza jurídica de pactos firmados entre dos poderes adjudicadores siempre fueron motivos de discusión[74], principalmente por la dificultad de diferenciarse cuando, con el pretexto de estar realizando actividades típicamente estatales, la Administración buscaba, en realidad, huir de la aplicación de las normas generales de contratación pública. Como en otras materias, la directiva optó por aclarar las divergencias con la ayuda de la construcción jurisprudencial realizada por el TJUE a lo largo de los años, como puede observarse en el Considerando 31 de la propia directiva[75].

La llamada técnica "*in house providing*" es, en resumen, la utilización, por parte de la Administración Pública, de encargos a medios propios para la realización de ciertas tareas de interés público, aunque por intermedio de otros entes con personalidad jurídica distinta, valiéndose de su libertad de organización. Cuando una

[74] Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I. "Nuevos desarrollos de la contratación «in house» en el Derecho Español: los encargos a medios propios y servicios técnicos". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Observatorio de contratos públicos 2015*, Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 169-222.

[75] (31) Existe una considerable inseguridad jurídica en cuanto a la medida en que los contratos celebrados entre entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública. La correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido objeto de diferentes interpretaciones por parte de los distintos Estados miembros e incluso por los distintos poderes adjudicadores. Por tanto, hace falta precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública.
Esta precisión debe guiarse por los principios establecidos en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación. No obstante, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos.
Es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores.

situación así sucede, en tesis, la legislación sobre contratación pública no sería aplicable[76].

Cuando el propio ente realiza directamente, en su nombre[77], alguna obra o servicio, por ejemplo, no hay duda de que se está ante una actividad típicamente administrativa, que escapa a cualquier normativa de contratación pública, porque ni siquiera se puede hablar de la existencia de contrato en dicha hipótesis.

No obstante, lo mismo no ocurre cuando involucra a entes diferentes, precisamente por las trabas impuestas para evitar que la competencia y el acceso a los contratos públicos sean vulnerados. Como ya se ha visto, la regla general es que todas las obras, servicios y suministros, cuando sean realizados por un tercero a la Administración, deben ser adjudicados a través de las normas de contratación pública. Sin embargo, hay una serie de entidades que, aunque posean personalidad jurídica distinta, están tan controladas por la Administración que se puede decir que es ésta misma que está realizando la actividad, no siendo pasible, por lo tanto, de incidencia de las disposiciones de los contratos públicos[78]. Al analizar estas entidades, SOSA WAGNER así las define con maestría:

> En esta razón es preciso detenerse para subrayar *que estas organizaciones públicas incardinadas en el tejido mismo administrativo al formar parte del propio dispositivo organizativo público*. Tienen

[76] Véase GORDILLO PÉREZ, L. y MÚGICA ALCORTA, R. "La evolución de los contratos "in-house" en el derecho de la UE. especial referencia a la jurisprudencia en materia de contratación pública local". *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 9, 2014, p. 87.

[77] Es posible utilizar aquí la denominación "medios propios no personificados", como lo hace la LCSP en su art. 30.1, por ejemplo.

[78] Vid. MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, L. *Los encargos a medios propios en la legislación actual*. Madrid: Editorial Reus, 2017, p. 26.

> reconocida una personalidad jurídica, cierto, pero, como sabemos desde antiguo, para acomodarse mejor al fin del que sólo son un instrumento o medio. El reconocimiento de una personalidad jurídica independiente es tan sólo una herramienta que si significa ni puede implicar la desvinculación de la organización empresarial de la entidad pública de que trae causa. Estamos sólo y exclusivamente ante una forma de organización más. De ahí, que se deban considerar estas entidades, a tales efectos, como *algo propio*, de la Corporación en cuanto Administración[79].

El razonamiento es que las normas de contratación pública no serían aplicables a esos entes precisamente porque ellos fueron creados para realizar esas actividades dentro de la Administración estatal. Como el mismo SOSA WAGNER subraya, no tendría sentido someterlas a una concurrencia de ofertas, pues se estaría restringiendo los propios instrumentos que la Administración ya dispone para el ejercicio de sus competencias.

Mucho de la construcción conceptual acerca de los encargos a medios propios se debe a la actuación del TJUE[80], como el propio ya citado Considerando 31 reconoce. Esa jurisprudencia[81] está plasmada en los requisitos acumulativos traídos en el apartado 1 del art. 12 para

---

[79] SOSA WAGNER, F. "El empleo de los «recursos propios» por las administraciones locales". En COSCULLUELA MONTANER, L. *Estudios de Derecho público económico*. *Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo.* Civitas, 2003, p. 1317.

[80] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. "La "codificación" de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE". *Revista española de derecho administrativo*, núm. 172, 2015, pp. 88-91.

[81] Se puede citar como paradigmática sobre ese tema la STJUE *Teckal*, asunto C-107/98, de 18 de noviembre de 1999:
"50 A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan".

reconocerse un ente que es utilizado por un poder adjudicador para cumplir sus objetivos:

> 1. Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:
>
> a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;
>
> b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y
>
> c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Para que se reconozca la existencia de encargo a medios propios, deben cumplirse todos los tres requisitos anteriores al mismo tiempo y siempre realizándose una interpretación estricta de ellos, de modo a no afrontar la libre competencia[82]. Es necesario hacer hincapié en el espíritu de la Directiva: la regla general es la aplicación de las normas de contratación, todo lo demás son eventuales excepciones deben ser ampliamente fundamentadas.

El primero requisito, lo de control análogo, es explicada al fin del mismo apartado 1 del art. 12 como "*cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la*

[82] GIMENO FELIÚ, J. M. "El nuevo paquete legislativo comunitario...", *ob. cit.*, pp. 66-67.

persona jurídica controlada". Para encuadrarse como control análogo, así, se requiere que la influencia del ente controlador sobre el controlado sea determinante, y no meramente incidental, con participación efectiva en su gestión. Es lo que el TJUE llama de control estructural y funcional[83].

Lo importante aquí también no es la constitución formal de la entidad utilizada por el poder adjudicador, sino que es verificar la relación entre ambos en la realidad de los vínculos contractuales, como expone GIMENO FELIÚ:

> Control análogo que existirá no en función del porcentaje de participación en el capital social, sino el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente encomendante, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual[84].

Tal control también puede, incluso, ser compartido con otras autoridades públicas[85], no necesitando tratarse de un control individual[86]. Ese control conjunto de varios poderes adjudicadores

---

[83] En ese sentido, véase, por ejemplo, la sentencia *Comisión v. Italia*, asunto C-371/05, de 17 de julio de 2008:
"26 Ne risulta che il suddetto comune aveva la facoltà di incidere in modo determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti dell'ASI tramite la nomina dei membri degli organi direttivi di tale società e di un funzionario comunale incaricato di orientare e controllare l'operato di quest'ultima. Tale facoltà è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un potere di controllo strutturale e funzionale del Comune di Mantova su detta società analogo a quello esercitato sui propri servizi, così da soddisfare la prima condizione stabilita dalla Corte al punto 50 della citata sentenza Teckal".

[84] GIMENO FELIÚ, J. M. "La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de la organización en el modelo local", en GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2012*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, p. 53.

[85] Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I. "Nuevos desarrollos de la contratación «in house»...", *ob. cit.*, p. 189.

[86] Este fue el entendimiento del TJUE, por ejemplo, en la sentencia *Coditel*, asunto C-324/07, de 13 de noviembre de 2008:

sobre un ente instrumental es posible cuando, a través de poderes de gestión y decisión, las entidades controladoras ejerzan una influencia determinante sobre los objetivos y las deliberaciones estratégicas de la organización controlada. La "gestión colectiva", aunque parezca contradecir el concepto de control análogo, se podría comprobar, además de la participación en el capital del medio propio, con el derecho a nombrar miembros para los órganos de dirección o de auditoria, por ejemplo[87].

En la sentencia *Econord,* asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, de 29 de noviembre de 2012, el TJUE ha aclarado su entendimiento sobre el control análogo cuando ejercido por más de una entidad, al decir, en su apartado 30, que no es indispensable que cada una de las entidades tenga un poder de control individual sobre el ente controlado*,* ni tampoco es posible que el control lo sea ejercido exclusivamente por la entidad que tenga una participación mayoritaria en el capital, pues así no sería concebible la existencia de control conjunto. No obstante, es necesario sí la presencia efectiva de las entidades en la gestión y en control del medio propio para que pueda dispensar la aplicación de las normas europeas relativas a contratación pública.

Esta idea, por fin, está presente en el apartado 3 del art. 12 de la DCP, donde se permite expresamente la interpretación de un posible

"41 De cuanto precede resulta que, sin perjuicio de la comprobación de los hechos por el órgano jurisdiccional remitente en lo que respecta al margen de autonomía del que goza la sociedad cooperativa intermunicipal en cuestión, en circunstancias como las del litigio principal, puede considerarse que el control ejercido a través de los órganos estatutarios por las autoridades públicas asociadas a dicha sociedad cooperativa intermunicipal sobre las decisiones adoptadas por ésta permite a dichas autoridades ejercer sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios".

[87] Véase BERNAL BLAY, M. A. "El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 124, 2013, p. 90.

control conjunto de un medio propio, desde que ese control se dé en la seguientes condiciones:

> A efectos de la letra a) del párrafo primero, los poderes adjudicadores ejercen un control conjunto sobre una persona jurídica si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:
>
> i) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos,
>
> ii) que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y
>
> iii) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

El segundo requisito para la existencia de un medio propio es que el ente controlado realice más de 80% de su actividad económica para la entidad (o entidades) controladoras[88]. Anteriormente, se discurría, como en la citada sentencia *Teckal*, sobre parte esencial de la actividad de la entidad controlada, teniendo ahora el legislador europeo optado por imponer un criterio objetivo basado en un porcentaje del volumen de su operación económica.

Para GIMENO FELIÚ[89], se trata de una consecuencia lógica de aquel concepto de ausencia de autonomía contractual entre las partes

[88] En la propuesta original de la directiva, ese porcentaje era de 90%, conforme recuerda GALLEGO CÓRCOLES en "Las relaciones "contractuales" entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública", en ALMEIDA CERREDA, M. y MARTÍN DELGADO, I. (Dir.), *La nueva contratación pública. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*, pp. 123-124. Disponible en http://www.obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos_La-nueva-contratacion-publica_e813ae7b.pdf.

[89] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. "La contratación conjunta...", *ob. cit.*, p. 54.

que ofrece base para la doctrina de los medios propios, pues sólo así se puede revelar la naturaleza meramente instrumental del ente controlado, que existe esencialmente para proveer las necesidades de una entidad controladora, como una forma encontrada por esta de organizarse de manera más eficiente, sin la necesidad de utilizarse del mercado.

El objetivo de la restricción en la acción del operador económico es, según PERNAS GARCÍA[90], exactamente garantizar que él tenga su actividad enfocada con total o cuasi exclusividad para el poder adjudicador que lo gestiona, denotando "la existencia de una relación *cuasi* interna", donde eventuales otras actividades comerciales de la entidad controlada, si existen, sólo son de carácter residual. Aceptar una actuación más libre podría significar efectivos riesgos a la competencia para los agentes privados del mercado, como apunta GALLEGO CÓRCOLES:

> Si un número potencialmente amplio de autoridades contratantes participantes adjudican contratos directamente a una entidad que actúa en el mercado, esta gozaría de una ventaja competitiva frente a operadores privados con los que competiría en igualdad[91].

La fórmula para el cálculo del referido porcentaje de 80% también fue prevista en la DCP, en el apartado 5 del mismo art. 12, en más un intento de la directiva en aclarar *conceptos grises*, como el de "parte esencial de la actividad", por criterios más objetivos, que eviten posibles disputas hermenéuticas. Aquí, la previsión es que "*se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro*

[90] PERNAS GARCÍA, J. J. *Las operaciones* in house *y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Madrid: Iustel, 2008, p. 157.

[91] GALLEGO CÓRCOLES, I. "Nuevos desarrollos de la contratación «in house»...", *ob. cit.*, p. 195.

indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato", pudiendo ser utilizadas proyecciones de negocio cuando los citados datos no existan o no estén disponibles.

El tercero y último requisito para la configuración de una contratación por medios propios está vinculado a la existencia de participación privada, aunque minoritaria, en el capital social del ente controlado. En la sentencia *Standt Halle*, asunto C-26/03, de 11 de enero de 2005, el TJUE concluyó por la imposibilidad de considerar a una persona jurídica con capital privado como un medio propio de un poder adjudicador. El resumen de los argumentos para apartarse de la contratación "*in house providing*" cuando hay participación privada en la entidad controlada, fue expuesta por el tribunal en los siguientes términos:

> 49 (...) En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
>
> 50 A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.
>
> 51 En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50,

> ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.

Tales razones, que fueron ratificadas en otras sentencias del TJUE[92], se basan en la preocupación de evitar cualquier posible contaminación del interés público, fundamento de la posibilidad de que los medios propios sean contratados sin licitación, por objetivos de cuño privado, que podrían traer eventuales perjuicios a la libre competencia y ocasionar desequilibrio en el mercado[93]. Así, la mera participación privada en el ente desconfiguraría su posibilidad de ser considerado medio propio[94], aunque que las personas jurídicas privadas sean constituidas sin ánimo de lucro, como también ya ha decidido el mismo TJUE[95].

Ante esta expresa negativa del TJUE en permitir cualquier participación privada en los medios propios, ha causado cierta

---

[92] Vid. *Comisión v. Italia,* asunto C-337/05, de 8 de abril de 2008, y *Sea srl.*, asunto C-573/07, de 10 de septiembre de 2009.

[93] Esa justificativa se encuentra, incluso, en parte del Considerando 32 de la Directiva: *"La excepción debe extenderse a situaciones en las que exista participación directa de un operador económico privado en el capital de la persona jurídica controlada, puesto que, en esas circunstancias, la adjudicación de un contrato público sin un procedimiento de licitación ofrecería al operador económico privado con participación en el capital de la persona jurídica controlada una excesiva ventaja respecto a sus competidores".*

[94] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. "El nuevo paquete legislativo de contratación pública: principales novedades...", *ob. cit.*, p. 80.

[95] STJUE *Such*, asunto C-574/12, de 19 de junio de 2014: *"44 Habida cuenta de las consideraciones que preceden, debe responderse a la primera cuestión que, cuando el adjudicatario de un contrato público es una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro que, al adjudicarse ese contrato, cuente entre sus socios no sólo con entidades pertenecientes al sector público, sino también con instituciones privadas de solidaridad social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, no se cumple el requisito relativo al «control análogo», establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que un contrato público pueda considerarse una operación «in house», por lo que es aplicable la Directiva 2004/18".*

sorpresa[96] que la Directiva 2014/14/UE haya excepcionado tal situación, al permitir posibles participaciones desde que sean sin capacidad de control o bloqueo, impuestas por leyes nacionales y permitidas por los tratados de la Unión, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre el ente controlado.

La explicación para la inserción de esas excepciones está en el Considerando 32 de la DCP, donde se trae como justificación "*las particulares características de los órganos públicos con afiliación obligatoria, tales como las organizaciones encargadas de la gestión o la prestación de algunos servicios públicos*". Así, aunque esté de alguna manera permitida en el texto de la directiva, la participación privada en medios propios sigue siendo una posibilidad bastante excepcional en la realidad, frente a las exigencias restrictivas para su reconocimiento[97].

Concluyendo el análisis de las especies de cooperación vertical, la directiva también prevé, en el apartado 2 del art. 12, dos posibilidades denominadas de "encomienda inversa" y "encomienda colateral"[98], o aún de "encargo ascendiente" y "encargo horizontal". En el primero caso (inversa o ascendiente), es el ente controlado que contrata directamente una prestación a la su entidad controladora, sin necesidad de seguir a las reglas de contratación pública. Por su vez, en la segunda situación (colateral o horizontal), un ente controlado

[96] Vid. GALLEGO CÓRCOLES en "Las relaciones "contractuales" entre entes públicos...", *ob. cit.*, p. 124.

[97] Sin embargo, para FERREIRA, la posibilidad abierta por la directiva aún puede contener algunos riesgos para la competencia ("La participación de entidades privadas como factor excluyente de una relación in house – la evolución normativa y jurisprudencial. El caso especial del Such". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2017*, Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 536).

[98] Véase GORDILLO PÉREZ, L. y MÚGICA ALCORTA, R. "La evolución de los contratos "in-house"..., *ob. cit.*, p. 114.

contrata a otro ente también controlado por su misma entidad controladora, o sea, dos personas jurídicas sometidas a un idéntico poder adjudicador realizan un contrato entre ellas, sin que su controlador sea parte. Los criterios para la ejecución de tales procedimientos sin herir el Derecho de la Unión Europea son los mismos ya examinados y constantes del art. 12.1.

Por su parte, la cooperación horizontal (o cooperación público-público) no se da por entidades de distintos niveles jerárquicos, donde una detiene control sobre la otra[99], sino entre poderes adjudicadores diversos y, en tesis, independientes entre sí. Son los llamados *convenios interadministrativos*[100] o *de colaboración*, en que diferentes poderes adjudicadores realizan un acuerdo de voluntades para, mediante obligaciones recíprocas, intentar alcanzar un fin común de interés público[101]. Estando presentes todos los requisitos exigidos, el convenio quedaría excluido del ámbito de aplicación de las normas de contratación pública.

La diferenciación entre los convenios de colaboración y los contratos públicos siempre ha sido muy controvertida, precisamente debido a las dificultades prácticas en señalarse con precisión las fronteras entre ambos conceptos, con la ausencia de un marco jurídico que aclarase los criterios para el funcionamiento y el alcance de esas

[99] En las palabras de ZAMORA SANTA BRÍGIDA: "*La subordinación típica de los encargos a medios propios, por ende, no se reproduce en la colaboración interadministrativa; fórmula organizativa que opera en un plan de igualdad entre dos o más Administraciones para la consecución de un fin común"* ("Los encargos a medios propios en la nueva ley de contratos del sector público". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 516).

[100] Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo, I.* Cizur Menor: Civitas, 2017, p. 723.

[101] Véase PASCUAL GARCÍA, J. *Convenios de colaboración entre administraciones públicas y convenios con administrados*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2012, p. 43.

colaboraciones entre entidades públicas[102], así como por las siempre temidas posibilidades de enmascararse un contrato propiamente dicho bajo el nombre de convenio, con el objetivo de escapar de los correspondientes procedimientos de licitación.

Ese tema fue enfrentado con más extensión por el TJUE en la sentencia *Comisión v. Alemania*, asunto C-480/06, de 9 de junio de 2009, En esa sentencia, el tribunal reconoció la posibilidad de que las autoridades públicas colaboren conjuntamente para alcanzar sus objetivos de interés público, sin la necesidad de contratar a un tercero, público o privado, para tal finalidad, no se tratando, por lo tanto, de alguna forma de "falsear la competencia", sino del pleno ejercicio de la potestad de organización administrativa propia que esas entidades detienen[103].

Para la configuración de un legítimo convenio de colaboración, que se quedaría fuera de la incidencia de las normas europeas de contratación pública, el tribunal ha dictado algunos requisitos de carácter subjetivo y objetivos que deben ser respetados por el pacto[104]. Estas exigencias serían: la cooperación debe se dar entre sujetos públicos; las eventuales relaciones con terceros están obligadas seguir las normas de contratación pública; la finalidad necesita almejar un objetivo de interés público; el objeto del convenio precisa ultrapasar la mera prestación mutua de servicios, no asumiendo naturaleza

[102] Para una visión general acerca de esa problemática, véase SANTIAGO IGLESIAS, D. "Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las directivas de contratación al ordenamiento español". *Revista general de derecho administrativo*, núm. 38, 2015, pp. 1-37.

[103] Véase, en especial, el apartado 47 de la referida sentencia.

[104] BERNAL BLAY, M. A. "La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Coord.). *La organización local. Nuevos modelos*. Cizur Menor: Civitas, 2011, pp. 369-374.

comercial, pues que la causa de la cooperación no puede basarse fundamentalmente en el pago de un precio.

El planteamiento del TJUE para los convenios de colaboración entre poderes adjudicadores tiene una doble faceta: permisión para su realización dentro de la esfera de libertad de organización y gestión propia que poseen las administraciones públicas; y, de otra parte, prohibición que tal cooperación venga a tener cualquier naturaleza comercial que pueda afectar el mercado.

El apartado 4 del art. 12 de la DCP trata de los convenios de colaboración en los siguientes términos:

> Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:
>
> a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;
>
> b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y
>
> c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación.

El primero requisito es la existencia de una cooperación real entre los poderes adjudicares, en el sentido de que concurran prestaciones recíprocas de las partes[105], vinculadas a la realización de determinadas actividades que ambicionan al logro de ciertos objetivos en común.

[105] Vid. SANTIAGO IGLESIAS, D. "Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores...", *ob. cit.*, p. 16.

Como recuerda GALLEGO CÓRCOLES[106], la noción de servicio público aquí tratada debe ser entendida en sentido amplio, pues "*la cooperación puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido*", así como también no es necesario que todos los poderes adjudicadores ejecuten prestaciones de carácter principal en el convenio, desde que sean, al menos, de naturaleza complementar, o sea, vinculadas al logro del interés público en cuestión.

La segunda exigencia es la finalidad exclusivamente de interés público que debe regir el convenio, alejándose, por lo tanto, cualquier interés de carácter comercial de las partes, aunque pueda existir el pago de remuneración a una de las partes, siempre que los derechos y obligaciones recíprocos no se limiten únicamente a esta cuestión, como el TJUE ya había decidido en la citada sentencia *Comisión v. Alemania*[107].

El tercer y último requisito traído por la directiva es la obligación de que los participantes del convenio realicen menos del 20% en el mercado de las actividades de la cooperación. La forma de dicho cálculo es la misma prevista en el citado art. 12.5. Esta restricción se vincula exactamente con la preocupación de evitar que, aprovechándose de la figura jurídica de los convenios, un ente público venga a obtener una ventaja indebida en el mercado, como bien registra HUERGO LORA:

> Este último requisito es el que plantea menos problemas, porque se trata de una cláusula dirigida a evitar que el ente al que se permite

[106] GALLEGO CÓRCOLES, I. "Las relaciones "contractuales" entre entes públicos...", *ob. cit.*, p. 132.

[107] Véase BERNAL BLAY, M. A. "La cooperación interadministrativa horizontal...", *ob. cit.*, pp. 373-374.

> celebrar convenios sin licitación, se beneficie de esa colaboración para ganar fuerza competitiva en el mercado, en condiciones de desigualdad con los sujetos privados que no tienen esos «clientes privilegiados» que son las demás Administraciones Públicas. Se trata de una cautela que se aplica también a los encargos a medios propios y que, por tanto, encuentra allí criterios interpretativos asentados[108].

Se trata, pues, de la creación de un criterio objetivo para el control de la interferencia indebida de las Administraciones en el mercado, guardando clara semejanza con la restricción prevista en los artículos 12.1.b) y 12.3.b) para la contratación por medios propios, ayudando a fijar la posición de jurisprudencia del TJUE.

Por otra parte, como recuerda SANTIAGO IGLESIAS[109], el texto final de la directiva ha omitido exigencias antes determinadas por aquel tribunal, como de que las partes del convenio sean exclusivamente públicas, por lo que se podría abrir la posibilidad de celebrar convenios con sociedades de economía mixta, por ejemplo, lo que no se entendía permitido a partir de las sentencias del TJUE.

1.3.3. La contratación por medios electrónicos

El estudio de las posibilidades de utilización de medios electrónicos en la contratación pública se inició en la Unión Europea en el año de 1994, con la divulgación por la Comisión Europea de un informe llamado *Europa y la Sociedad Global de la Información. Recomendaciones al Consejo Europeo*, también conocido como "*Informe Bangemann*", debido al nombre del presidente del grupo de

[108] HUERGO LORA, A. "Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época,* núm. 8, 2017, p. 19.

[109] SANTIAGO IGLESIAS, D. "Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores...", *ob. cit.*, p. 18.

expertos que lo ha redactado. Se considera el primer documento oficial a presentar la contratación electrónica como una alternativa para compras públicas más económicas y eficaces[110].

A ese documento pionero, se siguieron otros donde se hicieron referencias puntuales al uso (para el futuro) de TICs para contratación pública, como el Libro Verde *La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro"*, de la Comisión Europea (1996); la Comunicación de la Comisión *La contratación pública en la Unión Europea* [COM (98) 143]; y en los Planes de Acción *eEurope 2002* [Documento COM (2000) 330] y *eEurope 2005* [Documento COM (2002) 263].

Pero fue con la Directiva 2004/18/CE que se ha introducido la posibilidad de utilización de mecanismos de compra pública electrónica, incluso con la previsión de procedimientos de adjudicación específicos en eses medios, como la subasta electrónica y el sistema de adquisición dinámica. A pesar de esta novedad, la Directiva sólo concedía a los poderes adjudicadores una mera facultad para dicha utilización, sin la imposición de ninguna obligación[111]. Así, cada poder adjudicador podría utilizar su discrecionalidad para decidir si utilizara o no los medios electrónicos de contratación pública mencionados en la Directiva 2004/18/CE.

---

[110] Véase MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. *La contratación pública electrónica: análisis y propuestas de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 56-57.

[111] En ese sentido dispone el Considerando 12 de la directiva anterior de contratación: *"Los poderes adjudicadores pueden utilizar técnicas electrónicas de compra, siempre que su utilización se realice dentro del respeto de las normas establecidas en la presente Directiva y de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia".*

Por otro lado, no se puede olvidar que, en 2004, las técnicas de gobierno electrónico todavía estaban poco diseminadas, por lo que se entiende la reticencia del texto de la directiva, que prefirió abstenerse de imponer una medida que tal vez no encontraría amparo en la realidad de las administraciones públicas de aquella época[112]. Además, también se deben agregar los posibles temores de los gestores de compras públicas en empezar a utilizar recursos tecnológicos que no poseían dominio y tampoco conocimiento de sus virtudes y eventuales dificultades. Mucho de la reluctancia a utilizar la contratación electrónica puede ser atribuido al propio miedo (oriundo del desconocimiento) de vulnerar principios fundamentales de la contratación pública, como la amplia competencia, la igualdad de trato entre licitadores y la confidencialidad de las propuestas.

Sin embargo, con la difusión de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) en la sociedad en general, y en los gobiernos en particular, tales temores, aunque no vencidos totalmente, se han ido disminuyendo considerablemente. La prueba de este cambio puede ser observada en el propio trato que la Unión Europea pasa a dar a la contratación electrónica en documentos posteriores, cuando la idea de mera facultad de utilización pasa a ser dejada de lado para una afirmación cada vez más contundente que el uso corriente de esos los medios se ha convertido en un objetivo a ser obligatoriamente alcanzado por los países miembros.

[112] Respecto a la baja adhesión en el uso de medios electrónicos en la contratación pública, véase DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. "Situación y novedades en materia de contratación pública electrónica (CPE) introducidas por el paquete de nuevas Directivas relativas a la contratación pública, tras su no transposición". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143, 2016, pp. 104-117.

Entre los principales documentos[113] que siguieron las Directivas de 2004 y ayudaron a preparar el formato del texto de 2014, podemos mencionar: el *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE*[114]; la Comunicación *Estrategia en pos de la contratación pública electrónica* [Documento COM(2012) 179 final][115]; y la Comunicación *Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública* [COM(2013) 453 final][116]. Lo que une el contenido de estos documentos es el énfasis en la urgente necesidad de trasladar los procedimientos de contratación pública a los medios electrónicos.

Esta preocupación no se basa sólo en un mero deseo de hacer la contratación pública más "moderna", sino en el reconocimiento de su valor estratégico[117] y que el uso de los medios electrónicos proporciona más integridad, transparencia[118], eficiencia y competencia. Con la

---

[113] Para un historial completo de los textos europeos sobre contratación pública electrónica, véase DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. "La insistencia de la UE en la Contratación Pública Electrónica –y sus correspondientes decepciones-". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 137, 2015, pp. 7-19.

[114] https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0571:FIN:ES:PDF.

[115] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0179&from=EN.

[116] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0453&from=ES.

[117] Según VIANA, "*en resumen, se puede decir que la Reforma de 2014 tiene dos objetivos principales: por un lado, y en continuación, asegurarse de que en los procedimientos de contratación pública se respetan los principios del TFUE sobre el funcionamiento del mercado interior, de modo a garantizar e incrementar la apertura efectiva a la competencia; y, por otro lado, y de una manera innovadora, tiene por finalidad, como ya se ha dicho, promover el uso estratégico de la contratación pública, con el objetivo de lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, tal como se establece en la Estrategia Europa 2020*." ("Contratación pública electrónica: la experiencia portuguesa". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (Coord.). *Observatorio de contratos públicos 2014*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 290).

[118] Concretamente en cuanto a la relación entre contratación electrónica y transparencia, así escribe CERRILLO I MARTÍNEZ: "*En efecto, el uso de los medios electrónicos facilita la difusión de la información sobre los contratos públicos y, en*

contratación pública electrónica, y el fin de las barreras físicas, la Unión también busca garantizar la efectiva posibilidad de participación de las empresas europeas en diferentes licitaciones de todos los Estados miembros. De acuerdo con GÓMEZ MANRESA:

> El nuevo paquete normativo europeo se enmarca en la Estrategia europea de contratación electrónica contenida en la Comunicación de la Comisión COM (2012) 179 final, de 20 de abril de 2012, que tiene como objetivo apoyar la transición hacia la plena contratación electrónica, por el ahorro que supone para el sector público, por la rápida recuperación de los costes de inversión y por los beneficios ambientales que reporta, por la disminución del consumo de papel y de transporte, y del costoso espacio de archivo con su consumo de energía auxiliar, lo que contribuye al objetivo de crecimiento sostenible de la Estrategia UE 2020.
>
> Se pone de manifiesto, igualmente, que el uso de las TICs en la contratación pública favorece la transparencia y la competencia transfronteriza, la innovación y el crecimiento del mercado único, así como la simplificación procedimental[119].

Es en la Directiva 2014/24/UE que estos objetivos, finalmente, encuentran su disposición más completa para la adopción universal de la contratación electrónica por parte de los países de la Unión[120]. A

---

general, incrementa la transparencia de la contratación pública. Particularmente, la extensión de la contratación electrónica supone la creación y el archivo de toda la documentación y la información que generan los procedimientos de contratación en formato electrónico lo que no sólo facilita su gestión sino también su acceso y difusión. En efecto, como se ha destacado ampliamente existe una estrecha relación entre la administración electrónica y la transparencia." ("Contratación electrónica y transparencia: Fundamentos necesarios de la contratación abierta". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2018, p. 127).

[119] GÓMEZ MANRESA, M. F. "Retos de la contratación pública electrónica". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, 2016, pp. 251-252.

[120] Vid. BERNAL BLAY, M. A. "Principales novedades del Borrador de Anteproyeto de Ley de Contractos del Sector Público". En RODRÍGUEZ-CAMPOS, S. (Coord.). *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición.* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 243.

partir del Considerando 52, se enfatiza la capacidad de los medios electrónicos para ofrecer eficiencia, transparencia y simplificación a los procedimientos, que servirá de base para la adopción obligatoria de medios electrónicos para la realización de determinados actos durante la contratación, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan profundizar este uso[121].

Como se indica en el citado Considerando, se trata de buscar convertir la contratación electrónica "*en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación*", centrándose en el objetivo de la Unión Europea de hacer que la contratación pública sea completamente digital en el futuro, como una forma de aumentar su eficiencia y conducir a una reducción general de costes[122].

Esta adopción obligatoria de medios electrónicos[123] en la contratación pública está, pues, prevista en el art. 22.1 de la DCP:

> Los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo. Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no

[121] El propio texto del Considerando 52 establece que no será obligatorio el tratamiento y a evaluación electrónica de las ofertas, así como las comunicaciones internas y los procedimientos tras la adjudicación del contrato.

[122] https://ec.europa.eu/growth/content/new-eu-public-procurement-rules-less-bureaucracy-higher-efficiency-0_en.

[123] La Directiva 2014/24/UE también ha traído, como una forma de hacer realidad la contratación electrónica, un calendario obligatorio para que los Estados miembros implementen ciertas medidas en esta dirección. Véase PINTOS SANTIAGO, J. "Génesis, regulación y calendario obligatorio de la Contratación Pública Electrónica". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 137, 2015, pp. 20-32.

> discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación.

No obstante, la DCP también prevé, en el mismo artículo, casos excepcionales en los que los poderes adjudicadores estarán desobligados a utilizar la presentación electrónica de ofertas: a) carácter especializado de la contratación, en caso de que se necesiten medios electrónicos muy específicos para la presentación; b) el formato de archivo para presentar ofertas no está disponible en aplicaciones abiertas, en las generalmente disponibles o se requiere una licencia de uso privativo; c) la necesidad de equipos ofimáticos especializados no comunes en la Administración; d) pliegos que requieren la presentación de modelos físicos que no pueden ser transmitidos por medios electrónicos; y e) por motivos de violación de la seguridad de los medios electrónicos o protección de información especialmente delicada[124].

Es interesante notar que, a continuación (art. 22.5), la propia directiva permite a los poderes adjudicadores desconocer las excepciones que liberan el uso de medios electrónicos cuando eses no estén disponibles de forma general, siempre que ofrezcan herramientas y dispositivos alternativos a los licitadores, para asegurar la igualdad de trato, no discriminación y libre concurrencia. Como ya se mencionó, la DCP ofrece únicamente los requisitos mínimos para la implementación de la contratación electrónica. Sin embargo, aunque

[124] DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA critica la posibilidad de no utilizar medios electrónicos por razones de confidencialidad: "*Con el resto de motivos de excepción estoy de acuerdo, pero discrepo absolutamente con las Directivas 2014/24/UE y2014/25/UE en este último supuesto, ya que me parece mucho más fácil garantizar la confidencialidad con la utilización de medios electrónicos –por ejemplo con el uso de la firma electrónica—, que de la forma tradicional de presentación de ofertas. En definitiva, para mí, de manera clara la confidencialidad es una de las bazas fuertes de la CPE, y no lo contrario*" ("Situación y novedades...", *ob. cit.*, p. 4).

deseable, cualquier uso más amplio debe respetar siempre los principios generales de la contratación pública.

La Directiva 2014/24/UE también prevé dos herramientas electrónicas que tienen como objetivo no sólo agilizar y facilitar los procedimientos de adjudicación, sino incluso promover una mayor participación de las empresas en las licitaciones de otros estados miembros: el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) y el depósito de certificados en línea e-Certis.

El primero, descrito en el art. 59, consiste en una declaración actualizada del propio licitador que acredita ante el poder adjudicador el cumplimiento con las condiciones previas para participar en el procedimiento de contratación, dispensando, así, la presentación previa de certificados expedidos por autoridades públicas o terceros. Esos documentos son aquellos que comprueban que: el operador económico no se encuentra en ninguna de las situaciones de exclusión; cumple los criterios de selección pertinentes; posee la habilitación para ejercer la actividad; tiene solvencia financiera y económica y la capacidad técnica y profesional requeridas; y cumple las normas y los criterios objetivos del art. 65 (cuando sea el caso)[125].

Es necesario aclarar que el DEUC no exime al licitador de presentar los documentos requeridos. Como bien explica MEDINA ARNÁIZ, *"con la presentación del DEUC únicamente se retrasa la presentación de dichos certificados a un momento posterior del procedimiento y, en principio, únicamente para quien resultase*

[125] Vid. PAVÓN PÉREZ, J. A. "La contratación pública electrónica en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público tras las nuevas directivas europeas de contratación pública: ¿una realidad más cercana?". *Actualidad Administrativa,* núm. 7-8, 2016, versión electrónica.

adjudicatario del contrato"[126]. El propio art. 59.4 posibilita que el poder adjudicador tiene la potestad de exigir a los licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos en cualquier momento del procedimiento.

Hay dos distintos objetivos principales para la adopción del DEUC, vinculados a la propia noción de contratación electrónica. Uno, con relación a los operadores económicos, es disminuir la burocracia y facilitar la participación en distintos procedimientos de contratación en todos los países de la Unión Europea, ya que, ahora, los licitadores sólo necesitan rellenar un único documento uniforme, y no más diferentes tipos previstos en cada pliego individual. El segundo, relativo a los poderes adjudicadores, es tornar más célere los procedimientos, una vez que el análisis de la documentación se quedará restricto solamente al adjudicatario.

Eses dos mencionados objetivos se vinculan a las cinco características esenciales del DEUC citadas por MEDINA ARNÁIZ[127]: 1) responsable, que vincula el operador económico con la veracidad de las informaciones que aporta al documento, pudiendo el licitador ser sancionado en caso de inexactitudes; 2) normalizado multilingüe, facilitando al operador económico la participación en licitadores en diferentes países de la Unión de forma segura; 3) electrónico, desde su emisión, transmisión y hasta su recepción por el poder adjudicador; 4) reutilizable, permitiendo al operador económico que use el mismo DEUC de un procedimiento anterior en otras licitaciones desde que la

[126] MEDINA ARNÁIZ, T. "Hacia una contratación pública electrónica: el uso del Documento Europeo Único de Contratación", *Gabilex*, núm. 8, 2016, p. 16.

[127] MEDINA ARNÁIZ, T. "El documento único de contratación: un paso más para reducir la carga burocrática en la contratación pública". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Observatorio de contratos públicos 2015.* Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 261-267.

información del documento permanezca válida; y 5) obligatorio, para todos los procedimientos sometidos a la regulación armonizada, con excepción de los casos ya mencionados.

La segunda herramienta electrónica prevista en la DCP es el depósito de certificados en línea e-Certis, que puede considerarse la consecuencia lógica de DEUC, estando ambos sistemas vinculados al objetivo mencionado de racionalizar y reducir la burocracia en la contratación pública[128]. El e-Certis está mencionado brevemente en art. 61 de la directiva, obligando los Estados miembros a mantener actualizada en tal sistema la información sobre certificados y otros tipos de pruebas documentales, así como determinando a los poderes adjudicadores que recurran al e-Certis y que exijan principalmente los certificados en él incluidos.

Habida cuenta de la brevedad de la directiva al precisar el e-Certis, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ utiliza el *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación electrónica en la UE* para ofrecer la siguiente definición:

> e-Certis es una herramienta de información en línea gratuita que aporta datos sobre los diferentes certificados y declaraciones que se suelen exigir en los procedimientos de contratación en los Estados Miembros. La función de e-Certis es ayudar a los operadores económicos y las entidades adjudicadoras, en primer lugar, a

[128] Esa conexión se menciona incluso en el sitio web de la Comisión Europea sobre el e-Certis: "*e-Certis is a free online tool mapping documents requested in public procurement procedures across borders. The system identifies and links certificates necessary as proof of compliance with tender criteria in various areas of administrative verification (e.g. tax, social security obligations, criminal records, etc.). This helps bring clarity to the cross-border bidding process. Information provided by e-Certis is inserted by National public entities in charge and regularly updated. The e-Certis service is linked with the European Single Procurement Document (ESPD), which is a single self-declaration form of a bidder's eligibility in public procurement. e-Certis and the ESPD significantly reduce the effort needed for submission of a tender offer and facilitate bidding across borders*". Disponible en https://ec.europa.eu/isa2/solutions/e-certis_en.

> comprender qué información se está solicitando o facilitando y, en segundo lugar, a encontrar información equivalente recíprocamente aceptable. En definitiva, eCertis debe concebirse como un archivo, depósito o base de datos en línea de información y documentación contractual en el ámbito de la Unión Europea, que lógicamente debería ser el elemento motriz del sistema interconectado de bases de datos nacionales de los Estados Miembros y del sistema de archivo del documento electrónico europeo único de contratación[129].

Si el DEUC servía como una declaración preliminar de que el licitador cumplía las exigencias del pliego en relación con los certificados y otros documentos necesarios, será a través del e-Certis que el poder adjudicar podrá verificar la veracidad de las informaciones prestadas en el DEUC. La obligación traída pela directiva de los Estados miembros en mantener actualizado los certificados y otros documentos en el e-Certis se fundamenta en la idea ya mencionada de tornar mais intenta agilizar los procedimientos, ya que los poderes adjudicadores pueden consultar los certificados del licitador directamente en el sistema, sin tener que esperar al envío de documentos. Por otro lado, la determinación de que los poderes adjudicadores exijan principalmente los certificados y documentos contenidos en el e-Certis tiene como objetivo facilitar la participación de los operadores económicos[130].

Finalmente, en cuanto al tratamiento de la contratación electrónica en la DCP, es importante mencionar el Capítulo II del Título II, denominado "*Técnicas e instrumentos para la contratación*

[129] MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. "La contratación pública electrónica...", *ob. cit.*, p. 192.

[130] DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA critica la opción por el vocablo "principalmente" en vez de la previsión del borrador de la directiva, que decía que los poderes adjudicadores estarían obligados a exigir sólo lo que estuviese en el e-CERTIS. ("Situación y novedades en materia de contratación pública electrónica...", *ob. cit.*, p. 8).

electrónica y agregada". Allí se describen, con innovaciones, técnicas ya previstas en las Directivas de 2004, como los acuerdos-marco, los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas electrónicas y las centrales de contratación, además de otras nuevas, como los catálogos electrónicos[131].

Como apunta MARTÍNEZ GUTIÉRREZ[132], son sistemas más ágiles, más eficaces y un factor de simplificación de los procedimientos de contratación. En otras palabras, son herramientas para una aplicación más directa de los propios objetivos generales de una contratación pública electrónica de amplia utilización. Como se señaló anteriormente, la voluntad de la Unión Europea de utilizar medios electrónicos en la contratación pública es a través de un ciclo completo del procedimiento, y no solamente en etapas aisladas, por lo que también se debe tomar en consideración la provisión de técnicas e instrumentos específicos para este tipo de contratación. Ellas serán estudiadas con detalle en el próximo capítulo, cuando se analizará como se realizó su transposición para la legislación española.

1.3.4. La contratación pública estratégica

Durante mucho tiempo, los contratos realizados por la Administración Pública fueron considerados simplemente como el instrumento legal mediante el cual el Estado buscaba adquirir un determinado bien o servicio para satisfacer una necesidad específica.

[131] Vid. RAZQUIN LIZARRAGA, M. "Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014...", *ob. cit.*, p. 115.

[132] MARTÍNEZ GUTÍÉRREZ, R. "El impacto de la contratación pública electrónica en la transposición a España de la Directiva 2014/24/UE". En GIMENO FELIÚ (Dir.), *Observatorio de contratos públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 250.

Así como una persona normal va al supermercado a comprar productos para su hogar, la Administración sólo realizaba licitaciones para proveer los bienes y servicios para su propio funcionamiento. Estos contratos públicos únicamente tenían como objetivo garantizar una calidad mínima al precio más bajo posible.

Sin embargo, en algún momento, los juristas y los propios gobiernos se dieron cuenta de una nueva función para la contratación pública: a través de la fuerza de su poder adquisitivo[133], el Estado podía influir en el mercado y las empresas para buscar ciertos objetivos. Resulta que, además de su propósito principal de proporcionar bienes y servicios, también es posible utilizar la contratación pública para realizar "políticas horizontales"[134]. De esta idea surge el concepto de contratación pública estratégica, que tiene como propósito, por intermedio de licitaciones públicas, promover políticas públicas en los ámbitos ambiental, social, económico, de innovación y de investigación, como bien explica RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ:

> En este sentido, las políticas públicas de contratación pública se nos presentan como fenomenales instrumentos a través de los cuáles, con pleno respecto por supuesto a la juridicidad, es posible contribuir de manera directa y tangible a un mayor compromiso social concretado en el comercio justo, en el fomento de la conciliación laboral, en la protección ambiental o, entre otros, en la promoción del empleo. Es decir, la contratación pública tiene características y peculiaridades que,

[133] En la Unión Europea, se estima que los gastos con la contratación pública alcanzan alrededor del 14% del PIB, llegando al 19% con la inclusión de las empresas de servicios públicos (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_es.pdf).

[134] Vid. ARROWSMITH, S. "Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía" *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2019, pp. 223-261.

> desde la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, pueden traducirse en estos objetivos de tanta relevancia social[135]

Además de los trámites burocráticos tradicionales, los contratos públicos adquieren ahora una visión más amplia: deben convertirse en una auténtica herramienta para influir en las estrategias comerciales de los operadores económicos y, en consecuencia, promover cambios en la sociedad. En el lugar del antiguo estándar de "buena licitación" como calidad suficiente + precio más bajo posible, ahora existe la obligación de los poderes adjudicadores también contemplen en sus pliegos ciertos requisitos que generen impactos positivos para la comunidad.

Al respecto, GIMENO FELIÚ describe lo que debe ser comprendido como una contratación pública estratégica:

> La contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede -y debe, diría- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.
>
> Esto significa que como se ha apuntado en anteriores trabajos, los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través

[135] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. "La contratación del sector público como política pública". En PERNAS GARCÍA, J. J. (Dir.). *Contratación pública estratégica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, p. 40.

> del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras[136].

Así, siguiendo tal noción, la contratación pública estratégica significa utilizar los contratos de la Administración como una forma de promover determinadas políticas públicas que ayuden al desarrollo social y económico. Entre otras cuestiones, podemos citar algunos ejemplos donde el concepto de contratación pública estratégica es fundamental: licitaciones verdes, cláusulas sociales en pliegos y contratos públicos, compras de innovación tecnológica, promoción de las PYMEs, etc. Sin embargo, estos objetivos estratégicos sólo se logran con el respeto de principios como la integridad y transparencia, y mediante la adopción de prácticas como la contratación electrónica y la profesionalización de los funcionarios públicos encargados de las contrataciones.

El camino hacia la contratación pública estratégica en Europa, especialmente en los ámbitos social y medioambiental, no es nuevo, se ha seguido durante muchos años a través de diferentes documentos normativos y decisiones del TJUE, incluso en las directivas de 2004[137]. Sin embargo, con la llegada de la ya mencionada Estrategia Europa 2020, esta transición se ha vuelto más urgente, pues el referido documento se centra en la búsqueda por un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Allí están presentes textualmente intenciones como el fomento a la contratación pública verde, contrataciones

[136] GIMENO FELIÚ, J. M. "Las nuevas Directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública...", *ob. cit.*, pp. 42-43.

[137] Véase CARANTA, R. "Sustainable Public Procurement in the EU". En CARANTA, R. y TRYBUS, M. (Ed.). *The Law of Green and Social Procurement in Europe*. Copenhague: DJØF Publishing, 2010, pp. 15-51.

públicas que incentiven la innovación, facilitar el acceso de las PYMEs a contratos públicos, etc.

De esta forma, las Directivas de 2014, también como un instrumento para alcanzar las pretensiones de la Estrategia Europa 2020, abrazan la contratación pública estratégica como una parte fundamental suya, como explica MORENO MOLINA[138], pues se busca, por un lado, más eficiencia y modernización de las normas y de los procedimientos, pero también el impulso al uso estratégico de la contratación pública, para que los gobiernos y sus órganos contratación apoyen objetivos sociales comunes, como la protección del medio ambiente, la integración social y la promoción de la innovación, entre otros.

Así, en varias de sus secciones, la Directiva 2014/24/UE expone su preocupación por vincular la contratación pública europea con objetivos medioambientales, sociales, de desarrollo económico e innovación. Esta preocupación, además, está ligada a las diferentes fases de todo procedimiento de contratación, desde la planificación hasta la ejecución del contrato, demostrando que la estrategia en la contratación pública debe englobar todo el proceso, del inicio al final, no se tratando una cuestión aislada o accesoria.

Uno de los puntos principales de la DCP sobre este tema es el uso de criterios socioambientales y de innovación como criterios para la adjudicación de contratos. Aunque la Directiva de 2004 trajo una previsión similar en su art. 53.1 a), el art. 67.2 de la Directiva 2014/24/UE ahora es categórico cuando habla de un análisis de la

[138] MORENO MOLINA, J. A. *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*. Albacete: Bomarzo, 2018, p. 17.

relación coste-eficacia y también de la relación calidad-precio en la selección de la oferta económicamente más ventajosa:

> 2. La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:
> a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;
> b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o
> c) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución.

Como advierte GALLEGO CÓRCOLES[139], la inclusión de criterios "estratégicos" de adjudicación y de ejecución del contrato también debe respetar la necesaria vinculación de esos criterios con el objeto del contrato. Sin embargo, cuál sería exactamente este vínculo siempre ha sido cuestión de controversia en la legislación europea y en la jurisprudencia del TJUE[140]. Una preocupación siempre presente en este tema fue evitar que la exigencia de criterios ajenos al objetivo

[139] GALLEGO CÓRCOLES, I. "La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública". *Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 4, 2017, p. 99.

[140] Vid. las seguientes STJUE: *Gebroeders Beentjes*, asunto C-31/87, de 20 de septiembre de 1988; *Concordia Bus Finland*, asunto C-513/99, de 17 de septiembre de 2002; y *Comisión/Países Bajos*, asunto C-368/10, de 10 de mayo de 2012.

específico del contrato ocasionara problemas de igualdad, competitividad e incluso la posibilidad de un direccionamiento indebido de la contratación.

Aún según citada autora, la redacción del art. 67.3 de la DCP, siguiendo el entendimiento más actual del TJUE, flexibiliza el requisito de la vinculación del criterio de adjudicación al objeto del contrato, que ya no exige la incorporación física del elemento a la prestación, desde que se refieran a las obras, suministros o servicios relacionadas al contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Este "alargamiento" de las posibilidades para la vinculación entre los criterios estratégicos evaluados en la licitación y el objeto del contrato es, sin duda, un gran paso de la actual directiva en dirección a inserción de tales criterios en la adjudicación de los contratos.

Por fin, también es importante señalar que este paso de la Unión Europea hacia una contratación pública estratégica sigue evolucionando, no estando paralizado en las Directivas de 2014, sino siendo un objeto constante en los nuevos documentos emitidos en los últimos años. Véase, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea denominada *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa* (COM(2017) 572 final), que busca presentar una contratación pública europea basada exactamente en su importancia estratégica:

> La contratación pública estratégica deberá desempeñar un papel mayor para que las administraciones centrales y locales den respuesta a los objetivos sociales, medioambientales y económicos, tales como la economía circular. La incorporación de criterios innovadores, medioambientales y sociales, un uso más extenso de consultas o evaluaciones cualitativas previas a la introducción en el mercado (MEAT) así como la contratación de soluciones innovadoras en la etapa previa a la comercialización requiere no solamente un conjunto muy

> competente de contratistas públicos, sino sobre todo visión estratégica y compromiso político. Algunos Estados miembros realizaron MEAT, e incluyeron criterios ecológicos obligatorios en sus procedimientos de contratación. Otros podrían considerar establecer objetivos voluntarios para supervisar la adopción. En cualquier caso, para lograr resultados óptimos en la contratación pública, los criterios estratégicos deben aplicarse de forma sistemática[141].

De esta forma, está claro que la contratación pública estratégica, en sus diversas dimensiones, sigue siendo un proyecto en desarrollo dentro de la Unión Europea, el cual debe ser implementado de manera más efectiva en las legislaciones nacionales, creando así las posibles condiciones para su uso a fin de lograr la concreción de políticas públicas a favor de la sociedad. En este ámbito, es necesario vislumbrar con más detalle y profundidad los principales objetivos que se persiguen dentro de lo que se puede llamar la actual contratación pública estratégica europea: el medioambiental, el socioeconómico y el de innovación.

1.3.4.1. La contratación pública verde

La preocupación por la preservación del medio ambiente gana fuerza expresiva en el Derecho a partir de la segunda mitad del siglo pasado, cuando las consecuencias de las acciones humanas desordenadas en la naturaleza comienzan a sentirse en diferentes partes del planeta. Las Naciones Unidas organizan cumbres como el de Estocolmo (1972) y el de Rio de Janeiro (1992) para discutir el uso más adecuado de los recursos naturales, como una forma de garantizar

[141] Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0572&from=ES.

su conservación y proporcionar un desarrollo económico que minimice los impactos negativos sobre el medio ambiente[142].

Evidentemente, este tema también recibió tratamiento en la legislación europea. A partir de los años sesenta comienzan a surgir las primeras directivas con preocupación medioambiental[143], ganando relevancia especial con el primero Programa de Acción de las Comunidades Europeas en materia de Medio Ambiente (1973). Presentemente, el TFUE, en su art. 11, declara que "las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible".

Es con este objetivo general de protección del medio ambiente que la denominada contratación pública verde puede entenderse como una de las caras de mayor importancia de la contratación pública estratégica. Así la Comunicación de la Comisión Europea *Contratación pública para un medio ambiente mejor* (COM(2008) 400 final)[144] la define:

> Un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar.

[142] Véase JACKSON, P. "De Estocolmo a Kyoto: Breve historia del cambio climático". *Naciones Unidas*. Disponible en https://www.un.org/es/chronicle/article/de-estocolmo-kyotobreve-historia-del-cambio-climatico.

[143] Vid. NOVELLO, F. "Il Green Public Procurement nelle politiche, nelle regole e nelle prassi dell'Unione europea e degli Stati membri". *Rivista Trimestrale degli Appalti*, núm. 4, 2017, p. 1099.

[144] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52008DC0400.

Según PERNAS GARCÍA[145], la contratación pública verde no es más que un instrumento de mercado utilizado para proteger el medio ambiente, mediante el cual la Administración no sólo reduce el impacto ambiental de los bienes y servicios que consume, pero también influye en la conducta de los agentes económicos para fomentar formas de producción más sostenibles[146]. Este es el papel estratégico de la contratación pública verde: con base en su gran poder de compra, la Administración puede incentivar al mercado a ofrecer bienes y servicios más ecológicos, y así hacer cumplir su política pública de protección del medio ambiente[147].

[145] PERNAS GARCÍA, J. J. *Contratación Pública Verde.* Las Rozas: La Ley, 2011, pp. 28-29.

[146] El papel instrumental de la contratación pública verde también es enfatizado por GUERRERO MANSO: "*La compra publica ecológica es, por lo tanto, una herramienta especifica dentro de la compra publica sostenible o responsable que pretende lograr resultados en diversas políticas públicas relacionadas con el medio ambiente, como la reutilización de envases y la reducción de residuos, la lucha contra el cambio climático, la utilización de energías renovables, la potenciación de la agricultura ecológica u otras muchas.*" ("La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XIX, 2018, p. 146).

[147] LÓPEZ TOLEDO enumera algunas de las ventajas de la contratación pública verde para la Administración: "*En efecto, la compra verde reporta beneficios para las Administraciones Públicas entre los que destaca el aumento de la eficiencia en el uso de los recursos financieros públicos (mediante una racionalización de los costes de las compras realizadas, donde no deben considerarse solo el precio de compra sino también los costes derivados de la utilización de los productos y los costes de disposición al final de su vida útil), la mejora de la calidad de vida de la comunidad (mediante una mayor contribución al desarrollo sostenible desde la responsabilidad del consumo y el gasto realizado por los poderes públicos), y la concienciación ambiental de la comunidad mediante la difusión de las prácticas de compra sostenible de la Administración. Entre las medidas administrativas más destacables para alcanzar esos objetivos de desarrollo más sostenibles, surge la utilización del poder adquisitivo público para optar por bienes y servicios que respeten el medio ambiente, además de servir a los fines públicos generales y contribuir así al desarrollo sostenible incluyendo, por ejemplo, desde ordenadores, vehículos, papel, electricidad y acondicionadores de aire hasta el diseño y construcción de edificios públicos con tales criterios."* ("La contratación pública verde y su nueva regulación en el derecho de la Unión Europea". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 134, 2014, versión electrónica, p. 4).

En la Unión Europea, el uso de las compras verdes comienza a ganar relevancia desde la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública* (COM(2001) 0274 final)[148], que es escrita con el objetivo de *"es estudiar las posibilidades que ofrece la legislación comunitaria vigente de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, de modo que los poderes adjudicadores contribuyan al desarrollo sostenible".* En ese documento, la Unión Europea reconoce el papel estratégico de la contratación pública en influenciar el mercado y los operadores económicos específicamente con respecto a productos y servicios con perfil ecológico. Sin embargo, también admite que el marco regulatorio existente era bastante limitado, lo que dificultaba llevar a cabo esta política pública de manera más eficiente.

Con la llegada de las Directivas de 2004, este escenario ya cambia sustancialmente. En su Considerando 5, la Directiva 2004/18/CE destaca la necesidad de que la contratación pública contribuya a la protección del medio ambiente y al desarrollo sostenible[149]. El uso de cláusulas y criterios medioambientales en los procedimientos de contratación gana un tratamiento privilegiado en la visión de la contratación pública europea, principalmente mediante la

[148] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0274&from=es.

[149] "*Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio*".

disposición expresa de la posibilidad de utilizar características ambientales en los criterios de adjudicación del contrato (art. 53)[150].

A pesar de estos esfuerzos de la Unión Europea, la contratación pública verde siguió tropezando con numerosos obstáculos para su verdadera inserción en la realidad de los poderes adjudicadores. Para PERNAS GARCÍA[151], las principales dificultades en el marco de la Directiva 2004/18/CE serían: 1) desconocimiento de los beneficios económicos y percepción errónea de la magnitud de los costes; 2) falta de claridad jurídica sobre las posibilidades de utilización de criterios y cláusulas ambientales en los procedimientos de contratación; 3) falta de información y herramientas para la contratación pública verde, estructuras de formación inadecuadas y criterios complejos para la aplicación de ese tipo de contratación; 4) la falta de similitud entre los procedimientos de diferentes poderes adjudicadores crea incremento en los costes administrativos para las empresas y obstaculiza el mercado interior; y 5) insuficiencia de apoyo político, lo que genera reducción en el volumen de recursos destinados a la contratación pública verde.

Estos y otros problemas se siguieron abordando mediante la edición de documentos posteriores sobre el tema, como la ya mencionada Comunicación *Contratación pública para un medio ambiente mejor* (COM(2008) 400 final). Sin embargo, el impulso más destacado vendría de la *Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* (COM(2010) 2020 final), que vincula el desarrollo económico de Europa con el respeto por el medio

[150] Cabe señalar, sin embargo, que el TJUE había admitido previamente tal posibilidad en la sentencia *Concordia Bus Finland*, asunto C-513/99, de 17 de septiembre de 2002.

[151] PERNAS GARCÍA, J. J. *Contratación Pública Verde, ob. cit.*, pp. 30-35.

ambiente. Sobre esta base, la contratación pública verde se abordará en las Directivas de 2014.

Para analizar mejor las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública verde, se utilizará la división de normas aplicables en diferentes momentos de contratación: preparación del contrato, selección del contratista, adjudicación del contrato y ejecución del contrato[152].

El primer momento del procedimiento de contratación en el que se pueden incluir criterios ambientales es en la definición del objeto del contrato y sus especificaciones técnicas. Según MIRANZO DÍAZ[153], fue en esta fase inicial del procedimiento que la Unión Europea empezó a pensar en el uso de la contratación pública verde, ya que ofrece mayores posibilidades de implantación y, al mismo tiempo, evita lesiones a los principios generales. En el mismo sentido, BERTAZZO[154] añade que la definición del objeto del contrato, y sus especificaciones técnicas, es un momento clave para la incorporación de criterios ambientales por ser una etapa en la cual las autoridades públicas poseen un margen de discrecionalidad más amplio para integrar sus preocupaciones por el medio ambiente[155].

---

[152] Dicha división didáctica es utilizada, entre otros, por LOBO RODRIGO, A. "Las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE". En HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (Dir.). *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia y Francia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 73-106.

[153] MIRANZO DÌAZ, J. "Hacia una administración pública sostenible: novedades en la legislación europea de contratación pública". *Actualidad Jurídica Ambiental,* núm. 64, 2017, p. 15.

[154] BERTAZZO, S. "La incorporación de criterios ambientales en la contratación pública. La experiencia europea". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 46, 2016, pp. 255-285.

[155] En el sitio web de la Comisión está disponible el "*EU GPP criteria*", un conjunto de especificaciones técnicas ecológicas para diversos productos, servicios y obras: https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm.

Debido a esta aplicación más "pionera", se puede decir que, en esta fase de las especificaciones técnicas, no hubo cambios tan sustanciales en relación con las Directivas de 2004[156]. De acuerdo con LÓPEZ TOLEDO:

> Así, se mantiene que las características exigidas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de éste.
>
> Las especificaciones técnicas tienen que permitir la apertura de la contratación a la competencia, así como la consecución de objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de criterios de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios[157]

La normativa europea pretende garantizar la realización de contrataciones verdes, pero preservando la amplia competencia entre operadores económicos. En el apartado 4 del art. 42, está expresamente prohibido, salvo excepciones debidamente justificadas, que las especificaciones técnicas prevean "*referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador*

[156] Véase la tesis doctoral de GÓMEZ RUIZ, M. *Aspectos sociales y ambientales en la contratación pública*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2015. p. 190.

[157] LÓPEZ TOLEDO, P. "La contratación pública verde y su nueva regulación...", *ob. cit.*, p. 10.

económico determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos". Por otro lado, cuando el poder adjudicador traer una referencia en sus especificaciones técnicas, el operador económico tiene el derecho de comprobar que su oferta cumple de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas (art. 42.5).

Más innovador fue el tratamiento dado por la DCP en su art. 43 para las llamadas "etiquetas ecológicas". Las etiquetas ecológicas son otorgadas aquellos productos que cumplen determinadas características ambientales en su rendimiento funcional, composición, proceso de producción y en la fase final del ciclo de vida. Así, en general, son un buen indicio para identificar si el producto respecta el medio ambiente[158].

Aunque previstas en la normativa anterior, ya no se utilizan como mera referencia en las especificaciones y tampoco subsiste la necesidad de detallar todos los requerimientos técnicos vinculados a etiqueta mencionada, lo que demandaba tiempo y complejidad para la administración pública, pues ahora se acepta su uso directo, pudiendo ser solicitadas, en determinadas condiciones, por el poder adjudicador[159]. Como bien apunta FERNÁNDEZ ACEVEDO[160], las etiquetas ecológicas permiten la determinación objetiva de las

[158] Véase BERTAZZO, S. "La incorporación de criterios ambientales en la contratación pública...", *ob. cit.*, pp. 269-270.

[159] Vid. MIRANZO DÍAZ, J. "Hacia una administración pública sostenible...", *ob. cit.*, p. 17.

[160] FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. "Incorporación clausulas ambientales en la contratación pública". En LAZO VITORIA, X. (Dir.). *Compra pública verde*. Barcelona: Atelier, 2018, p. 44.

características ambientales de las prestaciones, evitando la necesidad de aplicación de complejas metodologías.

Para la previsión de etiquetas ecológicas en los pliegos, deben ser cumplidas las siguientes condiciones previstas en el art. 43: a) los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta deben se referir únicamente a criterios vinculados al objeto del contrato y deben ser adecuados para definir las características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan el objeto del contrato; b) los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta deben se basar en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios; c) las etiquetas deben ser establecidas en un procedimiento abierto y transparente en el que puedan participar todas las partes implicadas pertinentes; d) las etiquetas sean accesibles a todas las partes interesadas; y e) los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta no pueden ser fijados por un tercero sobre quien el operador económico pueda ejercer una influencia decisiva.

Con relación a fase de selección del contratista, cuando se analiza el cumplimiento de los requisitos por parte de los licitadores para realizar la contratación. Aquí son examinados eventuales motivos de exclusión para contratar con la administración y también si el operador económico tiene las condiciones técnicas mínimas para realizar el objeto del contrato. Como bien sintetiza LOBO RODRIGO, "*se trata, por tanto, de establecer requisitos tanto en positivo como en negativo para acceder a la contratación pública*"[161].

Las prohibiciones de contratar están señaladas en el art. 57 de la DCP. Concretamente en materia medioambiental, hay el apartado 4

[161] LOBO RODRIGO, A. "Las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública...", *ob. cit.*, p. 86.

del citado artículo, que permite al poder adjudicador excluir a un licitador de un procedimiento de contratación cuando este ha incumplido anteriormente deberes aplicables en virtud del apartado 2 del art. 18, que trata exactamente de las obligaciones relacionadas a materia medioambiental, social o laboral, en la ejecución de los contratos. Además, como asevera LÓPEZ TOLEDO[162], los posibles subcontratistas también deben cumplir las obligaciones contempladas en el art. 18, apartado 2, bajo pena de su sustitución, si está previsto en la legislación del Estado miembro (art. 71.6), que es encargado de hacer cumplir las citadas obligaciones, conforme el art. 71.1 de la Directiva.

Respecto a los requisitos ambientales "positivos" para la selección del contratista, la directiva permite a los poderes adjudicadores la exigencia, como la solvencia técnica vinculada a una futura ejecución del contrato, que los licitadores enseñen certificados de cumplimiento de los sistemas de gestión ambiental:

> Art. 62.2. Cuando los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinados sistemas o normas de gestión medioambiental, harán referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos de conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) no 1221/2009 o a otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados. Reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros.

[162] LÓPEZ TOLEDO, P. "La contratación pública verde y su nueva regulación...", *ob. cit.*, p. 10.

Al igual que ocurre con las etiquetas ecológicas, el operador económico que no tenga acceso al certificado específico exigido en el pliego, o que no tenga la posibilidad de obtenerlo en el plazo fijado, podrá presentar otras pruebas de que cumple con las medidas ambientales equivalentes[163].

En la fase de adjudicación del contrato es que se encuentran las novedades más importantes en términos de contratación verde en la Directiva 2014/24/UE, en base a la valoración de la mejor calidad-precio y el cálculo del coste del ciclo de vida para llegar a la oferta más ventajosa para la Administración, como bien señala NOVELLO:

> L'elemento più innovativo nella nuova normativa è quello relativo ai criteri di valutazione e aggiudicazione. Ai sensi della nuova disciplina, il criterio di riferimento per aggiudicare le offerte è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ove l'economicità della prestazione deve valutarsi non più sulla base del mero "prezzo" (che resta criterio residuale), ma sulla base di un'analisi costi/efficacia, che può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, e che si svolge analizzando tutti i "costi" emergenti nel corso del "ciclo vita" dei lavori, dei servizi o delle forniture[164].

El apartado 2 del art. 67 pone que la oferta económicamente más ventajosa será basada en el precio o en el coste[165], siendo que este deberá atender la relación coste-eficacia, que podrá llevar en consideración el llamado cálculo del coste del ciclo de vida, y también

[163] Véase MIRANZO DÍAZ, J. "Hacia una administración pública sostenible...", *ob. cit.*, p. 19.

[164] NOVELLO, F. "Il Green Public Procurement nelle politiche...", *ob. cit.,* p. 1125.

[165] FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. recuerdan que *precio* y *coste* son conceptos distintos. Caso el poder adjudicador decida utilizar un único criterio de adjudicación, será una elección alternativa, en que *precio* será sinónimo de "precio más bajo", mientras que el "coste" debe analizar la relación coste-eficacia de los suministros, servicios u obras objetos del contrato ("La contratación pública a debate...", *ob. cit.*, p. 212).

podrá incluir la mejor relación calidad-precio, donde pueden ser evaluados determinados aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales, siempre vinculados al objeto del contrato, concepto que está descrito en el apartado 3 del mismo artículo, y que sigue la ya citada doctrina del TJUE sobre el tema.

A su vez, el art. 68 detalla la forma por cual la legislación europea entiende cómo se debe realizar el cálculo del costo de vida de un producto, un servicio o una obra. Son la totalidad o una parte de los costes siguientes: 1) los costes del poder adjudicador o de otros usuarios para la adquisición, la utilización (como el consumo energético), el mantenimiento y los relativos al final de vida (como recogida y reciclado); 2) los costes de medioambientales externos vinculados al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, como las emisiones de gases de efecto invernadero y otros contaminantes. Por otro lado, la norma mencionada exige que tales costes de externalidades ambientales deban tener su valor monetario determinable y verificable[166].

Sobre la evaluación de eses costes de externalidades medioambientales, la DCP requiere también el cumplimiento de las siguientes condiciones: "*a) estar basado en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios; en particular, si no se ha establecido para una aplicación repetida o continuada, no favorecerá o perjudicará indebidamente a operadores económicos determinados; b) ser accesible para todas las partes interesadas; c) todo operador económico normalmente diligente, incluidos los operadores económicos de terceros países, que sea parte en el Acuerdo o en otros*

[166] El problema de la determinación de ese valor monetario es apuntado por MOTA ALMEIDA, L. F. "A contratação pública verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE". *Revista de Concorrência e Regulação*, núm. 27-28, 2016, pp. 103-128.

acuerdos internacionales que vinculen a la Unión, ha de poder facilitar los datos exigidos con un esfuerzo razonable".

Se puede decir que esas reglas se vinculan con los objetivos del apartado 4 del art. 67, que, en busca de preservar la transparencia e igualdad, frena la libertad de decisión ilimitada del poder adjudicador para garantizar la posibilidad de una competencia efectiva entre los licitadores. Esto parece ser una preocupación particularmente importante en el tema de la contratación verde, donde se podrían utilizar falsas "justificaciones ecológicas" para distorsionar la competencia y la licitación.

Por fin, en la fase de la ejecución del contrato, el art. 70 de la directiva, entre otras preocupaciones estratégicas de la contratación, admite expresamente la inclusión de condiciones especiales de ejecución del contrato[167] de naturaleza ecológica:

> Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.

El Considerando 97 de la DCP trae algunas situaciones posibles, dejando en abierto la opción de que los poderes adjudicadores adopten otras: "*Entre las condiciones de ejecución de un contrato relativas a*

[167] GUERRERO MANSO así las conceptúa: "*Las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas, sino que despliegan sus efectos en la ejecución del contrato. Es decir, determinan la forma concreta en que deberá actuar el contratista, sea quien sea el adjudicatario final, para cumplir con las previsiones del contrato*." ("La inclusión de condiciones especiales de ejecución...", *ob. cit.*, p. 155).

las consideraciones medioambientales pueden figurar, por ejemplo, la entrega, el embalaje y la eliminación de productos, y, en lo que se refiere a los contratos de obras y servicios, la minimización de los residuos y la eficiencia energética".

Una preocupación siempre presente es con relación a efectividad de esas cláusulas después del procedimiento de licitación, en el momento de la ejecución del contrato. Para GONZÁLEZ GARCÍA[168], la Administración tiene y debe utilizar la potestad de interpretación del contrato, así como las de dirección, inspección y control, dictando las instrucciones adecuadas para que la ejecución del contrato obedezca las condiciones especiales previstas en el pliego[169].

Recientemente, la Comisión ha publicado el Informe *Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior* (COM(2021) 245 final)[170], donde los Estados miembros informaran algunos de los principales problemas en la contratación pública ecológica: 1) dificultades debido a que los poderes adjudicadores no tienen la obligación jurídica de incluir criterios medioambientales en los procedimientos de licitación; 2) falta de seguridad jurídica sobre la correcta interpretación del requisito de «vinculación al objeto del contrato» y el temor a posibles litigios; 3) ausencia de datos sobre la eficacia y los beneficios económicos de

[168] GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. "Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública". *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, pp. 13-42.

[169] Para DELGADO FERNÁNDEZ, el órgano de contratación "*también puede calificar su incumplimiento de falta muy grave, de forma que ese incumplimiento puede, según se indique en los pliegos, causar la imposición de penalidades o indemnización por daños y perjuicios, llegar a la resolución del propio contrato y/o declarar a la empresa adjudicaría incursa en prohibiciones para contratar"* ("Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución". En LAZO VITORIA, X. (Dir.), *Compra pública verde*. Barcelona: Atelier, 2018, p. 181).

[170] Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=COM:2021:245:FIN&rid=3.

aplicar los criterios de la compra verde y dificultad para supervisar su aplicación; y 4) escasez de competencias y conocimientos específicos entre los funcionarios encargados de los procedimientos de licitación y el hecho de que la compra verde pueda percibirse como un obstáculo a la competencia, en el sentido de que restringe la participación de las PYMEs en las licitaciones públicas.

Por otro lado, en el mismo Informe, la Comisión también lista algunas buenas prácticas: 1) inclusión de criterios u objetivos de contratación verde obligatorios en la legislación sectorial nacional; 2) creación un catálogo de criterios ecológicos para diferentes productos y servicios, de acceso gratuito y con distintos criterios en función del grado de atención al medio ambiente; 3) obligación de presentar informes anuales sobre los aspectos medioambientales en los procedimientos de contratación al objeto de garantizar la transparencia y facilitar la recogida de datos; 4) formación sobre la compra verde a los poderes adjudicadores y las empresas; y 5) colaboración con agencias para la protección del medio ambiente en la puesta en práctica de la contratación verde.

1.3.4.2. Las cláusulas sociales

La inserción de cláusulas sociales en los contratos públicos siempre ha ocupado, junto a las preocupaciones ambientales, el panorama central dentro de la idea general de una contratación pública estratégica. A través de su gran poder de compra, la Administración intenta reducir desigualdades y discriminaciones dentro de la sociedad, valorizando aspectos como la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad y la contratación

de empresas de inserción y centros especiales de empleo, entre otras posibilidades[171].

Este lugar privilegiado de las condiciones sociales en la contratación pública estratégica es enfatizado por GIMENO FELIÚ:

> En definitiva, las condiciones sociales son uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública. Y, en consecuencia, podemos ya afirmar que están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, el medio ambiente o la integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE[172].

En efecto, tanto el Tratado de la Unión Europea[173] como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[174] contemplan en sus textos esta preocupación de combinar el desarrollo económico con la mejora general de las condiciones de vida de las personas. Así,

---

[171] LÓPEZ TOLEDO, P. "La consideración de aspectos ambientales y sociales en la contratación pública. Régimen de su nueva regulación". *Gabilex*, núm. 14, 2018, versión electrónica.

[172] GIMENO FELIÚ, J. M. "Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites", *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2017, p. 247.

[173] Art. 3.3: *La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.*

[174] Art. 9: *En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana.*

teniendo en cuenta el enorme volumen de recursos que los Estados miembros gastan anualmente en compras públicas, no es de extrañar que los procedimientos de contratación pública sean considerados como una herramienta importante para lograr estos objetivos sociales de la Unión Europea[175].

Sin embargo, este reconocimiento requirió una evolución en el tiempo. Aunque el TJUE ha reconocido desde 1988, en su famosa sentencia *Beentjes*, la posibilidad de los poderes adjudicadores introducir cláusulas sociales en sus pliegos[176], sólo en las Directivas de 2004 las normas europeas permiten expresamente que los Estados miembros incorporen cláusulas sociales en sus procedimientos de adjudicación de contratos públicos[177].

En su Considerando 33, la Directiva 2004/18/CE establecía que "*las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente".* Tal permisión es igualmente repetida en

[175] Véase ROMÁN MÁRQUEZ, A. "Tutela y promoción de los derechos sociales y laborales por las directivas europeas sobre contratación pública de cuarta generación: su incorporación al ordenamiento jurídico español". *Revista Chilena de Derecho,* vol. 46, núm. 2, 2019, pp. 477-500.

[176] "*37 (...) La condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato*".

[177] Vid. MEDINA ARNÁIZ, T. "El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2018*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, p. 258.

el art. 26, que admite consideraciones de tipo social como condiciones de ejecución del contrato.

A su vez, la utilización de criterios sociales en la fase de adjudicación fue admitida en el Considerando 46: "*En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades –definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato".*

A pesar de tales normas, persistieron las dificultades prácticas y legales en el uso de cláusulas sociales en los procedimientos de adjudicación. Inclusive, en la jurisprudencia del TJUE, como en la sentencia *Rüffert*, de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06, y en la sentencia *Bundesdruckerei*, de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13, en las que condiciones sociales de ejecución del contrato vinculadas a la retribución de los trabajadores implicados se consideraron contrarias al Derecho de la Unión. El cambio en el pensamiento del TJUE sólo comienza a producirse después de la sentencia *RegioPost*, de 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/2014, que admite la posibilidad de la Administración establecer condiciones laborales más exigentes en sus contratos[178].

Es con el objetivo de hacer realmente efectivo el uso de las cláusulas sociales en la contratación pública que la Directiva 2014/24/UE busca abordar el tema. Como afirma MEDINA ARNÁIZ: *"En este recorrido, las Directivas de 2014 han propiciado un nuevo impulso*

[178] Véase GALLEGO CÓRCOLES, I. "La integración de cláusulas sociales...", *ob. cit.*, pp. 105-106.

respecto de la viabilidad jurídica de perseguir fines sociolaborales a través de los contratos públicos y, aún cuando parece que los Estados miembros no está utilizando plenamente esta posibilidad, lo cierto es que la Directiva 2014/24/UE ofrece un mayor espacio y a la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública"[179].

En sus considerandos, la DCP deja claro que las condiciones sociales merecen un lugar privilegiado en el contexto de la contratación pública: reserva de contratos a talleres protegidos y empresas sociales (cdo. 36); medidas para velar por el cumplimiento de obligaciones sociales y convenios colectivos (cdo. 37); control de cumplimiento de los derechos sociales en las respectivas fases del procedimiento de licitación (cdo. 40), entre otros[180].

En la mayoría de los casos, las normas de la directiva relativas a las cláusulas medioambientales se repetirán con las cláusulas sociales, aunque con diferencias ocasionales, estando ambos temas, muchas veces, en el mismo artículo. Eso no es difícil de entender, pues son ejes de la realización de importantes políticas públicas a través de la contratación pública, aunque que mantengan sus especificidades e independencia de aplicación.

Ejemplo de eso es el art. 18.2[181], que establece que los Estados miembros garanticen el cumplimiento de las obligaciones

[179] MEDINA ARNÁIZ, T. "El destino de las cláusulas sociales...", *ob. cit.*, pp. 260-261.

[180] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. "Las condiciones sociales en la contratación pública...", *ob. cit.*, pp. 251-253.

[181] Art. 18.2: "*Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X"*.

medioambientales, sociales y laborales en la ejecución de los contratos. Esa determinación, incluso, podrá ocasionar la exclusión del licitador que no haya cumplido las dichas obligaciones sociales y laborales, de acuerdo con el art. 57.4.a).

Así como en el caso de las medioambientales, también las condiciones sociales se pueden utilizar en diferentes etapas del procedimiento de adjudicación[182]. Contratos con el objeto de servicios sociales, por ejemplo, tienen un régimen especial instituido a partir del art. 74 de la DCP. También la definición del objeto abre espacio para determinar objetivos sociales y la forma por la cual se dará el empleo del personal alocado en los servicios.

Las especificaciones técnicas del contrato son un momento oportuno para la previsión de condiciones sociales, presentando requisitos que los operadores económicos deben tener en cuenta para participaren del procedimiento. Un ejemplo de esa posibilidad de utilización social es el propio art. 42.1 de la DCP, que fija que "*para toda contratación que esté destinada a ser utilizada por personas físicas, ya sea el público en general o el personal del poder adjudicador, las especificaciones técnicas se redactarán, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios*"[183].

[182] Véase TENA RUIZ, J. y SANZ RUBIO, E. "Hacia la contratación pública socialmente responsable: la incorporación de cláusulas sociales en el ámbito de la contratación pública". *Contratos del Sector Público*. Disponible en http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/08DocumentosdeTrabajo/Otros/Condiciones%20sociales%20y%20contrataci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20vdef.pdf.

[183] Un otro ejemplo es fornecido por la publicación de la Comisión Europea *Adquisiciones sociales Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*: "*Exigir, en un contrato de obras, medidas para evitar accidentes laborales y condiciones específicas para el almacenamiento de productos peligrosos, con el objeto de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores*".

Así como en materia medioambiental, el art. 43 admite la exigencia de etiquetas sociales, aunque existan mayores problemas prácticos debido a una falta de criterios unificados para el sistema de etiquetado y su vigilancia[184]. Un notable ejemplo del uso de etiquetas sociales en la contratación pública son las etiquetas de comercio justo. Según el Libro Verde *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* [COM(2001) 366 final][185], las etiquetas sociales son definidas como "*palabras y símbolos sobre un producto con las que se intenta influir en las decisiones de compra de los consumidores garantizando el impacto social y ético de una operación empresarial en otras partes interesadas*".

Como añade MEDINA ARNÁIZ[186], el sistema de etiquetas de comercio justo puede ser realizado de dos formas distintas: vinculado al producto (si este es producido conforme ciertas especificaciones sociales, económicas o medioambientales), o vinculado a la cadena de suministros integrada (si las organizaciones respectan condiciones de trabajo, transparencia, salarios, igualdad de género, etc.). Ambas las formas pueden ser requeridas en el pliego de prescripciones técnicas, caso el poder adjudicar venga a pedir una etiqueta de comercio justo. Sin embargo, al igual que con las etiquetas ecológicas, deben ser respectados os principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación, con la vinculación al objeto del contrato, ampla

Disponible en https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cb70c481-0e29-4040-9be2-c408cddf081f.

[184] Vid. LOBO RODRIGO, A. "Las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública...", *ob. cit.*, p. 84.

[185] Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0366&from=ES.

[186] MEDINA ARNÁIZ, T. "Comercio justo y contratación pública". En PERNAS GARCÍA, J. J. (Dir.). *Contratación pública estratégica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, p. 271.

divulgación de las exigencias y la aceptación de otras etiquetas equivalentes.

La mención expresa de consideraciones sociales como criterios de adjudicación en el ya citado art. 67.2, dentro de la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, igualmente significó un importante impulso a utilización de esos estándares. Siempre con la observancia de la vinculación con el objeto del contrato, los poderes adjudicadores poseen la facultad de insertar criterios sociales en la valoración de las ofertas. El Considerando 99 de la DCP es claro sobre el tema:

> (99) Las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate podrán también estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de adjudicación de un contrato siempre que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato en cuestión. Por ejemplo, dichos criterios o condiciones podrán referirse, entre otras cosas, al empleo para los desempleados de larga duración o a la aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse.

Sin embargo, como recuerda GIMENO FELIÚ[187], la elección de los criterios sociales que serán valorados en la adjudicación debe satisfacer en interés público, la coherencia con el objeto, las características y la naturaleza del contrato. El uso de los criterios sociales, por más importante que sea como fomento de políticas públicas, también

[187] GIMENO FELIÚ, J. M. "Las condiciones sociales en la contratación pública...", *ob. cit.*, pp. 255-256.

necesita observar el cumplimiento de los principios generales de la contratación pública.

En cuanto a las condiciones para la ejecución del contrato, la idea de cláusulas sociales quizás encuentre su uso más directo. El art. 70 de la Directiva 2014/24/UE, anteriormente citado, establece que los poderes adjudicadores podrán incorporar condiciones especiales para la ejecución del contrato, las cuales podrán, por su vez, incluir consideraciones económicas, de innovación, medioambientales, sociales o de empleo. El Considerando 98, en su segunda parte, ejemplifica algunas de esas posibilidades en el ámbito social: "*Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional*".

De hecho, el fomento al empleo[188], la promoción de la igualdad de género[189] y la inserción de personas con discapacidad en el mercado laboral[190] son algunas de las principales iniciativas de inclusión de condiciones especiales de ejecución del contrato con carácter social,

[188] Vid. BERNAL BLAY, M. A. "El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos". En PERNAS GARCÍA, J. J. (Dir.). *Contratación pública estratégica.* Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 161-186.

[189] Vid. BELANDO GARÍN, B. "La contratación pública como instrumento de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Observatorio de contratos públicos 2016*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, pp. 431-445.

[190] Vid. DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P. y MORENO MOLINA, J. A. "Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad". En PERNAS GARCÍA, J. J. (Dir.). *Contratación pública estratégica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 187-212.

como incluso se puede observar en ejemplos de la publicación de la Comisión llamada *Making socially responsible public procurement work: 71 good practice cases*[191].

Así, queda claro que la Directiva 2014/24/UE ofrece todo un abanico de posibilidades a disposición de los Estados miembros y sus poderes adjudicadores para buscar impulsar determinadas políticas sociales en sus contratos. En ese punto específico, hay mucho espacio para demandar una mejor utilización y, principalmente, una mejor fiscalización de su aplicación en los contratos. Por otro lado, en el ya mencionado Informe *Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior*, los Estados miembros citan sus problemas en la aplicación de criterios sociales en la contratación pública: 1) falta de orientaciones claras para una correcta aplicación; 2) dificultades para calcular las repercusiones sociales y el coste del ciclo de vida; 3) dificultades para vincular las consideraciones de orden social al objeto del contrato; y 4) ausencia de una definición generalmente aceptada de contratación pública socialmente responsable.

1.3.4.3. La compra pública de innovación

La innovación, junto con las preocupaciones ambientales y sociales, se ha convertido en uno de los principales campos de uso de la contratación pública estratégica para la realización de políticas públicas a favor de la sociedad. Como señala VARCÁCEL FERNÁNDEZ[192], de un fomento centrado únicamente en subvenciones

[191] Disponible en https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/69fc6007-a970-11ea-bb7a-01aa75ed71a1.

[192] VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pp. 56-68.

para la investigación y el desarrollo, se empezó también la promoción del espectro de la demanda para la innovación de bienes y servicios, con el sector público actuando más activamente.

GIMENO FELIÚ y BERNAL BLAY así subrayan la importancia de la compra pública de innovación:

> Por su parte, la compra pública de innovación impulsa la mejora de los servicios públicos mediante la incorporación de bienes o servicios innovadores y contribuye al crecimiento económico inteligente, sostenible e integrador. Esto significa la apostar por el conocimiento y la innovación como impulsores de nuestro crecimiento futuro. Para ello resulta imprescindible consolidar los resultados de la investigación, promover la innovación y la transferencia de conocimientos y asegurarse de que las ideas innovadoras puedan convertirse en nuevos productos y servicios que generen crecimiento y empleos de calidad, y que ayuden a afrontar los retos derivados de los cambios sociales[193].

Es necesario resaltar que, habitualmente, se distinguen dos modalidades dentro de la compra pública de innovación: la compra pública precomercial y la compra pública de tecnología innovadora[194]. La primera se caracteriza cuándo la administración realiza la contratación específica de servicios de investigación y desarrollo, en una fase previa a la comercialización. Según el concepto de la Comisión Europea[195], su aplicación es limitada a los servicios de I+D, como

---

[193] GIMENO FELIÚ, J. M. y BERNAY BLAY, M. A. (Coord.). *Guía 2.0 para la compra pública de innovación*. Ministerio de Economía y Competitividad, 2015, p. 13.

[194] Véase NÚÑEZ LOZANO, M. C. "La contratación pública innovadora: compras comerciales y compras precomerciales". En HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (Dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia y Francia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 107-144.

[195] Comunicación *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles*, SEC(2007) 1668 (https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0799:FIN:ES:PDF).

exploración y diseño de soluciones, creación de prototipos o fabricación de pruebas, no estando comprendidas actividades comerciales. El comprador público, que remunera integralmente la prestación del servicio, no se reserva los resultados de la I+D para su propio uso en exclusiva, compartiendo con las empresas los riesgos y beneficios. La idea principal en la contratación precomercial es desenvolver una solución innovadora que supere las disponibles en el mercado hasta aquel momento. Así como ya ocurría en la Directiva 2004/18/CE (art. 16.f), la contratación precomercial se encuentra excluida de la aplicación de la Directiva 2014/24/UE (art. 14).

Por su vez, la compra pública de tecnología innovadora es la adquisición comercial por la Administración de bienes y productos inexistentes en el momento de la contratación, pero que se pueden desarrollarse en un determinado periodo de tiempo, a través del desenvolvimiento de una tecnología nueva o mejorada que garantice el cumplimiento de las exigencias del comprador. Tiene una doble finalidad: mejorar la prestación de los servicios públicos con bienes y servicios innovadores y también fomentar la innovación de las empresas en el mercado[196].

A diferencia de las condiciones ambientales y sociales, la compra pública de innovación no recibió una regulación en el Directiva 2004/18/CE[197]. Sin embargo, en los años siguientes, la Unión Europea

[196] Vid. ARNÁEZ ARCE, V. A. "La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquirente de bienes y servicios innovadores". *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 93, 2012, pp. 17-35.

[197] La excepción más relevante sobre el tema está en el Considerando 23, vinculada al ya mencionado art. 16.f): *"En virtud del artículo 163 del Tratado, el fomento de la investigación y del desarrollo tecnológico constituye uno de los medios para reforzar las bases científicas y tecnológicas de la industria de la Comunidad, y la apertura de la contratación pública de servicios coadyuvará a la realización de este objetivo. La cofinanciación de programas de investigación no debe ser regulada por la presente Directiva; por lo tanto, se excluyen los contratos de servicios de investigación y desarrollo distintos de aquéllos cuyos resultados corresponden exclusivamente al*

comenzó a mostrar una especial preocupación por el tema. Se publicaron una serie de documentos que pusieron gran énfasis en la innovación como un motor del desarrollo económico: *Poner en práctica el conocimiento: una estrategia amplia de innovación para la UE* (COM(2006) 502 final); *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles* (COM(2007) 799 final); *Iniciativa emblemática de Europa 2020. Unión por la innovación: convertir las ideas en empleo, crecimiento ecológico y progreso social* (COM(2010) 546 final); *Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación* (COM(2011) 808 final). De todos los nuevos documentos europeos que citan la innovación después de la Directiva de 2004, sin duda la más importante es la ya mencionada *Estrategia Europa 2020*, que pone la investigación y la innovación como uno de los cinco objetivos cuantificables para 2020.

Todo este movimiento de la Unión Europea hacia la innovación, y específicamente su uso en la contratación pública estratégica, encuentra su punto álgido en la Directiva 2014/24/UE. Ahora, la innovación[198] gana un papel central en la contratación europea, como uno de los objetivos que siempre deben tener en cuenta los poderes adjudicadores, de acuerdo con el Considerando 47:

> La investigación y la innovación, incluidas la innovación ecológica y la innovación social, se encuentran entre los principales motores del

poder adjudicador para ser usados en el ejercicio de su propia actividad, siempre que éste remunere íntegramente la prestación de servicios".

[198] El art. 2.22 de la Directiva define así innovación: *"introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador".*

> 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.

De esta forma, la innovación, así como las condiciones ambientales y sociales, adquiere un estatus fundamental en los procedimientos de contratación regidos por la DCP y debe guiar una buena parte de las elecciones que se debe tener en cuenta en los pliegos, además de varias menciones en otros aspectos de la contratación[199]. Son algunos ejemplos de esa atención reservada en los pliegos: a) redacción de las especificaciones técnicas con requisitos funcionales y de rendimiento, como forma de favorecer la innovación en la contratación pública (Considerando 74); b) en razón de la importancia de la innovación, permitir la presentación variantes con la mayor frecuencia posible (Considerando 45); c) evitar que la referencia a etiquetas restrinja la innovación (Considerando 75); d) en los criterios de adjudicación del contrato, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, se podrán evaluar las características innovadoras (art. 67.2); e) posibilidad del previsión de

[199] Más recientemente, la Comisión ha publicado la Comunicación *Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación,* C(2021) 4320 final, del 18 de junio de 2021, donde se expone algunos de los principales motivos la contratación innovadora: impulso a la recuperación económica, la transición ecológica y digital y la resiliencia de la Unión; prestación de un servicio público de mayor calidad ajustado a un presupuesto óptimo; abordaje de una nueva necesidad; modernización de los servicios públicos; ayuda al desarrollo de empresas emergentes y PYMEs innovadoras; y contribución para mercados más innovadores. Disponible en https://ec.europa.eu/docsroom/documents/45975.

consideraciones relacionadas con la innovación en las condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 70)[200].

Una de las principales novedades de la DCP es la reglamentación de un nuevo tipo de procedimiento, especialmente diseñado para la compra pública innovadora, *la asociación para la innovación*. Como ya comentado, según el espíritu de la directiva, la preocupación con la promoción de productos y soluciones innovadoras debe estar presente en todos los procedimientos realizados pelos poderes adjudicadores. Además, hay herramientas específicas que ayudan ese propósito, como las consultas preliminares del mercado, la licitación con negociación y el diálogo competitivo[201].

No obstante, el legislador europeo entendió que, en determinadas situaciones, los procedimientos de adjudicación habituales no eran suficientes para que la Administración obtuviera productos o servicios innovadores, creando así la denominada asociación para la innovación. Su justificativa está en el Considerando 49, que explica que la creación del nuevo procedimiento es para dar una mejor opción a los poderes adjudicadores para los casos en los que las soluciones ya disponibles en el mercado no satisfacen una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y su posterior adquisición. Así, se permite que los poderes adjudicadores establezcan una asociación para la innovación a largo plazo "*con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores, siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes*".

[200] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. y BERNAY BLAY, M. A. (Coord.), *Guía 2.0 para la compra..., ob. cit.*, pp. 11-12.

[201] Véase NÚÑEZ LOZANO, M. C. "La contratación pública innovadora: compras comerciales...", *ob. cit.*, p. 136.

Es un solo procedimiento dividido en dos fases principales distintas: la primera es la investigación y desarrollo del producto, servicio u obra ("fase precomercial"), mientras que la segundo es la respectiva compra del producto, prestación del servicio o construcción de la obra ("fase comercial")[202]. Como subraya LÓPEZ MIÑO[203], más allá del mero número de fases, la asociación para la innovación se diferencia de la contratación precomercial también por la amplitud de su objeto. Esta última es básicamente un contrato de servicios de I+D, donde los servicios prestados por las empresas generan un insumo tecnológico para satisfacer una necesidad pública. Por su vez, la asociación para la innovación tiene una primera fase que se puede equiparar a una contratación precomercial de grado mínimo, en la cual la tecnología ya existe y puede ser mejorada o puede ser desarrollada en un plazo corto. No obstante, en su segunda fase, la naturaleza del contrato dependerá del tipo de producto requerido por la Administración, ya sea suministro, servicio u obra.

Según los términos del art. 31 de la DCP, el procedimiento empieza con la publicación de una convocatoria de licitación[204], donde el poder adjudicador indicará la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores, los requisitos mínimos que deben cumplir todos los licitadores, la posible limitación de candidatos invitados al procedimiento y las disposiciones aplicables a los derechos de

[202] Vid. ANDRECKA, M. "Innovation partnership in the new public procurement regime - a shift of focus from procedural to contractual issues?". *Public Procurement Law Review*, núm. 2, 2015, pp. 48-62.

[203] MIÑO LÓPEZ, A. "La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública". En PERNAS GARCÍA, J. J. (Dir.). *Contratación pública estratégica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, p. 233.

[204] Para GIMENO FELIÚ, "*Es conveniente la consulta del mercado para obtener información sobre la estructura y la capacidad de un mercado, al mismo tiempo que informa a los agentes del mercado sobre los proyectos y los requisitos de contratación de los compradores públicos. Sin embargo, los contactos preliminares con los participantes del mercado no deben dar lugar a ventajas desleales y falseamientos de la competencia*" ("El nuevo paquete legislativo comunitario...", *ob. cit.*, p. 49).

propiedad intelectual e industrial. La información debe ser precisa, para que los operadores económicos puedan entender la naturaleza y el ámbito de la solución requerida. En un plazo mínimo de 30 días de la fecha de envío de la convocatoria de licitación, los operadores económicos podrán presentar sus solicitudes de participación.

Para la selección de los participantes, además de los criterios normales como habilitación para ejercer la actividad profesional, solvencia económica y financiera y la capacidad técnica y profesional, el art. 31.6 también determina que "*al seleccionar a los candidatos, los poderes adjudicadores aplicarán, en particular, criterios relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como de la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras*".

Después de la fase de selección, el órgano de contratación invita a los elegidos para la confirmar su interés. Según RODRÍGUEZ BEAS[205], esa invitación no es mera formalidad, pues convierte el interesado en candidato, define el procedimiento en sí y crea la asociación para la innovación. Será el documento que fijará el número máximo y mínimo de candidatos, establecerá la posible división en etapas, definirá los criterios de adjudicación y determinará si la adjudicación tendrá lugar con o sin negociación.

Para la fase de adjudicación, el art. 31.3 parece remitir al procedimiento negociado con publicidad, pero admite diferencias que caracterizan su autonomía[206]. Así, los licitadores enviarán sus ofertas

[205] RODRÍGUEZ BEAS, M. "La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 39, p. 154.

[206] Esa es la conclusión de GALLEGO CÓRCOLES: "*No obstante, en mi opinión, en tanto la asociación para la innovación es un procedimiento funcionalmente distinto del procedimiento de licitación con negociación, y en tanto en cuanto las matizaciones*

iniciales con proyectos de investigación e innovación, y el poder adjudicador procederá su negociación para mejorar su contenido, igualmente con todas las ofertas ulteriores, excepto la oferta definitiva. Importante resaltar que la DCP prohíbe que se negocien los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación. El art. 31.5 admite que la negociación pueda se dar en fases sucesivas, *"a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar"*, respectando los criterios de adjudicación previstos en el anuncio de licitación.

La asociación para la innovación, de acuerdo con el 31.4, será estructurada en fase sucesivas vinculadas a las respectivas etapas del proceso de investigación e innovación, incluso en la fase comercial. Serán fijados objetivos intermedios para los socios y el pago de la retribución. Al final de cada fase, y habiendo previsión en el pliego de la contratación, el poder adjudicar podrá rescindir la asociación para la innovación o reducir el número de socios. Para FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, "*el derecho a rescindir la asociación es un elemento importante para asegurar que el poder adjudicador no se atribuye indebidamente el proyecto y para mantener a los operadores económicos suficientemente motivados*"[207].

Por fin, el art. 31.7 subraya que el valor estimado de los suministros, servicios u obras deberá mantener una proporcionalidad con relación a la inversión necesaria para su desarrollo. O sea, dentro

---

que su regulación contiene respecto a este son realmente significativas, puede considerarse que, tal y como se configura normativamente, la asociación para la innovación es un procedimiento típico e independiente, y no una mera modalidad del procedimiento de licitación con negociación" ("Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Observatorio de los contratos públicos 2013.* Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 212).

[207] FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. "La asociación para la innovación: su incorporación en la directiva europea sobre contratación pública y en el proyecto español de ley de contratos del sector público". *Revista de Direito da Administração Pública*, núm. 2, 2017, p. 209.

de ciertos límites justificables, aunque no estrictamente rígidos, pero que siempre buscando sopesar los costes necesarios con los posibles beneficios que se pueda obtener al final.

2. LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. LINEAS PRINCIPALES

2.1. El nacimiento de la ley española

En su art. 90, la Directiva 2014/24/UE determinó que los Estados miembros tendrían hasta la fecha del 18 de abril de 2016[208] para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para el cumplimiento de la nueva normativa europea. Como se mencionó en el capítulo anterior, el art. 288 del TFUE establece la obligatoriedad de las directivas exclusivamente en cuanto al resultado buscado, debiendo cada Estado miembro realizar su transposición al ordenamiento jurídico nacional de la forma que considere más apropiada. La ausencia de transposición de una directiva puede dar lugar a la aplicación de sanciones al Estado miembro, de acuerdo con los arts. 258, 259 y 260 del TFUE.

Para la transposición de las directivas anteriores, España había promulgado la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Todavía, como registra GALLEGO CÓRCOLES[209], la referida ley se caracterizó por su falta de estabilidad, habiendo sido objeto de diez reformas legislativas en poco más de cuatro años y medio. Todas estas reformas, y también la existencia de otras normas relacionadas con la

[208] Las Directivas 2014/23/UE (art. 51) y 2014/25/UE (art. 106) también establecerán la misma fecha para su transposición.

[209] GALLEGO CÓRCOLES, I. "El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 86.

contratación pública, llevaron a la necesidad de una consolidación a través del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, denominado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Ese era el marco normativo (con sus posteriores alteraciones) vigente en España en el momento de la necesidad de transposición de la Directiva 2014/24/UE.

En enero de 2014, se constituyó un grupo de expertos (GELEC) para la elaboración de los anteproyectos de la nueva normativa de contratación pública española. Sin embargo, como advierte GIMENO FELIÚ[210], como, en España, la transposición de las normas europeas es realizada a través de iniciativa legislativa ordinaria, el cumplimiento de los plazos previstos en las directivas se vuelve difícil. Sólo el 25 de noviembre de 2016 (ya excedido en mucho ya el plazo previsto en las directivas) es que los nuevos proyectos de ley son aprobados en el Consejo de Ministros y enviados al Congreso.

Así, al finalizar el plazo en las directivas de 2014 sin su transposición, se crearon muchas dudas sobre los posibles efectos directos que podrían tener las normas europeas. Con base en la jurisprudencia del TJUE[211], se entiende que los preceptos precisos e incondicionados tendrán efecto directo, una vez que las directivas tienen carácter obligatorio y los Estados no pueden huir de su aplicación. Evidentemente, también surgieron debates sobre qué disposiciones de las directivas serían suficientemente precisas e incondicionadas para exigir su efecto directo, que incluso llevó al

[210] GIMENO FELIÚ, J. M. "Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?". *Revista española de derecho administrativo*, núm. 182, 2017, pp. 181-221.

[211] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. "El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143, 2016, pp. 8-19.

pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública[212].

Finalmente, el 8 de noviembre de 2017 se aprueba la Ley 9/2017, que entró en vigor a partir del 9 de marzo de 2018, cerrando el proceso de transposición de las Directivas 2014/24/UE e 2014/23/UE. Sus grandes objetivos ya se encuentran resumidos en su propio Preámbulo:

> Asimismo, también hay que destacar que, si bien el motivo determinante de la presente Ley es la transposición de las dos Directivas citadas, no es el único. Así, esta Ley, teniendo como punto de partida dicha transposición, no se limita a ello, sino que trata de diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos, y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos.

Asimismo, ya en su art. 1, la LCSP define los principios que regirán la contratación pública española: libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia de los procedimientos; no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; integridad; eficiencia; libre competencia; y selección de la oferta económicamente más ventajosa[213]. Evidentemente, esta lista no impide la aplicación de

[212] Vid. BASTARDO YUSTOS, F. M. "Efectos de la falta de transposición en plazo: normas de aplicación directa". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143, 2016, pp. 32-39.

[213] Para un análisis más detallado, véase MORENO MOLINA, J. A. "Los principios generales de la LCSP 2017". *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, pp. 21-34.

otros principios de contratación reconocidos en otras normas, como en las propias directivas, por ejemplo[214].

Con sus 347 artículos y 56 disposiciones adicionales, la LCSP ha sido criticado por su excesiva extensión, su complejidad, las remisiones entre sus artículos y la gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados[215], lo que causaría dificultades en su aplicación en la práctica de los operadores jurídicos medios[216]. Este problema pondría a prueba la búsqueda de una mayor eficiencia y agilidad en los procedimientos de contratación pública.

Sin embargo, incluso con estas críticas (entre muchas otras[217]), no cabe duda de que la LCSP 2017 representa un gran avance en la modernización de la legislación española, aportando una visión más centrada en la integridad, la transparencia, la gobernanza y la contratación pública estratégica, donde la efectividad de políticas públicas vinculadas al medio ambiente, las condiciones sociales y laborales, el crecimiento económico sostenible y la innovación adquieren un protagonismo destacado[218].

---

[214] Vid. RAZQUIN LIZARRAGA, M. "Los principios generales de la contratación pública". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 181-238.

[215] Véase, por ejemplo, MORENO MOLINA, J. A. "La aprobación de la LCSP 2017: un balance preliminar". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pp. 6-8.

[216] Vid. CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. "Breve apunte sobre algunas consecuencias de la europeización de la legislación de contratos del sector público". *Observatorio de Contratación Pública*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/breve-apunte-sobre-algunas-consecuencias-de-la-europeizacion-de-la-legislacion-de.

[217] Véase, por ejemplo, BAÑO LEÓN, J. M. "La Ley de Contratos del Sector Público y gestión de lo público. ¿Regulación o sobrerregulación?". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, 2018, pp. 11-19.

[218] Para GALLEGO CÓRCOLES, "*esta visión instrumental de la contratación pública implica la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, sin que necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato. De esta forma, se consideran objetivos secundarios o políticas horizontales, aquellos objetivos que no justifican la contratación, pero que conllevan aparejada una mejora*

Así, la LCSP puede ser entendida como una grande transformación de la contratación pública española, que se alinea con los objetivos de la *Estrategia Europa 2020* y con la visión más contemporánea de contratación pública como herramienta de desarrollo social y económico, como resaltan FUENTES I GASÓ y JUNCOSA VIDAL:

> La LCSP/2017 supone la culminación de un proceso iniciado hace años, en sede de las instancias europeas, que va dirigido a conferir a la contratación un carácter estratégico que, más allá de la incorporación de cláusulas sociales y estratégicas en los contratos públicos, contribuya a la satisfacción de los retos globales actuales que plantea la digitalización, la protección del medio ambiente, la garantía de la ocupación, la apuesta por la cohesión social, el desarrollo económico y tecnológico, entre otros[219].

A continuación, se analizarán los puntos principales de la LCSP, y las formas en que esta ley intenta cumplir con estos objetivos antes mencionados.

2.2. El ámbito subjetivo de la LCSP

Como se explicó en el capítulo anterior, el Derecho europeo utiliza el concepto de "*poder adjudicador*" para definir qué entidades deben someterse a las normas de contratación pública previstas en sus directivas. Si una determinada entidad encaja en el referido concepto,

con respecto a la situación preexistente". ("El Derecho de la contratación pública...", *ob. cit.*, pp. 111-112).

[219] FUENTES I GASÓ, J. R. y JUNCOSA VIDAL, C. "Principales novedades, régimen transitorio y cuestiones adiciones". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.), *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, p. 97.

la legislación europea exige la aplicación de las directivas, ya que no se trata de una mera facultad, siendo esta determinación válida para las legislaciones nacionales de los Estados miembros[220].

En su art. 3, la LCSP establece su ámbito subjetivo de aplicación, intentando mantenerse fiel a esta idea europea de una visión clara de quiénes son las entidades obligadas a seguir sus reglas. Sin embargo, como señala DÍEZ SASTRE[221], la LCSP, siguiendo la normativa española anterior, "*va más allá*" que los requisitos de las directivas europeas, cubriendo otras especies de entidades[222].

El ámbito subjetivo de la LCSP es formado por las entidades del sector público y también por otras entidades que, aún no sean del sector pública, pueden ser considerados poderes adjudicadores por la ley. Así, la LCSP proporciona tres círculos de aplicación: Administración Pública, poder adjudicador no Administración Pública y ente del sector público no poder adjudicador. Esta diferenciación es importante no sólo para definir qué entidades deben cumplir con la LCSP, sino también en qué medida aplicarán sus disposiciones[223].

---

[220] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. "Ser o ser poder adjudicador...", *ob. cit.,* p. 30.

[221] DÍEZ SASTRE, S. "El ámbito subjetivo de la LCSP". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 523.

[222] Tal opción del legislador español es criticada por TEJEDOR BIELSA: "*Una de las más claras manifestaciones de los excesos regulatorios que provoca el afán de proteger nuestra tradición regulatoria del impacto renovador que impone la normativa que viene de la Unión Europea se muestra en la progresiva expansión de la regulación del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa española de contratación del sector público.*" ("Ámbito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva Ley de Contratos", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, 2018, p. 62).

[223] Vid. GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J. "Ámbito subjetivo y objetivo", en MESTRE DELGADO, J. F. y MANENT ALONSO, L. (Dir.). *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 61.

Según el art. 3.1, son entidades del sector público: a) la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local; b) las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social; c) los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes; d) los consorcios dotados de personalidad jurídica propia de la Ley 40/2015 y los consorcios regulados por la legislación aduanera; e) las fundaciones públicas; f) las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social; g) las Entidades Públicas Empresariales de la Ley 40/2015 y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo; h) las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el art. 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores; i) los fondos sin personalidad jurídica; j) las entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia; k) las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores; y l) las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

A su vez, el apartado 2 del art. 3 esclarece que, entre todas las entidades del sector público antes mencionadas, sólo tendrán

consideración de Administración Pública aquellas de las letras a), b), c), y l), así como los consorcios y otras entidades de derecho público, desde que puedan ser considerados poder adjudicador y estén vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado.

Ya para efectos de la LCSP, serán considerados poderes adjudicadores (art. 3.3): a) las Administraciones Públicas; b) las fundaciones públicas; c) las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social; d) las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas 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, 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 e) las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

Todavía, el apartado 4 del art. 3 aún establece la posibilidad de que otras entidades puedan ser consideradas poderes adjudicadores. Son los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones profesionales, las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, siempre que cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del art. 3.3[224].

[224] Analizando esta novedad legal, GIMENO FELIÚ concluye: "s*in duda un cambio de indudable interés, máxime en el actual contexto de falta de transparencia de la gestión política que cuestiona la propia legitimidad de las instituciones administrativas."* ("Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público...', *ob. cit.*, p. 204-205).

En relación con los contratos sujetos a regulación armonizada, estas entidades deben respetar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación y también a la autonomía de la voluntad y la confidencialidad cuando sea el caso. Para reforzar esta obligación, también se requiere que estas entidades aprueben instrucciones internas en materia de contratación que se adecuen a esos principios y a la normativa comunitaria.

Por fin, el apartado 5 establece que las corporaciones de derecho público también estarán sujetas a la LCSP, si cumplen los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del art. 3.3. Es importante señalar que, a diferencia de las entidades del apartado 4, para estas corporaciones no hay referencia al respeto a los principios sólo en caso de contratos armonizados, y tampoco son mencionadas instrucciones internas. Así, para DÍEZ SASTRE[225], las corporaciones de derecho público siguen las reglas de los otros poderes adjudicadores que no son Administración Pública.

Todas estas diferencias entre poderes adjudicadores que son Administración Pública, poderes adjudicadores que no son Administración Pública y entidades del sector público que no son poderes adjudicadores, se reflejarán en las disposiciones de contratación de la LCSP aplicables a cada tipo de entidad, principalmente en relación en los casos de contratos públicos/privados y SARA/no SARA[226].

[225] DÍEZ SASTRE, S. "El ámbito subjetivo de la LCSP", *ob. cit.,* p. 527.

[226] Vid. NOGUERA DE LA MUELA, B. "El ámbito subjetivo de aplicación de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Compra conjunta y centrales de compra". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 233-280.

2.3. El ámbito objetivo de la LCSP

El art. 2.1 de la LCSP así define los contratos regulados por sus normas:

> Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3.
> Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta.

Básicamente, existen dos requisitos: la onerosidad del contrato y la participación de un sujeto del art. 3. El propio enunciado ya establece un concepto amplio de onerosidad, definida como cualquier especie de beneficio económico directo o indirecto, tratando de evitar posibles "fugas" de la aplicación de la ley[227]

El apartado 2 del mismo art. 2 también establece que los contratos subvencionados por poderes adjudicadores que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el art. 23 relativo a los contratos subvencionados sujetos a una regulación

[227] SANTIAGO IGLESIAS recuerda que, en la sentencia "*Remondis*", asunto C-51/15, de 21 de diciembre de 2016, el TJUE utiliza un concepto más matizado de contrato público y onerosidad, que exige un interés económico directo ("Ámbitos subjetivo y objetivo". En DÍEZ SASTRE, S. (Ed.). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*. A Coruña: Iuris Utilitas, 2018, p. 59).
Véase el apartado 43 de la sentencia referida: "*En efecto, sólo un contrato celebrado a título oneroso puede constituir un contrato público incluido en la Directiva 2004/18, dicho carácter oneroso implica que el poder adjudicador que concluye un contrato público recibe en virtud de éste, mediante una contrapartida, una prestación que debe comportar un interés económico directo para ese poder adjudicador (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de marzo de 2010, Müller Helmut, C-451/08, EU:C:2010:168, apartados 47 a 49). El carácter sinalagmático del contrato es así una característica esencial de un contrato público, como señaló el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones.*".

armonizada. De acuerdo con el art. 23, tal subvención debe darse de forma directa y en más de un 50 por 100 del importe del contrato en cuestión, además de encajarse en los tipos contractuales allí mencionados.

Como subraya GUARDIA HERNÁNDEZ[228], la regulación "positiva" de los contratos en la LCSP se encuentra sobre dos ejes fundamentales: la distinción entre contratos armonizados y contratos no armonizados y la distinción entre contratos administrativos y contratos privados. Por otro lado, hay también una regulación "negativa", a través de los llamados negocios y contratos excluidos, citados del art. 4 al art. 11, y que serán regulados por normas especiales, aplicándose los principios de la LCSP únicamente en caso de dudas y lagunas.

2.3.1. Los negocios y contratos excluidos

La primera esfera de exclusión prevista en la LCSP son algunos negocios y contratos relacionados a Defensa y Seguridad: a) los convenios incluidos en el ámbito del art. 346 del TFUE del sector de la defensa y la seguridad; b) los contratos de obras, suministros y servicios del ámbito de la seguridad o de la defensa incluidos en la aplicación de la Ley 24/2011 (ley de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad), y los contratos excluidos por esta última ley; c) los contratos de concesiones de obras y servicios adjudicados en: programa de cooperación de investigación y desarrollo de un nuevo producto, siempre que participen al menos dos Estados miembros de la Unión Europea, o adjudicados en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea para efectuar compras para tropas

[228] GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J. "Ámbito subjetivo y objetivo", *ob. cit.*, p. 77.

desplegadas fuera del territorio de la Unión; o las concesiones adjudicadas a otro Estado en relación con obras y servicios directamente relacionados con el equipo militar sensible u obras y servicios sensibles; y d) los contratos y convenios adjudicados por procedimiento de contratación específico en virtud de: acuerdo o convenio internacional relativo a las obras, suministros o servicios necesarios para proyecto de los Estados firmantes, acuerdo o convenio internacional para estacionamiento de tropas, y normas de contratación establecidas por organización o institución financiera internacional, cuando los contratos tengan financiación integral o mayoritaria por esa institución.

La segunda esfera de exclusión de la LCSP son determinados negocios y contratos en ámbito internacional[229]: a) los acuerdos celebrados por el Estado con otros Estados o con otros sujetos de derecho internacional; b) los contratos que deben seguir un procedimiento de contratación específico establecido en un instrumento jurídico, celebrado según el TFUE con uno o varios Estados no signatarios de este último, que cree obligaciones de derecho internacional relativo a las obras, suministros o servicios para un proyecto de signatarios; c) los contratos que deben seguir un procedimiento de contratación específico establecido en normas de contratación aprobadas por una organización o institución financiera internacional, cuando los contratos tengan financiación integral o mayoritaria por esa institución.

[229] Para PINTOS SANTIAGO y DE LA MORENA LÓPEZ, "*este novedoso artículo viene a dar por hecho la existencia de un Derecho administrativo global de la contratación pública que, aunque emergente y formado por manifestaciones inconexas de tipo variado, afecta a la vida cotidiana de los ciudadanos y a la organización y funcionamiento interno y externo de los Estados".* (MARTÍNEZ FERNANDEZ, J. M. y BOCOS REDONDO, P. (Dir.). *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, p. 91).

Otra esfera de exclusión son los negocios y contratos de investigación, desarrollo e innovación. El art. 8 empieza diciendo que todos los contratos de ese tipo están fuera de la LCSP, para luego después exceptuar una serie de servicios, los cuáles, sin embargo, para ser contratados por la LCSP, deben cumplir dos condiciones: a) los beneficios pertenecerán exclusivamente al poder adjudicador para utilización en su propia actividad; y b) el servicio prestado deberá ser remunerado íntegramente por el poder adjudicador. Como recuerda FERNÁNDEZ ACEVEDO[230], eses contratos nada más son que la ya explicada compra precomercial, excluida también en el art. 14 de la Directiva 2014/24/UE. De hecho, tanto los casos de inclusión y cuanto los de exclusión previstos en la LCSP y en la directiva europea son los mismos.

Asimismo, están excluidos de la LCSP los negocios y contratos relativos al dominio público, como las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales (con excepción de la concesión de obras), que son regulados por legislación específica. Igualmente, quedan excluidos los contratos privados sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, que deben obedecer la legislación patrimonial.

Además, se encuentran excluidos de la LCSP negocios y contratos financieros, como los contratos de emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, conforme la Directiva 2004/39/CE, sobre los mercados de instrumentos financieros. El mismo art. 10 excluye los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones realizadas con la Facilidad Europea

[230] FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. "Negocios y contratos excluidos". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 281-323.

de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad y los contratos de préstamo y operaciones de tesorería.

El art. 11 también enumera una serie de otros casos particulares de exclusiones: a) relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos laborales; b) las relaciones jurídicas derivadas de la prestación de un servicio público en los cuales el ciudadano abona una tarifa, tasa o precio público de aplicación general; c) los contratos de servicios de arbitraje y conciliación; d) los contratos por los que una entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio; e) los contratos de servicios relacionados con campañas políticas adjudicados por partidos políticos; y f) la prestación de servicios sociales por entidades privadas, cuando no sea necesario un contrato público, por la simple financiación de los servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas, sin límites ni cuotas, con garantía de publicidad suficiente y obediencia a los principios de transparencia y no discriminación.

El art. 6 trata de las hipótesis de exclusión vinculadas a los convenios y encomiendas de gestión[231]. En conjunto con los encargos

[231] AMOEDO SOUTO critica la opción de la LCSP de no tratar los encargos a medios propios como negocios excluidos, como ha hecho la DCP: *"Así, la Ley ya no considera el encargo a medio propio un "negocio excluido", de tal modo que asistimos en los artículos 32 y 33 a una suerte de hipertrofia expansiva del antiguo artículo 24.6 TRLCSP, ya criticado en su día. Sin embargo, se da la circunstancia de que sí se excluyen total o parcialmente de la Ley, respectivamente, las encomiendas de gestión y los convenios de colaboración dentro del sector público. Respecto de estos últimos, la exclusión es parcial, porque se incorporan nuevas reglas básicas en el artículo 6.1, que deberán sumarse a las que ya recogen los artículos 47 y siguientes de la Ley 40/2015. Esta heterogeneidad en las soluciones sistemáticas para negocios jurídicos homólogos e incluidos en los mismos preceptos de las Directivas constituye una fuente de problemas para el futuro.* ("Una valoración urgente sobre el régimen de los encargos a medios propios en la Ley 9/2017". *Observatorio de Contratación Pública*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/una-valoracion-urgente-sobre-el-regimen-de-los-encargos-medios-propios-en-la-ley-92017).

a medios propios, forman los conocidos casos de cooperación horizontal y vertical. Por su importancia, serán analizados con más detenimiento a seguir.

2.3.1.1. Los convenios

El art. 6.1 de la LCSP prevé la exclusión de los denominados convenios interadministrativos, ya analizados en el capítulo anterior del punto de vista de la normativa europea. La legislación española sigue el contenido de la DCP y niega la naturaleza de un contrato para esta relación entre entidades del sector público:

> Art. 31.1. Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual:
>
> b) Mediante sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios, en las condiciones y con los límites que se establecen en el apartado 1 del artículo 6.

Las condiciones y limites citados son aquellos mencionados anteriormente en la legislación europea y en la jurisprudencia del TJUE, y son así descritos en la LCSP: a) las entidades no pueden tener vocación de mercado, que se presume con la realización en el mercado abierto de un porcentaje igual o superior al 20% de las actividades objeto de colaboración; b) el convenio debe poseer la finalidad de garantizar la adecuada prestación de servicios públicos para alcanzar objetivos comunes; y c) la cooperación debe guiarse únicamente por consideraciones de interés público.

Es necesario hacer hincapié que esa cooperación típica de los convenios interadministrativos es una de las principales características

que los distingue de los encargos a medios propios, como concluye ZAMORA SANTA BRÍGIDA[232]: "*la subordinación típica de los encargos a medios propios, por ende, no se reproduce en la colaboración interadministrativa, fórmula organizativa que opera en un plan de igualdad entre dos o más Administraciones para la consecución de un fin común*".

Así, los convenios excluidos de la LCSP van a seguir las reglas de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que los define en su art. 47.1 como "*los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común*".

El art. 6.2, por su vez, también excluye los convenios celebrados por las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas de derecho privado, cuando su contenido no se encuentre en los contratos regulados en la LCSP u otras normas administrativas especiales. La definición de convenio de la LRJSP, arriba expuesta, engloba la posibilidad de sujetos de derecho privado.

2.3.1.2. Las encomiendas de gestión

En su art. 6.3, la LCSP retira de su ámbito de aplicación las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público. Como advierte NOGUERA DE LA

[232] ZAMORA SANTA BRÍGIDA, I. "Los encargos a medios propios en la nueva ley...", *ob. cit.*, p. 517.

MUELA[233], existe una cierta confusión entre las encomiendas de gestión y los encargos a medios propios, pero los dos instrumentos, aunque similares, son figuras distintas. La LRJSP trata las primeras en su art. 11, mientras los segundos en su art. 86.

Así, de acuerdo con el art. 11.1 de la LRJSP, las encomiendas de gestión ocurrirán cuando una Administración Pública encargar a otros órganos o entidades de derecho público la realización de actividades de carácter material o técnico de su competencia, por razones de eficacia o ausencia de medios técnicos idóneos para su desempeño. La encomienda de gestión no significa cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, permaneciendo la entidad encomendante responsable por dictar los actos o resoluciones de carácter jurídico que den soporte o en los que se integre la actividad material objeto de la encomienda[234].

Igualmente, las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la LCSP, pues entonces sería aplicable esta ley. No será firmado un contrato, pero sí un acuerdo (entre órganos administrativos o entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración) o un convenio (entre órganos y entidades de derecho público de distintas Administraciones).

2.3.1.3. Los encargos a medios propios

[233] NOGUERA DE LA MUELA, B. "Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos". En GAMERO CASADO y GALLEGO CÓRCOLES (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 683-684.

[234] Vid. CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J. A. *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 56.

Como se explicó en el capítulo anterior, la DCP, en su art. 12, definió las reglas de los encargos a medios propios, la llamada contratación "*in house"*, cuando se retira la aplicación de las reglas generales de contratación pública por el uso de otra entidad pública en la ejecución del objeto del contrato. También se comentó la influencia decisiva que tuvo la jurisprudencia del TJUE sobre los requisitos que trae la directiva, así como la idea de una interpretación funcional necesaria para tales situaciones.

La LCSP se ocupa de los medios propios desde su art. 31, intitulado "*Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal*":

> 1. Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual:
>
> a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo.

Para AMOEDO SOUTO[235], puede parecer paradójico que tal disposición se encuentre en la ley de contratos, pues, como se trataría casi de un complemento del contenido del art. 6, donde están los negocios excluidos de la LCSP. Sin embargo, según el mismo autor, la opción por incluir la operativa *in house* como una de las formas de cooperación pública es importante para relativizar una posible naturaleza obligatoria de los encargos, enfatizando el propósito

[235] AMOEDO SOUTO, C. A. "Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 369-410.

cooperativo y optimización de los medios disponibles por el sector público para satisfacer sus necesidades. Así, la LCSP asume la regulación de los medios propios, citando la complementariedad de la Ley 40/2015, que actualmente trata del tema de forma muy breve en su art. 86[236].

El art. 32 trata de los encargos realizados por los poderes adjudicadores a medios propios personificados. Aquí están los requisitos exigidos por el derecho europeo, además de algunos otros que agrega la ley española. Es la regulación de una excepción en la aplicación de la ley de contratos, basado en la posibilidad de autoorganización por parte de los poderes adjudicadores, que así están expresamente autorizados a encomendar a otros sujetos, públicos o privados, la provisión de bienes o servicios para la satisfacción de las necesidades relacionadas al cumplimento de sus competencias, sin la obligación de efectuar una adjudicación según las reglas generales de la LCSP[237].

El primero de esos requisitos es el ejercicio de un control análogo, directo o indirecto, al que tendría sobre sus propios servicios o unidades. El art. 32.2.a) explica, siguiendo la jurisprudencia del TJUE, que tal control debe significar una influencia efectiva en sus objetivos

[236] Merecen una especial atención las disposiciones del apartado 2 del art. 86, que establece las posibles justificaciones para la utilización de los medios propios:
"Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:
a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.
b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico".

[237] Véase el comentario de QUINTANA LÓPEZ sobre el citado artículo 32 en MARTÍNEZ FERNANDEZ, J. M. y BOCOS REDONDO, P. (Dir.). *Contratación del Sector Público Local. ob. cit.*, p. 205.

estratégicos y decisiones significativas. La propia LCSP estipula una presunción de existencia de control análogo: cuando el poder adjudicador, u otras entidades controladas del mismo modo, puedan conferir al medio propio encargos de ejecución obligatoria, de acuerdo con su estatuto o acto de creación, por instrucciones fijadas unilateralmente por la entidad encomendante[238]. Por su vez, la compensación por los bienes o servicios será fijada por tarifas establecidas por el poder adjudicador ajustadas a "*los costes reales de realización*", por lo que se excluiría la obtención de un margen de beneficio[239]. Además, conforme art. 32.4, está expresamente reconocida la posibilidad de que ese control sea ejercido de manera conjunta por dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí[240].

La segunda exigencia para el reconocimiento de un medio propio es más del 80% de las actividades del destinatario del encargo sean procedentes del poder adjudicador encomendante que lo controla, o por otras personas jurídicas controladas por ello. La misma norma del art. 32.2.b) define los parámetros para ese cálculo. Para VILALTA REIXACH, la fijación de realización de ese porcentaje busca evitar que la entidad actúe al mismo tiempo como medio propio de la Administración y como competidora en el mercado privado, lo que podría significar un falseamiento de la competencia para beneficiar esa entidad[241].

---

[238] TENA PIAZUELO llama a eso de una especie de "test" para la caracterización de un medio propio ("¿El recurso a los medios propios personificados como alternativa? La llamada cooperación vertical entre entidades del sector público". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, 2018, p. 315).

[239] Véase AMOEDO SOUTO, C. A. "Los encargos a medios propios e instrumentales...", *ob. cit.*, p. 393.

[240] Vid. ZAMORA SANTA BRÍGIDA, I. "Los encargos a medios propios en la nueva ley...", *ob. cit.*, pp. 508-509.

[241] VILALTA REIXACH, M. "De novo sobre os negocios xurídicos excluídos da Lei de contratos do sector público: encargos a medios propios personificados e

Ya el tercero requerimiento es que la entidad considerada como medio propio, en caso de ser una persona jurídica de derecho privado, debe tener titularidad o aportación pública de la la totalidad de su capital o patrimonio. Como recuerda MONTES SEBASTIÁN, *"este requisito ha sido contemplado de forma más restrictiva que el previsto por la Directiva 2014/24 en la que en determinados supuestos, sí se permite la participación privada en el capital del medio propio siempre y cuando no exista posibilidad de bloqueo de las decisiones"*[242].

El cuarto requisito el reconocimiento expreso de la entidad destinatario del encargo como medio propio del poder adjudicador encomendante, en los estatutos o actos de creación de la primera. Ese reconocimiento exige previamente la conformidad o autorización expresa del aludido poder adjudicador y también la verificación de que la entidad medio propio dispone de los medios personales y materiales necesarios para la realización de los posibles encargos vinculados a su objeto social.

Por su vez, los estatutos o actos de creación del destinatario del encargo deben hacer constar las seguientes informaciones: el poder adjudicador respecto del cual es medio propio, el régimen jurídico y administrativo de los futuros encargos y la previsión de prohibición de participación de licitaciones promovidas por el poder adjudicador de que es medio propio. Asimismo, la LRJSP requiere una otra exigencia: las entidades públicas que sean medios propios deben tener

transferencias de competencias entre entidades públicas". *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 56, 2018, pp. 37-70.

[242] MONTES SEBÁSTIAN, B. "Régimen jurídico de la cooperación vertical entre las entidades pertenecientes al sector público: los encargos a medios propios personificados". *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, p. 145.

obligatoriamente en su denominación la indicación ‘‘Medio Propio’’ o su abreviatura “M.P.”.

En el art. 32.3 es prevista la posibilidad de encargos inversos/ascendientes y de encargos colaterales/horizontales. El primero caso ocurre cuando es el medio propio, siendo poder adjudicador, hace un encargo a su poder adjudicador controlador. Por su vez, en el segundo caso, el medio propio encarga a una otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador. La LCSP define que, en esas situaciones, se aplican las mismas reglas del apartado 2 del art. 32, lo que es criticado por AMOEDO SOUTO[243] como siendo una imprecisión legislativa, pues aquí no existiría control análogo de tipo jerárquico, pero sí una integración organizativa para excluir relaciones onerosas entre las entidades.

Ya el art. 33 establece los requisitos para los encargos a medios propios realizados por entidades del sector público que no sean poder adjudicador. La LCSP admite tal posibilidad, pela cual no se considerará el encargo como un contrato, siempre que se cumplan básicamente las mismas condiciones mencionadas en el art. 32, en la redacción actual dada por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, y por el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo.

Por fin, es importante destacar relación entre la LCSP y la idea del ámbito objetivo de los contratos públicos en la legislación europea. La LCSP sólo tiene aplicación a prestaciones o negocios jurídicos que puedan ser calificados como contratos públicos en los términos del art. 2 de la Directiva 24/2014/UE[244]. Así, dentro de ese paradigma, es

[243] AMOEDO SOUTO, C. A. “Los encargos a medios propios e instrumentales...”, *ob. cit.*, p. 399.

[244] Art. 2, 5): *“Contratos públicos: los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo*

necesario recordar que no todo negocio jurídico celebrado por un poder adjudicador debe tener la consideración de contrato público, debiendo moldarse a la adquisición de obras, suministros o servicios y también proporcionar un beneficio económico directo para el poder adjudicador contratante[245].

Según GIMENO FELIÚ, la calificación de una relación contractual como contrato público "*no gravita sobre la idea del quien, sino sobre el criterio de una relación contractual donde existe como causa en su prestación un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas y existe financiación pública a tal fin, lo que justifica la aplicación de los principios de transparencia y concurrencia inherentes a la contratación pública*" [246]. Así, tales requisitos deben ser analizados para determinar si una prestación es o no un contrato público, y, por lo tanto, si la LCSP es aplicable.

2.4. Las clasificaciones de los contratos

Entre varias otras posibilidades, los contratos a los que se hace referencia en la LCSP se suelen clasificar de tres formas: en relación con su objeto; en relación con su plena sujeción a las normas europeas; y en relación con el régimen jurídico aplicable[247].

---

objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios".

[245] Vid. apartado 49 de la STJUE *Helmut Müller GmbH*, asunto C 451/08, de 25 de marzo de 2010: "*Tanto por su naturaleza como por la estructura y los objetivos de la Directiva 2004/18, dicha prestación debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador*".

[246] GIMENO FELIÚ, J. M. "Las fronteras del contrato público. Depuración conceptual de los negocios Jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del derecho europeo". *Revista española de derecho administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 19-60.

[247] Vid. MELLADO RUIZ, L. "El ámbito objetivo de la LCSP". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 575-607.

2.4.1 Por objeto contractual

Al considerar su objeto, los contratos se pueden dividir en tres grupos distintos: contratos típicos (aquellos que poseen un concepto expreso en la LCSP), contratos mixtos (aquellos que mezclan en su objeto más de un tipo de prestación), y contratos atípicos (categoría residual para los contratos especiales que no se encajan en las hipótesis precedentes).

2.4.1.1. Los contratos típicos

También llamados de *nominados*, son los contratos descritos a partir del art. 12 de la LCSP: obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios. Cuando una entidad del sector público firmar un contrato de una de esas especies, su regulación debe seguir obligatoriamente las disposiciones presentes en la LCSP. Por su vez, como recuerda el art. 12.2, todos los demás contratos del sector público seguirán las normas de derecho administrativo o privado aplicables en el caso concreto[248].

[248] VALCÁRCEL FERNÁNDEZ subraya la importancia fundamental de calificarse adecuadamente un contrato: *"La calificación de un contrato forma parte de la interpretación primaria que se hace del negocio, puesto que implica su ligazón (subsunción) a alguna de las tipologías individuales que se reconocen normativamente y a las que se aplican disposiciones individualizadas. Se corresponde con una operación lógica de naturaleza interpretativa o valorativa que ha de realizar el ente contratante en el estadio inicial de concepción del negocio. Para llevarla a cabo -la operación de calificación- es imprescindible partir de la evaluación de las prestaciones que se quiera que asuma cada una de las partes contratantes y de la forma en que se quiera que las asuman."* ("La delimitación de los tipos contractuales". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 418).

En relación con la legislación anterior, son apuntadas tres importantes modificaciones: la desaparición de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado y de los contratos de gestión de servicios públicos, y la aparición de los contratos de concesiones de servicios, oriundos de la transposición de la Directiva 2014/23/UE[249].

Los *contratos de obras* son definidos por su objeto: ejecución de una obra, con o sin proyecto, o realización de uno de los trabajos del Anexo I; o realización de una obra que cumpla las exigencias dictadas por la entidad del sector público contratante que tenga influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra. Según GIMENO FELIÚ[250], ese concepto adoptado es de naturaleza funcional, basada en la noción de una "*influencia decisiva*" que la entidad del sector público debe ejercer en el contrato.

La LCSP precisa "obra" como un conjunto de trabajos de construcción o ingeniería civil en un bien inmueble. Añadiese, aún, también los trabajos de modificación de la forma o sustancia de terreno o su vuelo, o la mejora del medio físico o natural[251]. Además, la obra objeto del contrato debe ser, en principio, completa, lo que significa, en las palabras de GONZÁLEZ GARCÍA, "*de tal que pueda ser afectada directamente a la finalidad pública que motivó su construcción*"[252]. No

[249] Véase PINTOS SANTIAGO, J. y DE LA MORENA LÓPEZ, J., *ob. cit.*, pp. 102-106.

[250] GIMENO FELIÚ, J. M. "La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades". *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, 2017, pp. 7-30.

[251] Según VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, la mención al medio físico o natural es importante para encuadrar como contratos de obras a los diversos tipos de trabajos de naturaleza forestal y ambiental que realizan las Administraciones ("La delimitación de los tipos contractuales", *ob. cit.*, pp. 424-427).

[252] GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. "Contratos de obras". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público.* Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 1394.

obstante, la propia norma permite la contratación de proyectos independentes de partes de una obra completa, desde que sean susceptibles de uso independiente o puedan ser sustancialmente definidas, mediante autorización administrativa del órgano de contratación.

El *contrato de concesión de obras* es definido en el art. 14 como el contrato que posee como objeto la realización de una obra por el cesionario, incluso restauración y reparación de construcciones existentes y la conservación y mantenimiento de elementos construidos. Como contraprestación, el cesionario puede recibir el derecho de explotar la referida obra, o tal derecho más el pagamento de un precio.

El cesionario tiene la obligación de realizar la obra, pero recoge el derecho de explotación económica de ella. El principal rasgo que diferenciará la concesión de otros tipos de contratos es que, al cesionario, en su explotación, se transfiere el riesgo operacional/económico. La segunda parte del art. 14.4 conceptúa lo que sería tal riesgo operacional[253]:

> Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de

[253] Analizando el concepto de la LCSP de riesgo operacional como exposición a las incertidumbres del mercado, GIMENO FELIÚ explica que tal riesgo puede significar el enfrentamiento a la competencia de otros operadores, posibles desajustes entre la oferta y la demanda de los servicios, riesgo de insolvencia de los deudores de los precios de los servicios, riesgos que los gastos de explotación no sean cubiertos por los ingresos, o el riesgo de responsabilidad por un prejuicio debido a un problema en la prestación de los servicios. Todavía, otros riesgos como aquellos relacionadas a mala gestión o errores de apreciación del contratado no son cualificados como riesgo operacional, pues son inherentes a todos los tipos de contratos (*La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, p. 167).

> la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Este mismo concepto también fundamenta los *contratos de concesión de servicios*, que ocurren cuando uno o más poderes adjudicadores encomiendan[254] onerosamente a una o más personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio de titularidad o competencia de eses poderes adjudicadores. Asimismo, la contrapartida del cesionario será el derecho de explotación del servicio, o tal derecho más el recibimiento de un precio, siempre con la presencia del aludido riesgo operacional, que será el elemento diferenciador con relación a los contratos de servicios.

El art. 16 discurre sobre los *contratos de suministro*, que son definidos como "*los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles*". En este tipo de contratación, según el apartado 2, no están comprendidos los contratos que tengan como objeto propiedades incorporales o valores negociables, ya citados anteriormente entre aquellos negocios excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP.

El apartado 3 del mismo artículo establece como siendo contratos de suministro algunas situaciones que podrían generar ciertas dudas de interpretación: a) entrega de una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin definición previa de la cuantía total,

[254] MELLADO RUIZ critica el uso de la expresión "encomienda", pues no sería una prestación de tal naturaleza, pero sí una relación sinalagmática contractual, pues las entidades adjudicadoras no "encargan" la gestión del servicio, sino que jurídicamente la "contratan" ("El ámbito objetivo de la LCSP", *ob. cit.*, p. 588).

que dependerá de las necesidades del adquirente; b) adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para tratamiento de la información, así como de sus dispositivos y programas, y la respectiva cesión del derecho de uso; c) fabricación de cosas que deban ser elaboradas según características peculiares establecidas previamente por la entidad contratante, mismo que ésta aporte los materiales necesarios; y d) adquisición de energía primaria o transformada.

Es importante hacer hincapié en la modernización del contrato de suministro que busca la LCSP, debido a las veloces transformaciones que acontecen en ese tipo de negocios, como bien destaca VALCÁRCEL FERNÁNDEZ:

> En fin, aunque históricamente, la adquisición de bienes muebles que el contratista debía entregar periódicamente a la Administración en fases sucesivas fue la modalidad básica que caracterizó al contrato de suministro, esa visión ha quedado ampliamente superada, por haberse integrado en el mismo otras manifestaciones muy variadas que hacen que el objeto de este contrato pueda estar constituido por una categoría amplia y dispar de prestaciones. Todas ellas, en la forma que hemos visto, configuran hoy en día las señas de identidad de este tipo contractual[255].

El último de los contratos típicos de la LCSP son los *contratos de servicios*, que son definidos como aquellos contratos de prestaciones de hacer relacionadas al desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado, que debe ser distinto de una obra o suministro. La ley también veda que el objeto de esos contratos sean servicios vinculados al ejercicio de la autoridad inherente de un poder público.

[255] VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "El contrato de suministro en la Ley 9/2017". *Gabilex*, núm. extra 2, 2019, p. 752.

Un punto de vista más o menos común es que, así como en la DCP (art. 2.1.9), la LCSP trató a los contratos de servicios como se tuviesen una naturaleza residual, que serían clasificados como de servicios aquellos contratos que no se encajarían en las otras posibilidades legales. Todavía, quizás lo más importante aquí es resaltar exactamente la ausencia de transferencia de riesgo operacional, típico de las concesiones, no importando que ese servicio sea considerado público o no[256], incluso para o caso de gestión indirecta de servicios públicos[257].

2.4.1.2. Los contratos mixtos

De acuerdo con el art. 18 de la LCSP, son considerados contratos mixtos aquellos que prevean prestaciones correspondientes a más de una especie de los contratos típicos. Por su vez, el art. 34.2 limita la utilización de esos contratos mixtos exclusivamente cuando existan prestaciones objeto de diferentes tipos contractuales directamente vinculadas entre sí y sean complementares[258], exigiendo consideración y tratamiento como una "*unidad funcional dirigida a la satisfacción de*

[256] Veáse MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. "Los diferentes tipos de contratos para prestar servicios públicos tras la LCSP y el difícil equilibrio entre los riesgos y la atracción de inversiones privadas". *Gabilex*, núm. extra 2, 2019, pp. 753-782.

[257] Vid. MÍGUEZ MACHO, L. "Ámbito objetivo y subjetivo. Especialidades del ámbito local". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, p. 437.

[258] STS 425/2021, de 8 de febrero: "*Atendiendo al objeto del contrato, esos motivos técnicos llevan a que se vea pertinente que prestaciones dispares las asuma un sólo adjudicatario. Tales motivos no se identifican sin más con una más eficaz gestión de la actividad licitada, sino que deben guardar coherencia con el interés público llamado a satisfacerse con el contrato, en función de la idoneidad del contratista para asumir prestaciones de diferente naturaleza a lo que se añade que tal acumulación de prestaciones suponga una ventaja económica*".

una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante"[259].

El tratamiento de la LCSP para esa especie de contratación sigue las reglas de las directivas europeas de 2014[260], que apuesta en la disposición expresa de determinados criterios para establecer el régimen jurídico al cual el contrato estará sometido. El art. 18 de la LCSP fija las normas que deben ser usadas en la preparación y adjudicación de los contratos mixtos[261], mientras que se regulará su ejecución, cumplimiento y extinción a través del art. 122.2[262].

La primera situación que regula la ley es cuando el contrato mixto tenga prestaciones relativas a dos o más contratos de obras, suministros o servicios se debe utilizar el régimen jurídico vinculado a la prestación principal[263]. Todavía, como continua la norma, caso el

[259] Según ALTEMIR FUMANAL, "*la regulación de los contratos mixtos atiende a una doble finalidad. Por un lado, atender las necesidades de los entes del sector público de licitar contratos complejos con pluralidad de prestaciones para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. Por otro lado, persigue garantizar la aplicación de las normas de contratación pública y el cumplimiento de los principios de concurrencia, libre competencia y acceso a las licitaciones*" ("Los contratos mixtos". *Anuario Aragonés del Gobierno Local,* núm. 7, 2016, p. 424).

[260] Para un análisis de la normativa europea sobre los contratos mixtos, véase LAZO VITORIA, "La fusión de prestaciones de distinta clase en un único contrato. Estado de la cuestión y nuevo régimen jurídico establecido por las directivas de contratación pública de 2014", en GIMENO FELIÚ (Dir.), *Observatorio de contratos públicos 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 223-246.

[261] La obediencia de la LCSP a los criterios utilizados en la Directiva 2014/24/UE para la preparación y adjudicación de los contratos mixtos es enfatizada por MORENO MOLINA (*Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de contratos del sector público 9/2017*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 118).

[262] El aludido art. 122 trata de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, siendo que la mención a los contratos mixtos es la siguiente: "*En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos*".

[263] Vid. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La delimitación de los tipos contractuales", *ob. cit.*, pp. 473).

contrato mixto sea compuesto por servicios especiales del anexo IV y otros servicios, o por servicios y suministros, el objeto principal será determinado por la prestación que tenga el mayor valor estimado.

El segundo caso ocurre cuando el contrato tiene prestaciones de contratos de obras, servicios o suministros, y también de concesiones de obra o servicios. Aquí hay dos reglas: a) si las prestaciones no son separables se atenderá a la naturaleza de la prestación principal; b) si las prestaciones son separables, el contrato mixto utilizará las normas relativas a los contratos de obras, suministros o servicios cuando el valor estimado de esas prestaciones ultrapasar los umbrales de los contratos de eses tipos sujetos a regulación armonizada[264]. Si no es el caso, serán aplicables las normas de los contratos de concesión de obras o concesión de servicios.

La tercera cuestión es cuando el contrato mixto es formado por prestaciones de contratos regulados por la LCSP y de contratos reglados por otras leyes. Aquí, también existirán dos posibilidades: a) si las prestaciones no son separables se tendrá en cuenta el carácter de la principal; b) si las prestaciones son separables, entonces se aplicará la LCSP.

2.4.1.3. Los contratos atípicos

También conocidos como especiales, son aquellos contratos cuyo objeto que no posee una definición específica en la LCSP, pero que pueden ser realizados por los poderes adjudicadores. Para MELLADO RUIZ[265], actualmente se trata de una categoría residual y de

[264] Vid. CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J. A. *Comentarios a la Ley 9/2017...*, *ob. cit.*, p. 273.

[265] MELLADO RUIZ, L. "El ámbito objetivo de la LCSP", *ob. cit.*, p. 598.

interpretación casual, principalmente debido a la ampliación del ámbito objetivo de aplicación del contrato de servicios.

Son definidos por el art. 25.1.b) como los contratos administrativos especiales aquellos así expresamente definidos por ley, o con objeto distinto de los contratos típicos de la LCSP, desde que posean naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública una competencia especifica de esa Administración.

2.4.2. Por su plena sujeción a las normas europeas

Es la división ampliamente conocida entre los contratos sujetos a una regulación armonizada (SARA) y los contratos no sujetos a esa regulación (no SARA)[266]. En la definición del art. 19.1, los contratos sujetos a regulación armonizada son aquellos contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro o servicios, firmados por un poder adjudicador con un valor estimado superior a los umbrales previstos en los artículos 20 a 23. Sin embargo, el apartado 2 del mismo art. 19 trae una larga lista de excepciones a esta definición, excluyendo de las reglas armonizadas una serie de contratos, independientemente de su valor estimado.

El propio Preámbulo de la LCSP explica la utilidad de esa división en la ley:

---

[266] Para una crítica del mantenimiento de esa diferenciación en la LCSP de 2017, véase MORENO MOLINA, J. A. *Hacia una compra pública responsable y sostenible..., ob. cit.,* pp. 122-125.

> Desde un punto de vista objetivo, el otro eje fundamental en el que se apoya el sistema de la regulación de los contratos públicos contenido en la presente Ley, como ya se hacía en la regulación anterior, es el relativo a la distinción entre los contratos sujetos a regulación armonizada y aquellos que no lo están, basada en la superación de ciertas cuantías económicas, o umbrales comunitarios, lo que nos permite, a su vez, diferenciar el régimen jurídico que se aplica a cada uno de ellos, proveniente de la anterior regulación de 2007 y que se mantiene en la actualidad.

Entonces, a lo largo de la LSCP, hay una gran cantidad de disposiciones que variarán dependiendo si la clasificación de un contrato es SARA o no SARA. En términos prácticos, quizás la diferencia más importante es la obligatoriedad o no de la publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por otro lado, como comentado anteriormente, la diferenciación entre contratos SARA y no SARA no influenciará en la aplicación de los principios generales previstos en el art. 1 de la LCSP, así como la sujeción a las normas fundamentales y los principios generales del TFUE cuando exista un "interés transfronterizo cierto"[267].

2.4.3. Por el régimen jurídico aplicable

De acuerdo con el art. 24 de la LCSP, los contratos del sector público pueden estar sometidos al régimen jurídico de derecho administrativo o de privado. Ante eso, la LCSP clasifica los contratos como administrativos o privados.

Son considerados administrativos los contratos típicos (obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios)

[267] En eso sentido, véase RAZQUIN LIZARRAGA, M. y VÁZQUEZ MATILLA, J. *La adjudicación de contratos públicos en la nueva ley de contratos del sector público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, pp. 50-53.

siempre que se celebren por una Administración Pública[268]. No obstante, entre esos, el art. 25.1.a) establece que serán considerados privados una lista de algunos contratos con objeto de servicios financieros, creación e interpretación artística y literaria, y de espectáculos, así como los de suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos. También serán contratos administrativos aquellos considerados especiales, cuya definición ha sido estudiada en sección anterior.

El art. 25 enuncia que los contratos administrativos tendrán su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción regidos por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, con aplicación supletoria de las demás normas de derecho administrativo y, en último caso, de las normas de derecho privado. Sin embargo, en los contratos administrativos especiales se aplicarán primeramente sus normas específicas, para sólo después se utilizar las normas de los otros regímenes (en la orden: primero la LCSP, después normas de derecho administrativo y, por último, normas de derecho privado).

Por su vez, los contratos privados son: 1) los contratos celebrados por las Administraciones Públicas con objeto diverso de los mencionados en las letras a) y b) del art. 25.1; 2) los contratos celebrados por entidades del sector público que son poderes adjudicadores no Administración Pública; y 3) los contratos celebrados

[268] Para SAZ, "*el legislador ha optado, de esta manera, por identificar los contratos administrativos nominados con la definición de los contratos que utiliza el Derecho europeo, en el bien entendido de que en la nueva ley, todos los contratos calificados pueden ser administrativos -si, además, se celebran por administraciones públicas- o privados, sin que, a diferencia de lo que ocurría antes con el contrato de gestión de servicios públicos o inicialmente con el contrato de colaboración público privada, algunos de estos tipos contractuales quede reservado a las Administraciones públicas.*" ("El régimen jurídico de los contratos del sector público. Contratos administrativos y contratos privados (arts. 24, 25, 26 y 27 LCSP/2017)". En GIMENO FELIÚ (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 555).

por entidades del sector público que no sean poder adjudicador. A partir de esta división entre los posibles contratos privados, se establecerá el régimen legal aplicable en cada situación[269].

Los contratos privados celebrados por Administraciones Públicas, cuando no existan normas específicas, tendrán su preparación y adjudicación regidos por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo (relativas a los contratos administrativos), y sus normas de desarrollo, bien como, de forma supletoria, por normas de derecho administrativo o de derecho privado. Por otro lado, sus efectos, modificación y extinción estarán sujetos a las normas de derecho privado. La excepción son los contratos privados referidos en los números 1.º y 2.º del art. 25.1.a), cuya preparación y adjudicación siguen los Libros Primero y Segundo de la LCSP, y, cuando sujetos a regulación armonizada, también sus condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución deberán seguir las normas de la LCSP[270].

Con relación a los contratos privados realizados por poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, su preparación y adjudicación serán regidos por el Título I del Libro Tercero de la LCSP. Aquí es importante subrayar que el art. 317 establece que la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por un poder adjudicador no Administración Pública deben seguir las reglas de los contratos administrativos, colocadas las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo. Ya la adjudicación de los contratos no SARA está descrita en el art. 318, con la posibilidad de adjudicación directa para el caso de

[269] Vid. GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J. "Ámbito subjetivo y objetivo", *ob. cit.*, p. 80.

[270] MELLADO RUIZ tiene la opinión que todos los contratos privados firmados por las Administraciones Públicas deberían tener ese régimen más rígido ("El ámbito objetivo de la LCSP", *ob. cit.*, pp. 606-607).

los contratos abajo del umbral de contrato menor y el uso de cualquier de los procedimientos de la LCSP para los demás contratos, con excepción del negociado sin publicidad[271].

Con respecto a sus efectos y extinción, todos los contratos privados de los poderes adjudicadores no Administración Pública obedecen las normas de derecho privado, y también las reglas en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación, del párrafo primero del art. 319, así como los arts. 204 y 205 sobre la causa de resolución del contrato debido a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato.

Por fin, los contratos firmados por entidades del sector público que no sean poder adjudicador tienen su adjudicación reglada a través de instrucciones internas, en los términos del art. 321, que deben garantizar "*la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145*". Por su vez, los efectos, modificación y extinción de esos contratos observan las normas de derecho privado.

2.5. Planificación y preparación de las contrataciones

[271] Véase DÍEZ SASTRE, S. "Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: el régimen jurídico aplicable". En DÍEZ SASTRE, S. (Ed.). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*. A Coruña: Iuris Utilitas, 2018, pp. 27-28.

El art. 28.1 de la LCSP establece que:

> Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación

Es, básicamente, la preocupación con una adecuada planificación de la contratación pública, que busca garantizar el respeto a los limitados fondos públicos, evitándose contratos desnecesarios, y también maximizar la eficiencia de las contrataciones, de forma que ellas satisfagan realmente las necesidades de la Administración Pública y de la sociedad en general[272].

Por otro lado, la ley deja claro que la manera elegida, y su correspondiente motivación, para la satisfacción del interés público a través del contrato debe constar de la documentación, otorgando más trasparencia a ese tipo de decisiones[273]. Esa preocupación es un grande avance, pues las legislaciones anteriores no poseían una regulación

[272] Para CASARES MARCOS, la idea del art. 28 es la traducción del deber indisponible de los contratos públicos de perseguir una finalidad concreta de interés público, en el ámbito de competencia de cada órgano de contratación (en MARTÍNEZ FERNANDEZ y BOCOS REDONDO (Dir.), *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, p. 162).

[273] Véase NAVARRO GONZÁLEZ, R. "La motivación de las decisiones en la preparación y adjudicación del contrato". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1521-1522.

más detallada sobre la fase de planificación de las contrataciones, poniendo más relevo en la licitación y en la adjudicación[274].

Después de detectada la necesidad pública, la planificación de la contratación pasa a buscar la forma de resolverla, examinando los posibles objetos contractuales disponibles. El art. 99 de la LCSP dispone que el objeto del contrato público debe ser determinado, a partir de las necesidades y funcionalidades concretas buscadas, pero sin imponer una solución única a los operadores económicos, principalmente cuando se trate de contratos en los que se pueda agregar innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales[275]. Aunque las posibles soluciones del objeto del contrato se queden relativamente en abierto, la planificación de la contratación necesita definir otros elementos relativos al futuro contrato y a la preparación de la adjudicación.

2.5.1. La duración del contrato

[274] Para VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, tal omisión ocasionaba graves problemas: "*En efecto, entre las consecuencias negativas aparejadas a la no planificación o a una planificación deficiente, suelen citarse: a) la realización de compras inconsistentes o innecesarias; b) el abuso injustificado a la aplicación de los procedimientos de adjudicación menos competitivos; c) la desatención de los que se hayan fijado como objetivos estratégicos de la organización; d) el incremento de prácticas corruptas; e) la aparición de problemas durante la ejecución del contrato que conlleven la necesidad, de ser posible, de su modificación, o, de no serlo, su resolución anticipada; f) la no presentación de ofertas a las licitaciones con los mejores precios y condiciones posibles por parte del mercado, lo que redundará en un mayor gasto público; g) menor número de licitadores que concurren a los procedimientos, ergo, menor competencia, etc.*" ("La planificación, asignatura pendiente en la cultura de una buena gestión de la contratación pública". *Observatorio de contratación pública*, 2021. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/la-planificacion-asignatura-pendiente-en-la-cultura-de-una-buena-gestion-de-la).

[275] Vid. RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R. "Objeto, causa y plazo de duración de los contratos públicos", en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 720-724.

La duración de los contratos públicos es definida en el art. 29 de la LCSP, a partir de la determinación que a fijación de esa duración debe considerar la naturaleza de las prestaciones, las características de la financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia su realización, con la posibilidad de la realización de prórrogas en caso de previsión contractual. Las reglas específicas y la duración máxima para los diferentes tipos de contratos, así como de las posibles prórrogas, se encuentran en el aludido artículo.

Como explica TEJEDOR BIELSA[276], tanto el plazo como las prórrogas pueden afectar la competencia en la contratación pública, pudiendo ser usados para favorecer o perjudicar determinados operadores económicos. Un contrato con plazo excesivo, por ejemplo, que impide licitaciones sucesivas, se torna una barrera de acceso a otros licitadores. Por otra parte, plazos muy cortos en contratos que demanden inversiones relevantes pueden también ser una barrera para operadores económicos que no tengan esas inversiones ya en sus activos.

De esa manera, la correcta elección del plazo de duración de un contrato surge como una parte fundamental en la planificación de la contratación. Esa decisión debe constar expresamente en el proceso debido a su importancia, como concluyen RAZQUIN LIZARRAGA y VÁZQUEZ MATILLA: "*Es necesario, además, comprender que la duración no es algo que pueda decidirse arbitrariamente. Debiera justificarse en el expediente el porqué de la duración*"[277].

[276] TEJEDOR BIELSA, J. "El principio de la competencia en la contratación pública. Delimitación, riesgos y garantías". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.). *Observatorio de los contratos públicos 2018*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, pp. 395-441.

[277] RAZQUIN LIZARRAGA, M. y VÁZQUEZ MATILLA, J. *La adjudicación de contratos públicos...*, *ob. cit.*, p. 107.

2.5.2. Los costes económicos

En cuanto a los costes económicos de la contratación, la LCSP habla de tres conceptos distintos, cada uno con una definición particular: presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato.

El presupuesto base de licitación, en los términos del art. 100, es el límite máximo de gasto que el órgano de contratación se compromete para el contrato, IVA incluido. Para su elaboración, los órganos de contratación deben tener en cuenta los precios del mercado[278], de forma a evitar que la contratación en cuestión ocurra con sobreprecio o con valores inferiores a los necesarios para la prestación, pero también para cumplir apropiadamente los requisitos de publicidad y del procedimiento de adjudicación correspondiente, como determina el art. 99.3. Además, debe ser realizado el desglose de ese presupuesto base de licitación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con los costes directos e indirectos y todos los otros eventuales gastos para su formación[279].

[278] Para una discusión del concepto de valor de mercado, véase GÓMEZ GUZMÁN, J. C. "Valores económicos de los contratos: coste y beneficio (el precio)". *Gabilex*, núm. extra 2, 2019, pp. 567-584.

[279] Para MOREO MARROIG, el desglose del presupuesto base forma parte también de la obligación traída por la LCSP de una definición clara de las necesidades de la Administración y la consecuente idoneidad del contrato para satisfacerlas. Igualmente, puede servir a dos otros propósitos importantes: evitar procedimientos de licitación con presupuestos inferiores al coste de la prestación y ayudar a fijar condiciones para definir ofertas anormalmente bajas ("Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 760-761).

Ya el valor estimado de la contratación está regulado en el art. 101 de la LCSP. Como indica PEÑA OCHOA[280], el concepto de valor estimado nasce en la Directiva 2004/18/CE como método para calcular os valores de las contrataciones que debían estar sujetas a aplicación directas de las normas europeas. En su art. 5, la Directiva 2014/24/UE define las formas para el cálculo del valor estimado de las diversas contrataciones, y su texto es seguido por el mencionado art. 101 de la LCSP. A partir de esos cálculos preconizados para el valor estimado se llegará a la delimitación de los contratos públicos que deben estar sujetos a regulación armonizada.

Por fin, el precio del contrato no es calculado, como en el caso del presupuesto base y del valor estimado, por la Administración en el momento de la planificación de la contratación, pero sí es, conforme el art. 102, el precio pago "*al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado*". No obstante, es obligación del órgano de contratación estimarlo adecuadamente en el presupuesto base de licitación, y formularlo apropiadamente en los pliegos a través de precios unitarios de los componentes o unidades de la prestación o de precios a tanto alzado de la totalidad o parte de la prestación del contrato, como enuncia el art. 102.4. De la misma forma, también es responsabilidad de una correcta planificación la previsión de posibilidad o no de la revisión de precios, así como de sus términos.

2.5.3. La división en lotes

[280] PEÑA OCHOA, A. "Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva ley de contratos del sector público de 2017". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 933-942.

Ya en su art. 1.3, la LCSP declara que una de sus finalidades es facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública. Esta es una medida basada en una recurrente tentativa de la Unión Europea en ayudar a promover la importancia de las PYMEs como "*la coluna vertebral de la economía de la UE*"[281], pues representan más de mitad del PIB de Europa y son responsables por dos de cada tres empleos. Así, la Directiva 2014/24/UE demostraba la preocupación en dar acceso a la contratación para las PYMES, como en el caso de la división en lotes del objeto licitado[282].

Si la legislación anterior[283] colocaba la división del objeto del contrato casi como una excepción[284], la LCSP 2017 transforma la división en lotes en una regla general[285], cuya no utilización requerirá justificación por parte del órgano de contratación[286]:

---

[281] Vid. la Comunicación de la Comisión *Una estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital*, COM(2020) 103 final, del 10 de marzo de 2020. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0103.

[282] Véase GALLEGO CÓRCOLES, I. "El fraccionamiento del contrato y la división en lotes". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 138, 2015, pp. 76-85.

[283] Art. 86.3 del TRLCSP: *Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto*.

[284] Vid. CASTRO MARQUINA, G. "La división en lotes: panorama y propuestas en la aplicación de las nuevas Directivas sobre contratación pública". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49-50, 2017, pp. 500-566.

[285] Como recuerda VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, la división en lotes favorece a las empresas que, por su tamaño y especialización, sólo pueden de uno o algunos de los lotes de la licitación, sin la obligación de asumir la ejecución completa del contrato ("La contratación pública al servicio de las pequeñas y medianas empresas". *Gabilex*, núm. extra 2, 2019, pp. 239-240).

[286] Véase, por ejemplo, la Resolución 1149/2021, de 9 de septiembre, del TACRC: "*Por el contrario, por el órgano de contratación debieron haberse justificado las razones por las cuales se consideró, en su caso, necesario que la prestación de un servicio como el que es objeto del contrato se hiciera a través de una entidad que realice el suministro en "bloque" de los distintos equipos, explicando los motivos por los cuales la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaría la correcta ejecución del mismo*".

> Art. 99.3: Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.
>
> No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

Además de los contratos de concesión de obras, la ley también considera como motivos válidos para la no división del objeto del contrato en lotes: a) riesgo de restricción injustificada de la competencia, que dependerá de informe previo de la autoridad de defensa de la competencia correspondiente sobre esa circunstancia[287]; y b) cuando la realización independiente de las diversas prestaciones dificulte la correcta ejecución técnica del objeto del contrato, o por la propia naturaleza del objeto, debido a la necesidad de coordinación de la ejecución de las diferentes prestaciones. De acuerdo con SANTIAGO FERNÁNDEZ[288], esos motivos mencionados en la ley son sólo dos de los posibles, existiendo la posibilidad de muchos otros, siempre que estén debidamente justificados.

En caso de división en lotes del contrato, la LCSP permite que el órgano de contratación coloque limitaciones sobre el número de lotes para los que un mismo licitador puede presentar ofertas o sobre el número de lotes que se puede adjudicarse a cada licitador. Todavía,

---

[287] Para TEJEDOR BIELSA, aunque la ley no establezca el efecto de ese informe, "*siendo preceptivo, parece lógico considerar determinante, que no vinculante*" ("El principio de la competencia en la contratación pública...", *ob. cit.*, p. 408).

[288] SANTIAGO FERNÁNDEZ, M. J. "División en lotes: nueva configuración del objeto del contrato en la Ley de Contratos del Sector Público". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, p. 90.

además de la obligación de justificarse tales limitaciones en el expediente[289], ellas también deben estar expresamente indicadas en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El art. 99.5 trata de la llamada "oferta integradora". En las palabras de CHINCHILLA PEINADO[290], ocurre cuando al licitador es permitido presentar una oferta económica alternativa, para una doble valoración con la aplicación de los mismos criterios de las ofertas individuales, posibilitando una comparación objetiva entre las diferentes ofertas. En teoría, la oferta integradora tiene el objetivo de aprovechar la economía de escala para la adjudicación concomitante de lotes.

Para la realización de una oferta integradora, la LCSP exige: a) la previsión en el pliego y en el anuncio de licitación, con la descripción de las posibles combinaciones aceptables y las exigencias de solvencia y capacidad requeridas; b) supuestos con varios criterios de adjudicación; c) evaluación comparativa previa para analizar si las ofertas presentadas por un licitador para una combinación particular de lotes cumple mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación para tales lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados, considerados aisladamente; y d) los operadores económicos deben acreditar la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente,

[289] Según CARRODEGUAS MÉNDEZ, "*cobra especial importancia la justificación que efectué el órgano de contratación en el expediente, en la medida en que esta limitación afecta al principio de competencia, y además puede generar riesgo de colusión y reparto de mercado*" ("El acceso de la PYME a la compra pública desde la perspectiva de la garantía del principio de libre competencia". *Gabilex*, núm. 22, 2020, p. 238).

[290] CHINCHILLA PEINADO, J. A. "La preparación del contrato. En especial, solvencia y criterios de adjudicación". En DÍEZ SASTRE, S. (Ed.). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*. A Coruña: Iuris Utilitas, 2018, p. 87.

o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes para los cuales tengan la pretensión de licitar.

2.5.4. Las consultas preliminares del mercado

La regulación europea de las consultas preliminares del mercado empieza con el art. 40 de la DCP[291], aunque un concepto similar, el "diálogo técnico", ya se ha mencionado en documentos anteriores de *soft law* e incluso en la Directiva 2004/18/CE[292]. La LCSP transpone esa novedad en su art. 115, que define esas consultas de la siguiente manera: "*Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento*".

Según VALCÁRCEL FERNÁNDEZ[293], el conocimiento del mercado es una condición esencial para una contratación pública eficaz. La descripción de las necesidades de la Administración y la identificación de las diferentes soluciones disponibles para la satisfacción de esas necesidades es, quizá, el punto más importante para una adecuada planificación de las compras públicas. Sin embargo, es frecuente que

[291] Para un análisis del texto de la directiva, véase LÓPEZ DONAIRE, M. B. "Las consultas preliminares del mercado a la luz de las nuevas directivas". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 147, 2017, pp. 70-78.

[292] Vid. GUERRERO MANSO, C. "Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1051-1052.

[293] VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "Las consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las «compras públicas inteligentes»". *Revista española de derecho administrativo*, núm. 191, 2018, pp. 77-106.

los órganos de contratación no dispongan del conocimiento suficiente sobre todas las posibles alternativas que el mercado ofrece para sus necesidades[294], lo que, en muchos casos, ha ocasionado la realización de licitaciones deficientes.

Exactamente para llenar estas posibles lagunas de conocimiento del órgano de contratación es que la LCSP permite que en las consultas preliminares se recurra al asesoramiento de expertos, autoridades independientes, colegios profesionales y, excepcionalmente, de operadores económicos del mercado[295]. Por intermedio de las consultas, la Administración adquiere un conocimiento especializado sobre el objeto de la licitación que anteriormente no disponía. Puede ser considerado como un legítimo proceso de colaboración entre el sector público y el privado que lleva a una contratación pública más cualificada[296].

Además de esa finalidad "técnica", las consultas preliminares del mercado también sirven como fuente de información a los operadores económicos sobre los planes y los requisitos exigidos por el órgano de

[294] En las palabras de MIÑO LÓPEZ: "*El propósito más evidente de toda CPM es la obtención de información y guía que contribuya a la exitosa conclusión de la licitación. En principio, los órganos de contratación acuden a esta vía debido a su incapacidad para describir el objeto del contrato, para identificar los mejores criterios de adjudicación o las especificaciones técnicas y funcionales más adecuadas (objeto* primario *de la CPM).*" ("Defensa de la competencia y contratación pública". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES. I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 373).

[295] La excepcionalidad de la participación de los operadores económicos en las consultas preliminares que prevé la LCSP es criticada por VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, una vez que la Directiva 2014/24/UE no hace tale restricción. Como alude la citada autora, parece un contrasentido pretender consultar el mercado sin oír a sus principales protagonistas ("Las consultas preliminares del mercado como mecanismo...", *ob. cit.*).

[296] Véase el comentario de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ sobre el art. 115 en MARTÍNEZ FERNANDEZ, J. M. y BOCOS REDONDO, P. (Dir.). *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, p. 611.

contratación para la participación en el futuro procedimiento. Esa información previa compartida por la Administración anticipa algunos requisitos y condiciones de la licitación, permitiendo que los operadores económicos preparen sus ofertas de manera más adecuada[297].

Obviamente, el acceso previo de terceros o incluso de operadores económicos tienen a las intenciones del órgano de contratación podría configurar una vulneración de los principios de igualdad y competencia[298], pues, en teoría, los participantes de las consultas tendrían mejores condiciones de formular sus ofertas debido a las informaciones obtenidas. A la luz de esto, la LCPS toma una serie de medidas para asegurar la preservación de la plena competencia en el momento de la licitación, principalmente porque, en el último párrafo del art. 115.3, se permite expresamente que el participante de la consulta no está impedido de intervenir en el posterior procedimiento de contratación oriundo de la consulta.

La primera medida es la obligación del órgano de contratación en publicar la información sobre la realización de la consulta en su perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en el equivalente servicio de información autonómico[299]. Deben constar de la publicación: el objeto de la consulta, su inicio y las denominaciones de los terceros que puedan participar de la consulta, facilitando el acceso y las aportaciones de todos los posibles

[297] Véase SANZ RUBIALES, I. "Preparación y adjudicación del contrato: algunas novedades destacables de la nueva Ley". *Cuadernos de Derecho Local,* núm. 48, 2018, p. 75.

[298] Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I. "Las consultas preliminares del mercado: algunas reflexiones". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2018*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, pp. 131-180.

[299] RAZQUIN LIZARRAGA y VÁZQUEZ MATILLA recuerdan que, antes de la LCSP 2017, las consultas preliminares realizadas eran frecuentemente publicadas en diferentes webs corporativas (*La adjudicación de contratos públicos..., ob. cit.*, p. 172).

interesados. Igualmente, la elección de los asesores externos seleccionados debe tener sus razones también publicados en el perfil de contratante.

Además de la preocupación con esa publicidad previa, la LCSP determina que, después de las consultas, el órgano de contratación debe realizar un informe sobre las actuaciones perpetradas. Ese informe debe describir los estudios presentados durante la consulta y sus autores[300], las entidades consultadas, las cuestiones formuladas y sus respectivas respuestas. El informe también debe estar motivado y tiene que ser incorporado al expediente de contratación y publicado en el perfil de contratante del órgano de contratación[301].

Para GUERRERO MANSO[302], la publicación del informe permitirá que los operadores económicos que no participaran de la consulta puedan concurrir en igualdad de condiciones con los otros licitadores, pues en el perfil de contratante del órgano de contratación todos tendrán las mismas informaciones. Como resguardo a la igualdad de trato, el plazo entre la publicación del informe de la consulta y la presentación de las ofertas en la licitación debe ser suficientemente largo para no perjudicar los operadores económicos que no participaran de la consulta (art. 70.1).

---

[300] VÁZQUEZ MATILLA apunta que es necesario compatibilizar esa exigencia de publicidad de los estudios y sus autores con la garantía de confidencialidad de las soluciones propuestas por los participantes de la consulta prevista en el segundo párrafo del art. 115.3 ("Consultas preliminares desde la óptica de los poderes adjudicadores y las empresas". *Contratación administrativa práctica*, núm. 162, 2019, pp. 8-22).

[301] En su Acuerdo 80/2021, de 16 de septiembre, el TACPA ha decidido que la falta de publicación del informe en el perfil del contratante no es causa de nulidad absoluta, pudiendo ser causa de anulabilidad si demostrada la ocurrencia de perjuicio.

[302] GUERRERO MANSO, C. "Las consultas preliminares del mercado...", *ob. cit.*, p. 1069.

La LCSP establece que, como regla general, el órgano de contratación empleará los resultados de las consultas en la elaboración de los pliegos, o debe justificar su no utilización en el informe. Pero, como la propia ley advierte, el objeto del contrato construido a partir de la consulta no puede resultar tan concreto y delimitado que sólo uno de los participantes de la consulta cumpla con las características técnicas requeridas. El resultado debe presentar "*características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas*", satisfaciendo las necesidades de la Administración y, al mismo tiempo, no otorgando ventajas a los participantes de la consulta.

2.5.5. Los pliegos

Los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas son los documentos responsables por la regencia de la contratación. Su gran importancia es muy bien resaltada por BERNAL BLAY:

> Una de las primeras reglas que se aprenden cuando uno se adentra a trabajar con contratos públicos es que «los pliegos» son el instrumento que ordena la participación en un procedimiento de adjudicación, la adjudicación del contrato y la ejecución del mismo. En esos documentos deben recogerse todas las condiciones que hayan de respetarse en las diferentes fases del contrato, de manera que lo que no esté dispuesto en los pliegos no puede exigirse ni a los licitadores ni al contratista. Son «la ley del contrato», se dice[303].

En resumen, los pliegos contienen el conjunto de derechos y obligaciones que irán vincular la Administración y todos los operadores

[303] BERNAL BLAY, M. A. "Las «leyes del contrato» (los pliegos): contenido esencial y formas de control". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 957.

económicos (entre ellos el futuro contratista) durante todas las fases de la contratación: preparación (licitación, selección, adjudicación y formalización o desistimiento); ejecución (control y dirección de la ejecución, pago, penalidades, modificación, cesión, subcontratación y renuncia); y finalización o extinción (cumplimiento, recepción, liquidación, garantías y resolución)[304].

Esa obligatoriedad de las disposiciones de los pliegos es confirmada en el art. 139.1 de la LCSP, donde se establece que las proposiciones de los interesados deben seguir los pliegos de la licitación, siendo que la presentación de la proposición supone la aceptación incondicionada y total de sus términos, sin ninguna salvedad o reserva.

Por otro lado, la LCSP también hace hincapié en la regla general de inmutabilidad de los pliegos, exactamente con el objetivo de reforzar su carácter de "ley" entre la Administración y los licitadores Tanto el art. 122.1 cuanto el art. art. 124 disponen que los pliegos (de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares, respectivamente) sólo pueden ser posteriormente modificados, sin necesidad de retroacción de actuaciones, por error material, de hecho o aritmético[305].

La LCSP clasifica los pliegos de los procedimientos en pliegos de cláusulas administrativas, que pueden ser generales o particulares, y

[304] COLÁS TENAS, J. "Los pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1405-1406.

[305] Sobre ese tema, véase FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B. "La modificación de los pliegos durante la fase de licitación". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 171, 2021, pp. 5-12.

pliegos de prescripciones técnicos, que también pueden ser generales o particulares.

2.5.5.1. Pliegos de cláusulas administrativas

El contenido de los pliegos de cláusulas administrativas generales, con previsión en el art. 121 de la LCSP, es definido en el art. 66.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o RGLCAP): "*las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas, que serán de aplicación, en principio, a todos los contratos de un objeto análogo además de las establecidas en la legislación de contratos de las Administraciones públicas*". Tratarán de los efectos del contrato, como: su ejecución; derechos y obligaciones de las partes y su régimen económico; modificaciones, supuestos y límites; su resolución, extinción, recepción, plazo de garantía y liquidación.

El art. 121 establece que cabe al Consejo de Ministros, mediante el procedimiento allí expuesto con previo dictamen del Consejo de Estado, la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales, con contenido en conformidad con la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, para utilización en los contratos de "*la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades que gocen de la condición de Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal*". Igualmente, las Comunidades Autónomas y las entidades de la Administración Local pueden aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales, de acuerdo con sus normas específicas.

Por su vez, los pliegos de cláusulas administrativas particulares tienen su conceptuación en el art. 67.1 del RGLCAP: "*declaraciones que sean específicas del contrato de que se trate y del procedimiento y forma de adjudicación, las que se considere pertinente incluir y no figuren en el pliego de cláusulas administrativas generales que, en su caso, resulte de aplicación o estén en contradicción con alguna de ellas y las que figurando en el mismo no hayan de regir por causa justificada en el contrato de que se trate*".

Su contenido tiene previsión en el art. 122 de la LCSP y en el art. 67 del RGLCAP, resultando en una extensa serie de elementos relacionadas al procedimiento y al futuro contrato. Todavía, en la misma LCSP, existen varias otras normas que hacen referencia a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, evidenciando que su contenido no puede tener una regulación cerrada[306].

La redacción de esos pliegos deberá ser providenciada por el servicio competente de la forma más adecuada para la contratación a ser realizada, con la aprobación del órgano de contratación. Importante enfatizar también la disposición del art. 122.4 de la LCSP, que prevé expresamente que los contratos deberán se ajustar con el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, siendo las cláusulas de estos últimos considerados como partes integrantes de aquellos contratos.

2.5.5.2. Pliegos de prescripciones técnicas

Los pliegos de prescripciones técnicas generales, por su vez, pueden ser aprobados por el Consejo de Ministros, mediante previo

[306] Vid. BERNAL BLAY, M. A. "Las «leyes del contrato» (los pliegos)...", *ob. cit.*, pp. 1417-1422.

informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, para la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades que gocen de la condición de Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal. Al contrario de los pliegos de cláusulas administrativas generales, la LCSP no hace mención sobre la posibilidad de las Comunidades Autónomas y entidades de la Administración Local crearen pliegos de prescripciones técnicas generales. No obstante, no parece existir ningún impedimento legal caso la respectiva legislación autonómica lo permitiera[307].

Con relación a los pliegos de prescripciones técnicas particulares, el art. 124 de la LCPS determina que el órgano de contratación los aprobará para regir la realización de la prestación. La LCPS dice que serán definidas sus calidades, así como las condiciones sociales y ambientales. Por otro lado, el art. 68 del RGLCAP instituye como contenido mínimo del pliego de prescripciones técnicas particulares: a) las características técnicas de los bienes o prestaciones del contrato; b) el precio de las unidades que forman el presupuesto y el número estimado de las unidades a suministrar; y c) requisitos, modalidades y características técnicas de las variantes, si necesario.

El art. 126 de la LCSP fija una serie de reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas. Una de las preocupaciones del legislador es que la elaboración de esas prescripciones no ocasione la vulneración de principios como

[307] Vid. comentario de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ en MARTÍNEZ FERNANDEZ, J. M. y BOCOS REDONDO, P. (Dir.), *Contratación del Sector Público Local..., ob. cit.*, p. 684.

concurrencia[308], igualdad de trato y no discriminación[309]. Así, el art. 126.6 impone que, salvo justificativa, las prescripciones técnicas no pueden hacer referencia a "*una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos*", con excepción de los casos en que no sea posible describir adecuadamente el objeto, cuando se utilizará conjuntamente la expresión "o equivalente".

2.5.6. La solvencia de los licitadores

El art. 65 de la LCSP enumera las llamadas condiciones de aptitud, los requisitos previos que los operadores económicos deben poseer para contrataren con las entidades del sector público. Son exigencias de capacidad, competencia profesional y solvencia, denominados "criterios de selección cualitativa"[310]. Su objetivo es intentar garantizar que los licitadores reúnan las condiciones mínimas necesarias para ejecutar el futuro contrato, sean profesionales, económicas o, incluso, de probidad.

---

[308] Resolución 21/2019, de 31 de enero, del TACPC: "*Recurso contra los pliegos de un contrato de suministro. LCSP. Configuración del objeto del contrato en atención a las necesidades administrativas que pretenden cubrirse: la apreciación de tales necesidades corresponde al órgano de contratación. Discrecionalidad técnica en la determinación del objeto del contrato y en la configuración de la contratación. Requisitos técnicos en los pliegos: margen de discrecionalidad de los órganos de contratación mientras no suponga una restricción de la competencia*".

[309] Véase GARCÍA MELIÁN, J. C. "10 claves sobre las prescripciones técnicas y una infografía". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 172, 2021, pp. 146-173.

[310] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*..., *ob. cit.*, p. 182.

Así, para la ley española, los contratistas deben presentar como regla general: plena capacidad de obrar; no incursión en prohibición de contratar; acreditación de solvencia económica y financiera y técnica o profesional, o la debida clasificación. También pueden ser exigidas, según el caso, habilitación empresarial o profesional[311], y requisitos de organización, destino de beneficios, sistema de financiación u otros.

De todos esos requisitos, quizá el más importante en la fase de planificación de la contratación sea la solvencia ser exigida de los licitadores, pues está vinculada a una decisión con buen grado de discrecionalidad del órgano de contratación. El art. 74.1 no deja dudas al establecer que los empresarios deben comprobar las condiciones mínimas de solvencia "*que se determinen por el órgano de contratación*". La regla del art. 74.2, por su vez, limita esa discrecionalidad, al demandar que eses requisitos mínimos de solvencia deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales.

Como enseña MEDINA ARNÁIZ, "*la exigencia de un mínimo nivel de solvencia se configura, en la normativa contractual, como uno de los requisitos de admisión para participar en un procedimiento de adjudicación, es decir, como un criterio de selección cualitativa de carácter eliminatorio, no valorativo en fase de adjudicación y que se encuentra vinculado a la capacitación del operador económico para*

[311] Esa habilitación es exigible en el momento de la presentación de la oferta, como señala el TACPN en el Acuerdo 14/2020, de 19 de febrero: "*Así las cosas, siendo obligatoria la inscripción en el Registro de Control Metrológico para el desarrollo de parte de los servicios que conforman el objeto del contrato, dicha habilitación debe concurrir en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, y exigirse su acreditación al que vaya a ser propuesto como adjudicatario*".

desarrollar las prestaciones contractuales"[312]*.* Así, la solvencia es una condición *sine qua non*: si el operador económico deja de cumplir los mínimos establecidos por el órgano de contratación, por cualquier margen, ya estará excluido de la licitación y no tendrá siquiera su oferta valorada[313].

De esa forma, debido a la importancia de la solvencia para una apropiada selección de los licitadores, el órgano de contratación precisa ser bastante cuidadoso con relación a las exigencias de solvencia requeridas. Además de la mencionada vinculación al objeto y su proporcionalidad, los requisitos deben estar indicados no anuncio de licitación y detallados en el pliego. La ausencia de concreción en los requisitos de solvencia puede significar una vulneración a los principios de transparencia e igualdad de trato[314].

El gran desafío para la correcta elección de los requisitos de solvencia es encontrar esa proporcionalidad en establecer exigencias que garanticen la posterior ejecución del contrato sin limitar indebidamente la competencia. El Acuerdo TACPA 9/2014, de 11 de febrero, expone de la siguiente manera su posición sobre el uso del principio de proporcionalidad en el tema:

---

[312] MEDINA ARNÁIZ, T. "El requisito de solvencia en la Ley de Contratos del Sector Público". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.). *Observatorio de contratos públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 168.

[313] Vid. la Resolución del TACRC 1241/2019, de 4 de noviembre: "*Esta previa verificación de los licitadores se corresponde en nuestro sistema de contratación con la verificación de la solvencia, capacidad de obrar y demás condiciones de aptitud a que se refiere el art. 65 de la LCSP y el Capítulo II del Título I de la LCSPDS. Como puede observarse y ha señalado de forma reiterada este Tribunal, en esa verificación de la aptitud de los licitadores no se valora ni evalúa la oferta, sino las condiciones del licitador para potencialmente ejecutar el contrato de forma satisfactoria*".

[314] Véase VÁZQUEZ MATILLA, J. "La solvencia en la nueva LCSP". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 718.

> Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica.
>
> El primero, exige que toda medida restrictiva del acceso a un contrato público se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal, porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad y garantía de previsibilidad de la actuación de los órganos de contratación de las entidades del sector público.
>
> El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material, porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad e idoneidad de los concretos requisitos de solvencia, o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales, la necesidad de gozar de la fuerza suficiente para enfrentarse a los valores representados por los principios básicos de la contratación del sector público, expresamente recogidos en el artículo 1 TRLCSP.
>
> El principio de proporcionalidad requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos, de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tienda a la consecución de fines legítimos, y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada. Y de ahí, que la exigencia de adscripción de medios personales o materiales requiera acreditar su necesidad. Es decir, qué añaden a la prestación personal y porqué. Pues, si es una exigencia arbitraria o injustificada, puede ser calificada como práctica restrictiva de la competencia, tal y como alega la recurrente.

Por lo tanto, como recomienda GIMENO FELIÚ[315], durante la tramitación del expediente, el órgano de contratación debe ser claro y coherente en la fijación de esos criterios, con la justificación de su elección y la determinación de los documentos que los acreditarán, de forma a resguardar el interés público y la competencia en el procedimiento de adjudicación.

[315] GIMENO FELIÚ, J. M. *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*..., *ob. cit.*, p. 183.

Con la finalidad de aumentar la competencia en los contratos públicos, principalmente facilitando la participación de las PYMEs[316], el art. 75 permite que el empresario venga a utilizar la solvencia y los medios de otras entidades, con la denominada integración de la solvencia con medios externos[317]. Para eso, el empresario debe demostrar que esa solvencia y medios estará efectivamente disponible durante toda la ejecución del contrato, mediante la presentación del compromiso por escrito de las entidades. Igualmente, la entidad involucrada no puede estar prohibida de contratar.

La acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional es regulada por la LCSP entre los artículos 86 y 91 y 93 y 94[318]. Para los contratos sometidos a regulación armonizada, esos medios de acreditación son "numerus clausus", o sea, no se permite al órgano de contratación exigir otros medios[319]. De otra parte, en los contratos no sujetos a regulación armonizada, la LCSP admite que el órgano de contratación pueda admitir otros medios de prueba de la solvencia distintos, mediante justificación.

---

[316] Vid. GARCÍA SANTOS, J. y JURADO JIMÉNEZ, J. C. "Aptitud para contratar con el sector público. Capacidad y solvencia del empresario". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 1082.

[317] Sobre el favorecimiento al acceso a las licitaciones a través de esa integración de la solvencia, véase la decisión del Tribunal Supremo en la STS 2757/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2757, y su respectivo comentario en GIMENO FELIÚ, J. M. "El Tribunal Supremo fija jurisprudencia en relación a la exigencia de acumulación de solvencia en la contratación pública". *Observatorio de Contratación Pública*, 2021. Disponible en http://www.obcp.es/noticias/el-tribunal-supremo-fija-jurisprudencia-en-relacion-la-exigencia-de-acumulacion-de.

[318] Para un análisis más detallado de los medios de acreditación previstos en la LCSP, véase MEDINA ARNÁIZ, T. "El requisito de solvencia en la Ley de Contratos...", *ob. cit.*, pp. 190-213.

[319] Vid. CHINCHILLA PEINADO, J. A. "La preparación del contrato...", *ob. cit.*, p. 98.

La solvencia también puede ser acreditada a través de la clasificación del empresario, como añade el art. 86.2: "*La clasificación del empresario acreditará su solvencia para la celebración de contratos del mismo tipo e importe que aquellos para los que se haya obtenido y para cuya celebración no se exija estar en posesión de la misma*". Esa clasificación es obligatoria para los contratos de obras con valor estimado igual o superior a 500.000 euros.

Por fin, así como las otras condiciones de aptitud, la solvencia puede ser acreditada ante todos los órganos de contratación del sector público por intermedio de la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, bien como el Registro de Licitadores de una Comunidad Autónoma ante la misma, sus entidades locales y demás entidades dependientes. Por su vez, el art. 97 también autoriza esa presunción de aptitud para los certificados expedidos en ámbito europeo.

2.6. Los criterios de adjudicación

Los criterios de adjudicación pueden ser definidos como los parámetros previamente elegidos por el órgano de contratación, y debidamente constantes del pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo y publicados en el anuncio de licitación, para la valoración y selección de la oferta más ventajosa para la ejecución del contrato[320]. La determinación adecuada de los criterios de adjudicación son un elemento determinante para que las necesidades de la entidad adjudicadora (y el propio interés público) sean apropiadamente satisfechas, estando su correcto diseño, además,

[320] Vid. CARBONERO GALLARDO, J. M. "El test de los criterios de adjudicación". *Gabilex*, núm. extra 2, 2019, pp. 624-625.

vinculado al principio de la buena administración[321]. Según RAZQUIN LIZARRAGA y VÁZQUEZ MATILLA, "*los criterios de adjudicación del contrato constituyen el elemento principal de toda contratación pública*"[322].

El art. 145 de la LCSP establece que "*la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio*", adoptando aquí también la ya citada evolución abrazada por la Directiva 2014/24/UE[323] en favor de la contratación pública estratégica. El precio deja de ser esencialmente el elemento fundamental por valorar en la adjudicación de los contratos públicos, y pasa a ser acompañado conjuntamente por cuestiones de calidad, medioambientales, laborales, de innovación, etc.[324]

La LCSP impone, en su art. 145.5, algunos requisitos para la elección de los criterios de adjudicación por los órganos de contratación: a) deben estar siempre vinculados al objeto del contrato; b) necesitan ser enunciados de forma objetiva, respectando a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, sin conferir una libertad de decisión ilimitada al órgano de contratación; y c) precisan garantizar la posibilidad de una evaluación con competencia efectiva de las ofertas, con

[321] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*..., *ob. cit.*, pp. 217-218.

[322] RAZQUIN LIZARRAGA, M. y VÁZQUEZ MATILLA, J. *La adjudicación de contratos públicos...*, *ob. cit.*, p. 64.

[323] Para un estudio histórico más amplio sobre los criterios de adjudicación hasta el texto de la Ley 9/2017, véase LOSA CAPÓ, J. "La evolución de los criterios de adjudicación de los contratos". *Gabilex,* núm. 17, 2019, pp. 102-140.

[324] Vid. BLANCO LÓPEZ, F. "Los criterios de adjudicación en la contratación pública estratégica". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 1283.

especificaciones que permitan comprobar la información prestada por los licitadores para evaluar el cumplimiento de los criterios de adjudicación por las ofertas presentadas.

La vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato descrito por la LCSP sigue también lo establecido en la DCP, y la jurisprudencia consolidada del TJUE, al decir que aquellos criterios deben se referir o integrar las prestaciones relacionadas al contrato, "*en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida*", en sus procesos específicos de producción, prestación o comercialización, con especial atención a las cuestiones medioambientales y sociales[325], o en el proceso específico de otra etapa del ciclo de vida, no necesitando que formen parte de su sustancia material[326].

La búsqueda de la mejor relación calidad-precio planteada por la LCSP será realizada, como regla general, a través del uso de dos clases criterios de adjudicación: los cuantitativos (o económicos) y los cualitativos.

---

[325] Resolución 14/2020, de 9 de enero, del TACRC: "*De lo anterior se deduce que solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades*".

[326] FERNÁNDEZ ACEVEDO subraya que, según las normas de la LCSP, "*no es necesario que el criterio de adjudicación considerado afecte a aspectos de la prestación misma, sino que bastará con que dicha afectación se produzca en cualquiera de las etapas que componen su ciclo de vida. Se amplía, de este modo, el abanico de posibilidades del juego de los criterios ambientales, sociales y laborales relajando el requisito de su vinculación con el objeto del contrato, pero sin eliminarlo"*. ("Los criterios de adjudicación de los contratos públicos". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 1502).

Los cuantitativos son el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como novedoso coste del ciclo de vida (art. 145.2.3º). La utilización de un único criterio económico para la adjudicación del contrato, que durante mucho tiempo fue el normal en la contratación pública, mantiene una previsión subsidiaria en el art. 146.1 de la LCSP, para los casos en que se utilice exclusivamente un criterio de adjudicación, siendo que presenta un rol con los contratos que, obligatoriamente, precisan ser adjudicados mediante una pluralidad de criterio (art. 1453). Como ya mencionado, la regla general es que el criterio precio debe venir siempre acompañado de criterios cualitativos, según explica GIMENO FELIÚ:

> Desde esta perspectiva conviene analizar el criterio precio, que no juega un rol determinante en la nueva Ley 9/2017 (el Derecho europeo de la contratación pública, no contiene una regulación específica sobre el precio de los contratos públicos). Así, el precio será un criterio, entre otros, y no el principal, por lo que su ponderación deberá ser pensada y motivada, atendiendo a la finalidad del sistema de fijación de criterios de adjudicación, "olvidando", por tanto, una indebida visión economicista que asigne una excesiva ponderación[327].

Al lado del precio propiamente dicho, la LCSP incluye los costes del ciclo de vida como un posible criterio económico para la adjudicación del contrato. Incluso, el art. 148.4 establece que, en la definición de los criterios de adjudicación, para el cálculo de los costes el ciclo de vida tiene preferencia con relación al precio[328]. Para eso, el art. 148.1 define que el ciclo de vida de un producto, obra o servicio engloba todas las fases de su existencia, desde la investigación y el

[327] GIMENO FELIÚ, J. M. *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*..., *ob. cit.*, p. 219.

[328] Vid. LAZO VITORIA, X. "La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, especial referencia al coste del ciclo de vida". En LAZO VITORIA, X. (Dir.). *Compra pública verde*. Barcelona: Atelier, 2018, p. 144.

desarrollo, la fabricación o producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas y la generación de recursos, hasta la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización[329].

Para la realización del cálculo del coste del ciclo de vida, la LCSP hace una importante división: a) costes sufragados por el órgano de contratación o por otros usuarios (adquisición, utilización, mantenimiento, final de vida); b) costes de externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante el ciclo de vida, caso su valor monetario pueda ser determinable y verificable. Esa doble preocupación para el cálculo del coste del ciclo de vida lo lleva a ser nombrado muchas veces un criterio de adjudicación "*económico-ambiental*"[330].

Cuando se utilice el coste del ciclo de vida, los órganos de contratación deben indicar en los pliegos los datos a ser presentados por los licitadores, así como el método para la evaluación de los costes mediante esos datos[331]. Para las externalidades ambientales, el método deberá utilizar criterios verificables objetivamente y no discriminatorios, ser accesible para todas las partes interesadas, y la información necesaria no debe demandar más que un esfuerzo razonable de las empresas.

---

[329] SOLA TEYSSIERE utiliza la expresión "*secuencia biográfica*" para el concepto del coste del ciclo de vida, exactamente por comprender aspectos previos a su existencia, aspectos de su adquisición, aspectos de su utilización y mantenimiento, y aspectos de la finalización de su uso ("El coste del ciclo de vida como criterio de adjudicación del contrato", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 151, 2017, pp. 6-13).

[330] Véase SANZ RUBIALES, I. "Preparación y adjudicación del contrato...", *ob. cit.*, p. 79.

[331] Sobre los métodos de tal cálculo, véase PASTOR SÁNCHEZ, J. "Determinación del coste del ciclo de vida de un contrato público en España para su posible utilización como criterio de adjudicación". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 161, 2019, pp. 83-120.

Con respecto a los criterios cualitativos, estos pueden ser basados en: a) la calidad (valor técnico, características estéticas y funcionales, accesibilidad, diseño universal o para todos los usuarios, características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones); b) organización, cualificación y experiencia del personal que ejecutará el contrato; o c) servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega.

La LCSP hace hincapié en la necesidad de evaluación de otras particularidades más allá del precio, principalmente de carácter social y medioambiental, incluso con una lista ejemplificativa de características de esos últimos que pueden ser referidas en el contrato y, por tanto, utilizadas como criterios en la adjudicación. La "calidad" mencionada exhaustivamente en la LCSP no es únicamente de la prestación directa del contrato, pues en eso concepto deben ser incluido el cumplimiento de objetivos relacionados a determinadas políticas públicas[332].

La aplicación de los criterios de adjudicación en los procedimientos puede ser realizada por la mesa de contratación, por los servicios dependientes del órgano de contratación, o por un comité de experto, de acuerdo con el procedimiento y los criterios elegidos[333]. Los criterios pueden ser evaluados mediante fórmulas, que deben ser lógicas y coherentes entre otros requisitos[334], o cuantificables

[332] Vid. BLANCO LÓPEZ, F. "Los criterios de adjudicación...", *ob. cit.*, p. 1284.

[333] Véase CARBONERO GALLARDO, J. M. "Reglas para la determinación y aplicación de los criterios de adjudicación". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pp. 119-120.

[334] Vid. LÉRIDA NAVARRO, C. y VÁZQUEZ MATILLA, J. "Las fórmulas de valoración económica. Problemas prácticos". *Observatorio de Contratación Pública*, 2020. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/las-formulas-de-valoracion-economica-problemas-practicos.

mediante un juicio de valor, donde los órganos de contratación disponen de cierta margen de apreciación o discrecionalidad de naturaleza técnica[335].

Existiendo una pluralidad de criterios, tendrán preponderancia aquellos relacionados a características del objeto del contrato valorables por cifras o porcentajes obtenidos con la simples aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos, cuya elección, además, debe estar justificada en el expediente de contratación, bien como la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios.

Igualmente, la evaluación de los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas debe ser realizada después de la evaluación de los otros criterios. El procedimiento de adjudicación también puede ser articulado en varias fases, con la indicación de la aplicación de los distintos criterios en cada fase, exigiéndose, todavía, un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para avanzar a la próxima fase del procedimiento.

2.7. Los procedimientos de adjudicación

Los procedimientos de adjudicación pueden ser considerados como los itinerarios que deben ser recorridos por los poderes adjudicadores para establecer el operador económico que será responsable por la ejecución del contrato a ser adjudicado. Cada procedimiento contiene una tramitación específica, que debe ser observada tanto por el órgano contratante y cuando por los licitadores, y está vinculada básicamente al tipo de contratación buscada, lo que

[335] Véase FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. "Los criterios de adjudicación...", *ob. cit.*, pp. 1503-1508.

torna su elección una decisión fundamental, como apunta ROYO MANERO:

> Los procedimientos de adjudicación son un medio para alcanzar un fin, son una herramienta que debemos saber utilizar y cuya elección adquiere especial relevancia puesto que puede condicionar toda la licitación, resultado incluido. No todos los procedimientos valen para todo fin. Quizá este haya sido el principal problema de las licitaciones, un error en la selección del procedimiento puede conducir directamente a la opacidad y de ahí al problema, aunque se haya adjudicado a la mejor oferta de todas las presentadas[336].

El art. 131.2 enumera los procedimientos de adjudicación aplicables en la LCSP y los clasifica de la siguiente manera: a) los ordinarios, aquellos que las entidades del sector público deben utilizar como regla general y no necesitan de justificación si están presentes las condiciones previstas en la ley, que son el procedimiento abierto (que tendrá especialidades en las formas simplificado y simplificado abreviado) y el procedimiento restringido; y b) los especiales, aquellos que solo deben ser usados mediante ciertas condiciones y mediante la adecuada justificación, que son la licitación con negociación, el negociado sin publicidad, el diálogo competitivo y la asociación para la innovación[337].

2.7.1. El procedimiento abierto

[336] ROYO MANERO, M. T. "Los procedimientos de adjudicación de contratos públicos". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, 2018, pp. 360-361.

[337] RAZQUIN LIZARRAGA y VÁZQUEZ MATILLA denominan de "procedimientos excepcionales" el negociado sin publicidad, los contratos menores y los contratos de asistencia sanitaria por razón de urgencia y valor estimado inferior a 30.000 euros, pues estos procedimientos, al contrario de los demás, no cumplen totalmente con los principios de la contratación pública, especialmente con relación a la publicidad (*La adjudicación de contratos públicos...*, *ob. cit.*, p. 248).

El art. 156 de la LCSP establece que, en los procedimientos abiertos, cualquier empresario interesado podrá presentar una proposición, estando vedada, por otro lado, la posibilidad de negociación de los términos del contrato. El procedimiento abierto puede ser definido como la regla general para la realización de adjudicaciones por parte de las entidades del sector público. En las palabras de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "*el procedimiento abierto es, y seguirá siendo, el procedimiento ordinario por excelencia de adjudicación de los contratos públicos, al ser el que mejor permite garantizar el cumplimiento de los principios básicos de la contratación pública, como son los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad y no discriminación*"[338].

Esta importancia es comprobada por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), que, su *Informe Anual de Supervisión de la contratación pública de España de 2020*[339], destaca que, en el año de 2019, el procedimiento abierto, en conjunto con su modalidad simplificada, representaran 77,65% en el número total de licitaciones y 69,49% en importe económico.

La LCSP hace una diferenciación entre contratos SARA y no SARA en cuanto al plazo de presentación de proposiciones en procedimientos abiertos. En los contratos sujetos a regulación armonizada, ese plazo no será inferior a 35 días para obras, suministros y servicios y 30 días para concesiones de obras y servicios, a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión

[338] HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. "Procedimiento abierto y procedimiento abierto simplificado". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 1554.

[339] Disponible en https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2020/ias-2020.pdf.

Europea[340], con las posibilidades de reducción de tales plazos según las reglas de los apartados 3 y 4 del art. 156[341]. Por su vez, en los contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a 15 días, contados del día siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante, siendo, por lo mínimo, de 26 días en caso de contratos de obras y de concesión de obras y concesión de servicios.

El art. 157 regula la apertura y el examen de las proposiciones por parte de la mesa de contratación a partir de la entrega de los respectivos sobres o archivos electrónicos, de acuerdo con el caso. la apertura de las proposiciones se dará en el plazo máximo de 20 días, contados de la fecha de finalización del plazo de presentación. Las ofertas económicas deberán ser obligatoriamente abiertas en acto público, o por medios electrónicos cuando exista previsión. Además, el órgano competente también podrá solicitar informes técnicos con relación a criterios distintos al del precio, sobre el cumplimiento de las especificaciones técnicas por parte de las ofertas y verificación de las consideraciones sociales y ambientales.

Los plazos para la adjudicación dependerán de los criterios de selección elegidos. Si el precio es el único criterio, el plazo máximo para la adjudicación será de 15 días a contar del siguiente al de apertura de las proposiciones. Por otro lado, si hay una pluralidad de criterios, o el único criterio es el menor coste del ciclo de vida, tal plazo

[340] La LCSP también obliga la publicación de los anuncios de licitación de los contratos SARA en el perfil de contratante, pero exige sólo la observancia de los plazos más cortos previstos para los contratos no SARA. Tal medida busca evitar una situación de ventaja para los operadores económicos nacionales.

[341] Para obras, suministros y servicios, en caso de un anuncio de información previa (reducción a 15 días), situación de urgencia (otro plazo que no será inferior a 15 días) o presentación de ofertas por medios electrónicos (reducción en 5 días). Para concesiones de obras y servicios sólo será aceptada la reducción prevista en caso de presentación de ofertas por medios electrónicos.

máximo será de 2 meses a partir de la apertura de las proposiciones. Hay que destacar que, caso esos plazos no sean respectados, los licitadores podrán retirar sus proposiciones y pedir la devolución de la garantía provisional, si esta fue exigida.

2.7.1.1. El procedimiento abierto simplificado

El procedimiento abierto simplificado es una novedad de la LCSP[342], que, de acuerdo con el propio preámbulo de la ley, "*nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación*".

El procedimiento simplificado puede ser utilizado en los contratos de obras, suministros y servicios que cumplan dos condiciones cumulativas: 1) valor estimado igual o inferior a 2.000.000 de euros para contratos de obras, o valor estimado inferior al umbral establecido para contratos SARA (Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social) en los contratos de suministro y de servicios; y 2) que no existan criterios evaluables por juicio de valor, o, si existen, tengan ponderación de hasta el 25% del total, o hasta el 45% para contratos con prestaciones de carácter intelectual, como servicios de ingeniería y arquitectura.

[342] Las legislaciones autonómicas de Aragón (Ley 3/2011), Navarra (Ley Foral 6/2006) y Cataluña (Decreto-ley 3/2016) ya habían creado precedentes de tramitaciones especiales para los procedimientos abiertos con el objetivo de simplificar y agilizar las adjudicaciones, véase YÁÑEZ SANCHÉZ, G. "El procedimiento abierto. La nueva contratación pública en ámbito local". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 593-594.

La publicación del anuncio de licitación será realizada solamente en el perfil de contratante del órgano de contratación[343], debiendo la documentación necesaria para la presentación de la oferta también estar disponible por medios electrónicos desde ese mismo día de la publicación del anuncio. Para la presentación de las proposiciones, el plazo no será inferior a 15 días para contratos de suministro y servicios, y a 20 días para contratos de obras, ambos contados a partir del día siguiente a la publicación del anuncio.

El procedimiento abierto simplificado sigue una serie de trámites especiales: a) los licitadores deben estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en el Registro Oficial autonómico correspondiente, hasta la fecha final de presentación de las ofertas[344]; b) no se exige garantía provisional; c) las proposiciones sólo se presentarán en el registro indicado en el anuncio de licitación; d) la oferta será presentada en un único sobre o archivo electrónico, en caso de criterios automáticos, o en dos caso existan criterios con juicio de valor[345]; y e) si son utilizados criterios de

[343] De acuerdo con HERNANDO RYDINGS, esa previsión elimina la publicidad de los anuncios en los boletines, posibilitando ahorro económico y también ahorro del plazo desde el envío del anuncio hasta su publicación en el boletín oficial correspondiente ("La adjudicación del contrato". En DÍEZ SASTRE, S. (Ed.). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*. A Coruña: Iuris Utilitas, 2018, p. 124).

[344] Todavía, según la propia ley, esa exigencia no puede ser adoptado en los casos que limite la concurrencia. GALLEGO CÓRCOLES explica que el anteproyecto de la LCSP no tenía excepción, la inscripción debería siempre ser exigida, con la finalidad de facilitar y agilizar la comprobación de los requisitos de capacidad y solvencia de los licitadores. Frente a las críticas sobre una posible restricción de la competencia, ha sido añadida la excepción, la cual, según la misma autora, crea ahora dudas sobre la amplitud de su aplicación en los pliegos de condiciones ("Los procedimientos abiertos, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1096-1097).

[345] Acuerdo 129/2019, de 16 de octubre, del TACPA: "*Exclusión. Procedimiento abierto simplificado con criterios sujetos a evaluación previa y posterior. La recurrente ha presentado un único Sobre, con toda la documentación concerniente a la oferta, en lugar de los dos Sobres que se exigían en el PCAP. Vulneración del secreto las proposiciones al anticipar la información concerniente a los criterios que se ponderan de manera automática. Desestimación"*.

adjudicación con juicio de valor, la valoración será realizada por los servicios técnicos del órgano de contratación en un plazo no superior a siete días.

Durante la fase de examen y evaluación de las proposiciones, hay una inversión de los trámites normales, con el objetivo de agilizar el procedimiento de contratación[346]. Después de la previa evaluación, si es el caso, del sobre con los criterios con juicio de valor, serán abiertos por la mesa de contratación los sobres con las ofertas, que, en la misma sesión, también hará la admisión, exclusión, evaluación y clasificación de las ofertas. Después de la propuesta de adjudicación, serán comprobadas, en el Registro Oficial, la situación de la empresa (debida constitución, poder del firmante de la oferta, solvencia e inexistencia de prohibiciones de contratar). Por fin, y presentada la garantía definitiva, será realizada la adjudicación del contrato y su formalización.

2.7.1.2. El procedimiento abierto simplificado abreviado

El apartado 6 del art. 159 contiene el reglamento del procedimiento abierto simplificado abreviado (o súper simplificado, o sumario, entre otros apodos) que trata de un trámite aún más sencillo dentro de los procedimientos abiertos. El preámbulo de la LCSP, comentando el procedimiento abierto simplificado, también añade que "*se habilita además una tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la*

[346] Vid. RAZQUIN LIZARRAGA, M. y VÁZQUEZ MATILLA, J. *La adjudicación de contratos públicos...*, *ob. cit.*, pp. 259-260.

publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias"[347].

La utilización del abreviado es posible en contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 60.000 euros[348], no siendo permitido su uso en contrato que tengan prestaciones de carácter intelectual como objeto.

Las principales diferencias con relación al procedimiento abierto simplificado "normal" son: a) plazo de presentación de proposiciones no inferior a diez días hábiles, contados del día siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante, pero en compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de 5 días hábiles; b) los licitadores no necesitan presentar la solvencia; c) oferta entregue en un único sobre o archivo electrónico, que será evaluada exclusivamente por criterios de adjudicación cuantificables por la mera aplicación de fórmulas determinadas en los pliegos; d) la valoración de las ofertas puede ser efectuada automáticamente por

[347] La introducción del procedimiento abierto simplificado abreviado es considerada como la creación de una alternativa a la utilización masiva de los contratos menores, los cuales siempre han sufrido muchas críticas por sus problemas de transparencia e igualdad de trato, como señala, por ejemplo, SANMARTÍN MORA, "Los procedimientos simplificados en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: algunas cuestiones prácticas que pueden poner en valor este procedimiento". *Observatorio de Contratación Pública*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/los-procedimientos-simplificados-en-la-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico-algunas.

[348] El art. 51 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, excepcionalmente para los contratos financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aumentó esas cuantías para los contratos de obras (valor estimado inferior a 200.000 euros) y para los contratos de suministros y servicios (valor estimado inferior a 100.000 euros), exceptuados aquellos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual. Sobre otras novedades del Real Decreto-ley 36/2020 en contratación pública, véase GIMENO FELIÚ, J. M. "De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 55, 2021, pp. 88-114.

dispositivos informáticos, o con la colaboración de una unidad técnica; e) las ofertas presentadas y los documentos relativos a su valoración deben estar accesibles de forma abierta por medios informáticos de manera irrestricta, a partir de la notificación de la adjudicación del contrato[349]; f) no se exigirá garantía definitiva; y g) la formalización del contrato puede ser realizada por la firma de aceptación del contratista en la resolución de adjudicación.

2.7.2. El procedimiento restringido

El procedimiento restringido es el otro de los procedimientos de adjudicación denominados como "ordinarios" por la LCSP. Como ya mencionado, son clasificados como ordinarios por los requisitos para su utilización, y no por su uso efectivo, que, en caso del procedimiento restringido, es muy limitado en España, muchas veces por ser considerado demasiado complejo[350]. Incluso, la LCSP intentó aumentar su uso, poniéndolo como "*especialmente adecuado*" para la contratación de servicios intelectuales de mayor complejidad, como algunos servicios de consultoría, arquitectura o ingeniería (art. 160.4), y obligatorio para la adjudicación de los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV (servicios de carácter social, sanitario, educativo, entre otros).

El art. 160 establece que cualquier empresa interesada puede presentar una solicitud de participación como respuesta a una

[349] Para FERNÁNDEZ ACEVEDO, esa medida garantiza una total transparencia de la documentación e información contractual, incluso de las ofertas y su proceso de evaluación ("Hacia la simplificación y la transparencia en materia procedimental: las nuevas modalidades del procedimiento abierto", *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, p. 328).

[350] Véase GALLEGO CÓRCOLES, I. "Los procedimientos abiertos..., *ob. cit.*, pp. 1107-1108.

convocatoria de licitación de procedimiento restringido. Todavía, la presentación de proposiciones quedará limitada aquellas empresas seleccionadas por el órgano de contratación. Así, como explica DELGADO PIQUERAS[351] es un procedimiento que se desarrolla en dos fases: una pública y abierta, con el objetivo de seleccionar un número limitado de licitadores que presentarán proposiciones; y otra destinada a elegir la mejor oferta presentada por los licitadores invitados. La ley también advierte que en el procedimiento restringido no será permitida cualquier negociación de los términos del contrato.

Con relación al plazo de presentación de las solicitudes de participación, la ley hace diferencia entre contratos SARA y no SARA. Para aquellos sujetos a la regulación armonizada, tal plazo no puede ser inferior a 30 días, a partir del envío del anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, con excepción de casos de urgencia en contratos de obras, suministros y servicios, cuando tendrá un plazo no inferior a 15 días. En los contratos no sujetos a la regulación armonizada el plazo mínimo para la presentación de solicitudes será de 15 días, a partir de la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante.

En el anuncio de licitación, el órgano de contratación deberá indicar los criterios de solvencia (que deben ser objetivos y no discriminatorios) para la selección de los candidatos invitados, así como el número mínimo y máximo de los seleccionados, en su caso[352]. La ley define que, como mínimo, el número previsto no podrá ser

[351] DELGADO PIQUERAS, F. "El procedimiento restringido en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público". *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 110, 2018, p. 98.

[352] Vid. comentario de MUÑOZ ILLERA en MARTÍNEZ FERNANDEZ, J. M. y BOCOS REDONDO, P. (Dir.). *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, p. 851.

inferior a cinco invitados. Si, después del análisis de las condiciones de los candidatos, no se llegue a ese número, el procedimiento seguirá solamente con aquellos que cumplieron las condiciones exigidas, no siendo permitida la participación de empresas que no reunieran las condiciones o que no participaran de esa primera fase. Por otro lado, la ley no fija un número máximo para candidatos invitados, pero dice que el órgano de contratación lo podrá hacer, siempre y cuando ese número máximo garantice "*una competencia efectiva"*.

Una vez recibidas las solicitudes, el órgano de contratación verificará la personalidad y la solvencia de las empresas, realizando la selección de acuerdo con el anuncio publicado. Después de esa selección, serán enviados a los elegidos la invitación, de forma simultánea y escrita, para la presentación de las proposiciones. Esa invitación tendrá: a) referencia al anuncio de licitación publicado; b) indicación de la fecha límite para la recepción de ofertas; c) dirección para envío de la proposición y lengua o lenguas de su redacción; d) los eventuales documentos a ser adjuntados; e) los criterios de adjudicación del contrato y su ponderación relativa, o el orden decreciente de importancia atribuido; f) el lugar, día y hora de la apertura de proposiciones; y g) las indicaciones para permitir el acceso por medios electrónicos a los pliegos y a la documentación complementaria.

También con relación al plazo de presentación de las proposiciones la LCSP diferencia entre contratos SARA y no SARA. En los primeros, se instituye que debe ser el suficiente para la adecuada elaboración de las proposiciones en función del alcance y complejidad del contrato, pero el plazo general mínimo será de 30 días, contados del envío de la invitación (con las excepciones expresas del art. 164). Por su vez, en los contratos no SARA, tal plazo mínimo será de 10 días, también contados del aludido envío. Recibidas las proposiciones, la

adjudicación del contrato será realizada en los términos del procedimiento abierto.

2.7.3. El procedimiento de licitación con negociación

Aunque el procedimiento de licitación con negociación y el procedimiento negociado sin publicidad estén agrupadas por la LCSP en una única subsección denominada *Procedimientos con negociación*, y tengan algunas reglas comunes entre sí, las grandes diferencias entre ambos los procedimientos recomiendan su estudio en separado para una mejor comprensión[353].

Los procedimientos con negociación, en sentido amplío, son definidos por el art. 166 como aquellos en que "*la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos*"[354]. Esa negociación se dará sobre los aspectos técnicos y económicos determinados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que también deberán contener: a) la descripción de las

[353] Esta es la opinión de RAZQUIN LIZARRAGA: "*la regulación unitaria de la LCSP sobre la licitación con negociación y el procedimiento negociado sin publicidad no sigue las previsiones de la Directiva 2014/24/UE donde se hace una separación rigurosa de ambos procedimientos. Constituye un contrasentido, que no tiene ninguna justificación, salvo mantener el esquema de su precedente normativa. Como luego se verá, ambos procedimientos tienen un carácter completamente diferente, especial y excepcional, lo que motiva que los supuestos que permiten utilizarlos sean completamente distintos*" ("Los procedimientos de adjudicación con negociación". *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, p. 294).

[354] GALLEGO CÓRCOLES critica esa conceptuación conjunta de los procedimientos con negociación, tanto por la ya mencionada gran diferencia entre el procedimiento de licitación con negociación y el procedimiento negociado sin publicidad, cuanto por el hecho que el diálogo competitivo y la asociación para la innovación también poseen negociación obligatoria. Así, la autora define el procedimiento de licitación con negociación como "*el procedimiento competitivo en el que, tras la celebración de una fase de selección de candidatos, la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras la negociación de las ofertas*." ("Los procedimientos abiertos..., *ob. cit.*, pp. 1112-1114).

necesidades del órgano de contratación; b) las características requeridas para los suministros, las obras o los servicios objeto del contrato; c) el procedimiento que se utilizará para negociar (que debe garantir transparencia, publicidad y no discriminación); d) los requisitos mínimos que deben cumplir todas las ofertas con relación a los elementos que componen la prestación objeto del contrato; y e) los criterios de adjudicación.

Las situaciones previstas en la LCSP para el uso del procedimiento de licitación con negociación están enumeradas en el art. 167: a) las necesidades del órgano de contratación exigen que la prestación, disponible en el mercado, sea objeto de un trabajo previo de diseño o de adaptación por parte de los licitadores; b) la prestación objeto del contrato incluye un proyecto o soluciones innovadoras; c) el contrato no puede ser adjudicado sin negociaciones previas por circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma; d) el órgano de contratación no puede establecer con precisión suficiente las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica; e) los procedimientos abiertos o restringidos previos solo recibieron ofertas irregulares o inaceptables; y f) contratos de servicios sociales personalísimos que tienen como una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, cuando el objeto del contrato sea dar continuidad en la atención a las personas que ya beneficiarias del servicio.

Se puede dividir la tramitación del procedimiento de licitación en tres momentos distintos[355]: la selección de los candidatos, la negociación y la adjudicación. En la fase de selección, la propia LCSP hace remisión a algunas normas relativas al procedimiento restringido. El órgano de contratación debe publicar el anuncio de licitación, en la forma del art. 135 (en el perfil de contratante, en el BOE y también en el DOUE, según el caso específico), con la información necesaria y el plazo para que los candidatos presenten sus solicitudes, que será el mismo previsto en las reglas del procedimiento restringido. El órgano de contratación podrá limitar o número de candidatos invitados a negociar, pero deberá respectar un mínimo de 3 candidatos a ser invitados.

En la fase de negociación, esta empieza con las ofertas iniciales de los candidatos invitados. El art. 169.3 permite que la negociación ocurra en fases sucesivas, con la reducción progresiva de los participantes, según los criterios de adjudicación publicados. Sin embargo, el número de participantes en la fase final debe ser suficiente para garantizar una competencia efectiva[356].

La negociación realizada por los órganos de contratación será con base tanto en las ofertas iniciales de los candidatos como en las ulteriores, con excepción de las definitivas. Será permitido la mejora del contenido y la adaptación a los requisitos exigidos para la contratación[357], no siendo autorizada, todavía, la negociación de los

[355] Véase HERNANDO RYDINGS, M. "Procedimiento de licitación con negociación y diálogo competitivo". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 1653.

[356] Vid. CACHARRO LÓPEZ, M. "Procedimiento negociado. Claves para resolver la problemática abierto-negociado según cuantía". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, p. 646.

[357] De acuerdo con HERNANDO RYDINGS, "*la negociación que constituye la pieza fundamental de este procedimiento tendrá por objeto todos los extremos que se*

requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato y de los criterios de adjudicación.

Durante esa negociación, debe ser garantizada la igualdad de trato y no es permitida la facilitación de información que pueda otorgar ventajas a determinados licitadores. Asimismo, los órganos de contratación deben mantener informados a los participantes sobre eventuales cambios en las especificaciones técnicas u otra documentación, dándoles plazo suficiente para la realización de una nueva oferta revisada.

Una vez que el órgano de contratación resuelva terminar las negociaciones, debe informar a las empresas y fijar un plazo común para la presentación de las ofertas finales. A partir de las últimas ofertas realizadas por cada licitador, la mesa de contratación realizará el análisis sobre el cumplimento de los requisitos exigidos, la valoración según los criterios de adjudicación y efectuará a propuesta de adjudicación al órgano de contratación.

2.7.4. El procedimiento negociado sin publicidad

El procedimiento negociado sin publicidad, más que especial, es considerado como un procedimiento de utilización excepcional para la adjudicación de los contratos, pues, debido exactamente a esa "ausencia de publicidad", existe una vulneración teórica a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia. Esa pretensa vulneración es aceptada, sin embargo, en virtud de la

hubieran indicado en el pliego y, concretamente, los aspectos económicos y técnicos que se vayan a negociar con los licitadores. Y es la pieza clave del procedimiento, porque la ausencia de la misma determinará la nulidad de pleno derecho del procedimiento, como han reconocido los tribunales de recursos contractuales" ("La adjudicación del contrato", *ob. cit.*, p. 136).

ponderación de otros fines de la contratación pública, como el de la eficiencia[358].

Los supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad están enumerados en el art. 168. Como señala GALLEGO CÓRCOLES[359], el carácter excepcional de ese procedimiento ocasiona que esos supuestos sean objeto de una interpretación estricta. La propia ley utiliza la palabra "*únicamente*' al referirse a ellos. La LCPS divide las posibilidades de acuerdo con los tipos contractuales en que son aplicables.

Así, en los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, el procedimiento negociado sin publicidad es aplicable en los siguientes casos: a) un procedimiento abierto o restringido previo sin ninguna oferta, ninguna oferta adecuada, ninguna solicitud de participación o ninguna solicitud de participación adecuada; b) las obras, los suministros o los servicios solo pueden ser encomendados a un empresario determinado, por ser el objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español, por ausencia de competencia por razones técnicas o por protección de derechos exclusivos; y c) el contrato haber sido declarado secreto o reservado, su ejecución exija medidas de seguridad especiales o exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

Respecto sólo a los contratos de obras, suministros y servicios: a) imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, y la tramitación

[358] Vid. MORA RUIZ, M. "Procedimiento negociado sin publicidad". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1713-1715.

[359] GALLEGO CÓRCOLES, I. "Los procedimientos abiertos...", *ob. cit.*, p. 1127.

de urgencia del art. 119 no sea capaz de garantizar la pronta ejecución del contrato; y b) en el caso del art. 167, e), todos los licitadores que presentaran ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación sean incluidos en la negociación sin publicidad.

Únicamente para los contratos de suministro: a) los productos sean fabricados exclusivamente para investigación, experimentación, estudio o desarrollo; b) entregas adicionales del proveedor inicial para una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o para una ampliación de los suministros o instalaciones existentes; c) adquisición en mercados organizados o bolsas de materias primas de suministros que coticen en los mismos; y d) suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que está cesando definitivamente en sus actividades, o con los administradores de un concurso, o por un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza.

Exclusivamente para los contratos de servicios: a) el contrato en sea la consecuencia de un concurso de proyectos y deba adjudicarse al ganador. Existiendo varios ganadores, todos ellos deben ser invitados a participar en las negociaciones; y b) servicio concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que está cesando definitivamente en sus actividades, o con los administradores de un concurso, o por un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza.

Y, por fin, para los contratos de obras y de servicios, el procedimiento negociado sin publicidad puede ser utilizado para obras o servicios cuyo objeto consista en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista por otro procedimiento de licitación regulado en la LCSP con publicación de anuncio de licitación, de

acuerdo con un proyecto base objeto del contrato inicial adjudicado, y esa posibilidad esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial.

Existiendo uno de los supuestos anteriormente citados, el órgano de contratación podrá empezar el procedimiento negociado sin publicidad, cuya tramitación, según el art. 170, será la misma del procedimiento de licitación, en todo lo que sea aplicable, con la excepción clara del anuncio de licitación. Mismo en el caso de la participación de un único candidato, la LCSP determina que la mesa o el órgano de contratación intenten realizar la negociación.

2.7.5. El diálogo competitivo

El procedimiento de diálogo competitivo es caracterizado en el art. 172 de la LCSP, cuando la denominada "mesa especial de diálogo competitivo" dirige un diálogo entre determinados candidatos seleccionados, para desarrollar una o varias soluciones capaces de satisfacer las necesidades del órgano de contratación y que serán utilizados por los candidatos elegidos para la presentación de sus ofertas.

Todas las empresas interesadas en participar del diálogo pueden presentar una solicitud en respuesta al anuncio de licitación publicado por el órgano de contratación, con la información y documentación solicitadas para la fase de selección cualitativa. Además, los supuestos para la realización del diálogo competitivo son los mismos del procedimiento de licitación con negociación.

A simple vista, el diálogo competitivo se parece al procedimiento de licitación con negociación, con el único cambio de palabra

"negociación" por "diálogo". Todavía, ambos los procedimientos se diferencian por el margen de negoción mayor en el diálogo y por naturaleza más compleja de los contratos a ser adjudicados[360]. HERNANDO RYDINGS así explica esa distinción entre diálogo competitivo y licitación con negociación:

> No obstante, como ya hemos afirmado antes, es precisamente la idea de la complejidad una de las que puede permitir deslindar ambos procedimientos. En este sentido, se afirmaba que, en este tipo de supuestos complejos, los órganos de contratación saben cuáles son sus necesidades, pero no cuál es la mejor vía para satisfacerlas y de ahí que se proponga un procedimiento flexible -el diálogo competitivo-, en el que el poder adjudicador entabla un diálogo con los seleccionados a participar en el mismo, para perfilar la prestación que podrá satisfacer sus necesidades, es decir, para concretar el objeto del contrato. En cambio, en la licitación con negociación, el objeto del contrato se encuentra definido en el momento en el que se abren las negociaciones, las cuales tendrán como objetivo mejorar el contenido de las inicialmente presentadas, de forma tal que no concurre esa complejidad de forma tan intensa a como lo hace en el diálogo[361].

La tramitación del procedimiento del diálogo competitivo ocurrirá en tres fases: 1) apertura del procedimiento y solicitudes de participación; 2) diálogo con los candidatos; y 3) presentación y examen de ofertas[362]. En ese procedimiento serán aplicables las reglas generales del procedimiento restringido, aunque con negociación[363]. En

---

[360] Vid. SANMARTÍN MORA, M. A. "El Diálogo Competitivo, un instrumento adecuado para adjudicar contratos complejos", *Observatorio de Contratación Pública*, 2015. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/el-dialogo-competitivo-un-instrumento-adecuado-para-adjudicar-contratos-complejos.

[361] HERNANDO RYDINGS, M. "Procedimiento de licitación con negociación...", *ob. cit.*, p. 1649.

[362] Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I. "El diálogo competitivo". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 156, 2018, pp. 54-60.

[363] Véase RAZQUIN LIZARRAGA, M. "Los procedimientos de adjudicación con negociación", ob. cit., p. 302.

la apertura, el órgano de contratación publicará el anuncio de licitación exponiendo sus necesidades, los requisitos exigidos para la participación, los criterios de adjudicación y un plazo de ejecución estimado. Caso se decida limitar el número de participantes invitados, debe ser respectado el número mínimo de tres candidatos.

Después de la selección e invitación de las empresas, empezará la fase del diálogo, para determinar los medios adecuados para satisfacer las necesidades del órgano contratante. Aquí, la LCSP deja claro que el espacio de definición es amplio, siendo permitido el debate de "*todos los aspectos del contrato*". Por otro lado, en ese debate, la mesa especial del diálogo competitivo debe garantizar el trato igual a los licitadores, no facilitar información que pueda favorecer determinados licitadores y no podrá revelar a los otros participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales sin previo consentimiento.

Así como en la licitación con negociación, el diálogo puede acontecer en fases sucesivas, con la reducción progresiva del número de soluciones examinadas, según los criterios de adjudicación publicados. Todavía, el número de soluciones a ser examinadas en la fase final debe ser suficiente para garantizar una competencia efectiva entre ellas.

La fase de negociación seguirá hasta la mesa conseguir determinar la solución o soluciones adecuadas a sus necesidades, y que servirán de base para la presentación de las ofertas definitivas. Los participantes con las mejores soluciones serán invitados a esa fase final. Según el art. 176, esas ofertas definitivas deben contener todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto. La mesa entonces realizará la evaluación de las ofertas de acuerdo con

los criterios de adjudicación del anuncio de licitación, seleccionando la oferta con mejor calidad precio.

2.7.6. La asociación para la innovación

Como explicado en el capítulo anterior, la Directiva 2014/24/UE ha traído, como una de sus grandes novedades, la introducción de un nuevo procedimiento de adjudicación: la asociación para la innovación. El objetivo fue permitir el desarrollo y la adquisición de productos y servicios de carácter innovador, capaces de mejorar la calidad de los servicios públicos prestados a la sociedad, pero también de impulsar el crecimiento económico[364].

A partir del art. 177, la LCSP hace la transposición de ese nuevo procedimiento al ordenamiento jurídico español, definiéndolo como "*un procedimiento que tiene como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes*".

Es importante diferenciar la asociación para la innovación con relación al diálogo competitivo. Así como este último implica un grado a más de complejidad en comparación con la licitación con negociación, la asociación para la innovación envuelve una profundización en la busca de soluciones para las necesidades del órgano de contratación. Según ROYO MANERO[365], la distinción está en saber reconocer lo que

[364] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*..., *ob. cit.*, p. 237.

[365] ROYO MANERO, M. T. "Los procedimientos de adjudicación", *ob. cit.*, p. 369.

se quiere contratar y su disponibilidad en el mercado. En el diálogo competitivo, existen necesidades del órgano que demandan soluciones cualificadas, que serán definidas durante el procedimiento. Ya en la asociación para la innovación, la necesidad del órgano es promover una inversión en la creación de productos, prestaciones u obras que aún no existen, fomentando actividades de investigación para la posterior comercialización del resultado.

El preámbulo de la LCSP distingue cuatro fases en el procedimiento de asociación para la innovación: 1) selección de candidatos; 2) negociación con los licitadores; 3) la asociación con los socios; y 4) la adquisición del producto resultante.

Inicialmente, el órgano de contratación determinará en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la necesidad de un producto, servicio u obra de carácter innovador que no puede ser satisfecha por la adquisición de productos, servicios u obras disponibles en el mercado. Deben ser indicados los requisitos mínimos a ser cumplidos por todos los licitadores, y también las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial. Además, la información precisa ser suficientemente precisa para que los operadores económicos identifiquen la naturaleza y el ámbito de la solución requerida, a fin de decidir sobre su participación.

Esas decisiones de la Administración en la elaboración del pliego son fundamentales y exigen una amplía motivación, como señala GIMENO FELIÚ:

> La Directiva 2014/24/UE enfatiza el deber de motivación que incumbe a la autoridad contratante, y que afecta a tres elementos: la necesidad de los productos innovadores; la elección del procedimiento y los requisitos de participación en el mismo. Motivación que no puede ser sucinta y que debe acomodarse a los parámetros de razonabilidad y

> racionalidad (en el fondo, la elección del procedimiento se justifica, cuando de la asociación para la innovación se trata, en la necesidad de la tecnología y de los productos innovadores, y en la inexistencia de dicha tecnología o producto en el mercado)[366].

No existe limitación previa a la participación de los interesados[367], desde que informen sobre los criterios objetivos de solvencia solicitados el órgano de contratación. De acuerdo con el art. 178.3, tales criterios deben estar vinculados a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, bien como en la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras. El plazo mínimo para presentación de las solicitudes será de 30 días contados del envío del anuncio de licitación para contratos SARA, y de 20 días de la publicación en el perfil de contratante para contratos no SARA. El órgano de contratación puede limitar el número de candidatos invitados, desde que respecte el número mínimo de tres.

Una vez seleccionados los candidatos, estos recibirán la invitación para la presentación de sus proyectos de investigación e innovación. Las negociaciones ocurrirán sobre esas ofertas iniciales y las ulteriores, con excepción de la oferta definitiva, no siendo permitido, todavía, negociación sobre los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación, que seguirán siempre la mejor relación calidad-precio. Asimismo, las negociones pueden darse por fases sucesivas, con la aplicación de los criterios de adjudicación publicados, a fin de reducir el número de ofertas negociadas. Al fin de las negociaciones, serán adjudicados el contrato o los contratos

[366] GIMENO FELIÚ, J. M. "La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación". *Ius Publicum Network Review*, núm. 1, 2018, p. 18. Disponible en http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/05_03_2018_15_54-La-contratacin-pblica-como-estrategia_Ius_Publicum_I_2018.pdf.

[367] Vid. GÓMEZ GUZMÁN, J. C. "Asociación para la innovación". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, p. 708.

correspondientes, formalizándose la asociación para la innovación entre el órgano de contratación y una o más empresas[368].

La asociación para la innovación será estructurada en fases sucesivas, en una secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que puede incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras[369]. En esas fases, serán fijados determinados objetivos intermedios a ser alcanzados por los socios, y será realizado el pago de la retribución en plazos adecuados. No se alcanzando tales objetivos, el órgano de contratación podrá resolver la asociación, o, en su caso, reducir el número de socios, no siendo debida ninguna indemnización en ambas las situaciones.

Al final de las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación analizará los resultados y si ellos alcanzan los niveles de rendimiento y costes acordados. A partir de tal examen, será decidida la adquisición o no de las obras, servicios o suministros resultantes. En el caso de más de un empresario capaz de realizar la prestación, la selección para las adquisiciones debe seguir los criterios objetivos establecidos en el pliego. Por fin, en el caso de la adquisición implique en la realización de prestaciones sucesivas, deberá respectar el período

[368] Véase HERNANDO RYDINGS, M. "El procedimiento de asociación para la innovación". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 1173.

[369] VALCÁRCEL FERNÁNDEZ señala la importancia de la planificación de esa estructura: "*Un elemento absolutamente clave para el éxito de la asociación radicará en el diseño de una estructura adecuada. De ahí que el artículo 182 de la LCSP haga hincapié en que el órgano de contratación vele por que la estructura de la asociación, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de innovación e investigación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado"* ("La Compra Pública de Innovación (CPI)". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 1708).

máximo de 4 años, contados de la recepción de la resolución sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros.

2.7.7. El contrato menor

Aunque existan muchas discusiones sobre su naturaleza[370], el contrato menor puede ser definido como la posibilidad de contratar directamente y con mínimas formalidades en virtud de la escasa cuantía del objeto y la contraprestación[371]. Es una figura que, con algunas diferencias, es también común en otros ordenamientos jurídicos, exactamente por, en teoría, "facilitar" la tramitación de adquisiciones con valor más bajo, pues muchos de los requisitos habitualmente exigidos en procedimientos normales son dejados de lado con la justificación de que el importe contratado no es significativo, y que, en tales situaciones, se debe privilegiar la agilidad de la contratación[372].

Muchas han sido las críticas realizadas contra la utilización de los contratos menores: vulneración de los principios generales de la

[370] Según IZQUIERDO CARRASCO, *"el contrato menor no es una modalidad de los contratos típicos del sector público –enumerados en el art. 12.1 LCSP– y no hay en él una delimitación por el objeto del contrato o su naturaleza jurídica, sino que, partiendo de esos contratos típicos y de su régimen jurídico, es una categoría –una etiqueta jurídica, si se prefiere– que delimita la aplicación de ciertas singularidades en dicho régimen, fundamentalmente en lo relativo al procedimiento de adjudicación y a la formalización del expediente de contratación*." ("Novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en la figura del contrato menor". En BENÍTEZ OSTOS, A. y CANDELA TALAVERO, J. E. (Coord.). *Manual sobre en contrato menor*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021, versión electrónica).

[371] Vid. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. "¿Jaque a la contratación directa?: el controvertido régimen de los contratos menores". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, 2018, p. 255.

[372] Vid. CARRODEGUAS MÉNDEZ, R. "Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época,* núm. 10, 2018, p. 57.

contratación pública[373], el uso de un procedimiento excepcional como si fuera general[374], el fraccionamiento indebido de los contratos[375], y, principalmente, la posibilidad de corrupción[376]. Con el objetivo de tentar minimizar tales críticas, la LCSP instituyó nuevos requisitos para los contratos menores.

El art. 131.3 establece que los contratos menores pueden ser adjudicados directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y con habilitación profesional necesaria para la realización de la prestación[377], debiendo ser observadas las normas del art. 118, que trata del expediente de contratación de los contratos menores. Allí, la LCSP define los contratos menores como aquellos contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, para contratos de obras, o a 15.000 euros, para contratos de suministro o de servicios.

Una novedad que no existía en la legislación anterior es la exigencia de la emisión, por parte del órgano de contratación, con la justificativa motivada de la necesidad del contrato y la declaración que no se está alterando el objeto para evitar la aplicación de los umbrales

[373] Véase VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B. y GARCÍA LUENGO, J. "El contrato menor y el nuevo procedimiento simplificado en la Ley de Contratos del sector público: elementos comunes y diferenciadores". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.). *Observatorio de contratos públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 556.

[374] Vid. MORENO MOLINA, J. A. *Hacia una compra pública responsable y sostenible..., ob. cit.,* p. 125.

[375] Véase RAZQUIN LIZARRAGA, M. y VÁZQUEZ MATILLA, J. *La adjudicación de contratos públicos...*, *ob. cit.*, pp. 333-334.

[376] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", *Revista española de derecho administrativo*, núm. 147, 2010, p. 527.

[377] La JCCA del Estado, en el Informe 8/2020, ha entendido que "*por su propia naturaleza como un supuesto de adjudicación directa, en la adjudicación de un contrato menor no resulta necesario aceptar ni valorar ofertas de licitadores a los que no se haya dirigido expresamente el órgano de contratación*".

del contrato menor. Por otro lado, le informe no será necesario cuando el pago sea realizado a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar, cuando el valor estimado del contrato no ultrapase 5.000 euros.

El contenido de ese informe, incluso, fue una de las grandes polémicas al comienzo de la vigencia de la LCSP. En redacción original del art. 118, se exigía también la justificación que el contratista no había suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superasen los umbrales del contrato menor. Además, era responsabilidad del órgano de contratación comprobar el cumplimento de esa regla.

La busca por la interpretación más adecuada para tal precepto ha causado opiniones conflictivas entre las diversas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa autonómicas[378], ocasionando mucha inseguridad jurídica para gestores y empresarios. Para intentar aclarar la situación, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon) ha emitido la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero[379], que planteaba la respuesta para tres dudas sobre el tema: 1) si la limitación de adjudicaciones a un mismo empresario lo es por tipo de contrato o por objeto contractual; 2) si esa limitación lo es por tiempo indefinido o temporalmente; y 3) el ámbito subjetivo de aplicación.

Todavía, la posición de la OIReScon sobre la interpretación de las cuestiones mencionadas tampoco fue aceptada de manera pacífica, siendo argumentado, incluso, que sus instrucciones no tendrían

[378] Sobre eso, véase CARRODEGUAS MÉNDEZ, R. "Análisis de la nueva regulación del contrato menor...", *ob. cit.*, p. 70.

[379] Disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-3281.

carácter vinculante a nivel autonómico y local[380]. Al final, toda esa discusión llevó a la modificación del precepto, a través del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero para su redacción actual, donde no hay mención sobre la necesidad de información sobre la subscrición de otros contratos por parte del contratista.

Por fin, es importante señalar la obligatoriedad de publicación de los contratos menores, como forma de transparencia para ese tipo de contratación[381]. Ella se dará en la forma del art. 63.4, que establece que la información sobre los contratos menores debe ser publicada al menos trimestralmente en el perfil de contratante[382]. Esa publicación debe contener, al menos, objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el IVA, y la identidad del adjudicatario. Sólo estarán exentos de publicación los contratos menores con valor estimado inferior a 5.000 euros, si el sistema de pago utilizado fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar.

2.8. Sistemas de racionalización técnica de la contratación

[380] Sobre la obligatoriedad general de las instrucciones de la OIReScon, véase GIMENO FELIÚ, J. M. 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*, 2019. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como. En sentido contrario, véase DÍEZ SASTRE, S. "La obligatoriedad de las instrucciones de la OReISCon". *Instituto de derecho local*, 2019. Disponible en https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/.

[381] Véase VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B. "La problemática del contrato menor", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 159, 2019, p. 115.

[382] La Recomendación de 21 de octubre de 2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado plantea algunas sugestiones para esas publicaciones, como el uso de formatos abiertos y reutilizables y consultas por períodos de tiempo mayores o menores que tres meses, entre otras.

El art. 218 de LCSP prevé tres sistemas para la racionalización y ordenación de la adjudicación de contratos para las Administraciones Públicas: los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición y la centralización de compras. RAZQUIN LIZARRAGA y VÁZQUEZ MATILLA definen ese intento de racionalización técnica de la contratación pública como "*un conjunto de instrumentos previstos para una gestión eficiente y adecuada de las compras públicas, de forma de conseguir tanto economías de escala, como también simplificación de procedimientos*"[383].

La posibilidad de utilización de eses sistemas de racionalización también significan una respuesta a la clásica crítica sobre la excesiva rigidez de la contratación pública[384], pues otorgan más flexibilidad a los poderes adjudicadores para la adjudicación de sus contratos. Por otro lado, también aparecen como alternativas adecuadas en lugar del uso de adjudicaciones directas[385].

2.8.1. Los acuerdos marco

La LCSP establece, en el art. 219, la posibilidad de uno o más órganos de contratación celebraren acuerdo marco con una o más empresas para fijación de condiciones de posibles contratos que pretenden adjudicar en un período determinado, desde que no exista

[383] RAZQUIN LIZARRAGA, M. y VÁZQUEZ MATILLA, J. *La adjudicación de contratos públicos...*, *ob. cit.*, p. 349.

[384] Vid. CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J. A. *Comentarios a la Ley 9/2017...*, *ob. cit.*, pp. 194-195.

[385] Véase, por ejemplo, BALLINA DÍAS, D. "Los sistemas de racionalización de la contratación pública como alternativa al contrato menor". *Observatorio de Contratación Pública*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/los-sistemas-de-racionalizacion-de-la-contratacion-publica-como-alternativa-al-contrato.

abuso y la competencia sea obstaculizada, restringida o falseada[386]. Así, se puede observar dos fases distintas en un acuerdo marco[387]. La primera fase es una selección de operadores económicos, que proveerá una lista de empresas, productos y precios. Ya la segunda fase será la adjudicación de contratos que se basan en el acuerdo marco. Así, de un único proceso de selección de empresarios, varios contratos pueden ser adjudicados[388].

El plazo de duración de un acuerdo marco debe ser justificado y llevara en consideración las características del sector de actividad de su objeto, pero, salvo en situaciones excepcionales, no podrá ultrapasar 4 años, exactamente para que la competencia a lo largo del tiempo sea preservada. Sin embargo, la duración de los contratos fundados en el acuerdo marco será independiente de la duración misma del acuerdo marco, siguiendo las reglas generales de la LCSP sobre la duración de los contratos y los pliegos reguladores del propio acuerdo marco.

La celebración de acuerdos marco sigue las reglas generales de la LCSP para el expediente de contratación, la forma de tramitación,

---

386 La JCCE, en su Informe 36/10, de 28 de octubre de 2011, define el acuerdo marco como "*un sistema de racionalización técnica de la contratación pública, por lo que no se trata de un contrato especial, ni de un procedimiento de contratación ni de un procedimiento de adjudicación*".

387 Vid. BATET JIMÉNEZ, M. P. "*Racionalidad y racionalización en la contratación pública local*". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, p. 462.

388 FRANCO GARCÍA subraya dos grandes beneficios de ese sistema para la Administración Pública: "*1) La simplificación de la gestión y la reducción de los costes asociados a la tramitación de los expedientes de contratación, dado que con un solo acuerdo marco, pueden elaborarse varios contratos derivados. 2) Que la contratación sea más ágil y eficiente, pues la Administración puede tener a su disposición de forma inmediata una serie de licitadores, con los cuales se han concretado previamente los aspectos esenciales de los contratos basados."* ("Los acuerdos marco: entre la racionalización y la indefinición". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 144, 2016, p. 17).

los diferentes procedimientos de adjudicación, entre otras[389]. La norma específica sobre la publicidad de los acuerdos marco determina que, en el caso de los contratos sujetos a la regulación armonizada, la adjudicación de contratos está condicionada al envío del anuncio de la formalización del acuerdo marco en el plazo de 30 días a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, y su publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación y en el BOE para los acuerdos marco de la Administración General del Estado.

La celebración de contratos basados en un acuerdo marco está limitada a los órganos de contratación y empresas que fueran miembros originales del acuerdo, no siendo permitido, así, nuevos participantes, con excepción de los acuerdos marco celebrados por centrales de contratación, en el caso de otros entes del sector público identificados en el pliego del acuerdo marco, y constando esta circunstancia en la convocatoria de licitación[390].

La forma de adjudicación de los contratos en un acuerdo marco depende del número de participantes y del establecimiento previo o no de todas las condiciones. Así, en los acuerdos marco realizados con un único operador económico, los contratos serán adjudicados en los términos establecidos en el acuerdo, pudiendo el órgano de contratación solicitar por escrito, si necesario, la complementación de la oferta.

[389] Vid. GONZÁLEZ SANFIEL, A. Acuerdos marco". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 1892.

[390] Véase MOREO MARROIG, T. "Racionalización y acuerdos marco". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Meno: Aranzadi, 2018, p. 1247.

Ya en el caso de acuerdos marco con varias empresas, y con previsión de todos los términos, la adjudicación de los contratos podrá si dar con o sin nueva licitación, de acuerdo con el contenido del pliego, que debe determinar los supuestos para cada caso. Por otro lado, caso el acuerdo marco no instituya todos los términos, debe ser obligatoriamente realizada una nueva licitación con las empresas que forman parte del acuerdo marco.

Si es necesaria una nueva licitación, la LCSP impone algunas reglas. Para cada contrato a ser adjudicado, serán invitadas todas las empresas participantes del acuerdo marco en condiciones de realizar el objeto del contrato, con excepción de los contratos no SARA, en los cuáles, de forma justificada, el órgano de contratación podrá limitar el número de invitados, desde que no sea inferior a tres[391].

El plazo para la presentación de las ofertas no está establecido en la ley, pero debe ser fijado en función la complejidad del objeto del contrato, la pluralidad o no de criterios de valoración, la complejidad y el tiempo necesario para el envío de la oferta. Las ofertas, por escrito y confidenciales, son de presentación obligatoria para las empresas participantes del acuerdo marco invitadas, en los términos fijados en el pliego de ese acuerdo. La celebración de la licitación podrá ser realizada a través de subasta electrónica, si hay previsión en los pliegos del acuerdo marco. Por fin, el contrato será adjudicado a la mejor

[391] LARREA VILLAROYA y IRIBARREN HERNÁIZ entienden que es necesario hacer una interpretación de esa norma conforme al Derecho europeo. Así, según ellos, el criterio no puede ser el valor del contrato individual, pero si "*la limitación a tres empresas en la licitación del contrato basado solo puede ser posible si el valor estimado del conjunto del acuerdo marco no alcanza los umbrales que implican la sujeción del acuerdo marco a la Directiva* ("Acuerdos marco: poliamor no es infidelidad". *Observatorio de Contratación Pública*, 2021. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/acuerdos-marco-poliamor-no-es-infidelidad).

oferta, valorada según los criterios del art. 145 y aquellos fijados en el acuerdo marco[392].

2.8.2. Los sistemas dinámicos de adquisición

El art. 223 de la LCSP permite a los órganos de adjudicación articular, para satisfacer sus necesidades, los llamados sistemas dinámicos de adquisición para obras, servicios y suministros de uso corriente, con características generalmente disponibles en el mercado, desde que la competencia no sea obstaculizada, restringida o falseada. El sistema podrá ser dividido en categorías definidas objetivamente de productos, obras o servicios. Será un proceso totalmente electrónico, con duración limitada y determinada en los pliegos, y, durante su vigencia, cualquier empresa interesada, caso cumpla los criterios de selección, podrá participar[393]. Como señala MARTÍNEZ GUTIÉRREZ[394], los sistemas dinámicos de adquisición se tratan de "*auténticas bolsas de licitadores*", donde las empresas son admitidas automáticamente caso cumplan los requisitos necesarios.

---

[392] Resolución 3/2019, de 9 de enero, del OARC/KEAO: "*la impugnación debe aceptarse, pues no puede quedar al arbitrio del órgano de contratación la posibilidad de establecer o no un criterio de adjudicación en el contrato basado, sino que todos ellos (y su ponderación, exigida en el artículo 145 al que se remite el 221.6) deben estar predeterminados en el Acuerdo Marco*".

[393] TERRÓN SANTOS hace hincapié en esa posibilidad siempre abierta de participación: "*La gran diferencia respecto del acuerdo marco estriba en que, en cualquier momento, los licitadores interesados, pueden solicitar que se les incluya en el sistema, sin necesidad de tener que esperar a una nueva convocatoria. Solamente tendrán que acreditar que cumplen con los requisitos exigidos especificados en el pliego, hecho esto no podrá desestimarse su solicitud. En definitiva, no es más que una gestión dinámica de proveedores.* ("La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores". *Revista española de derecho administrativo*, núm. 196, 2019, pp. 269-304).

[394] MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. "Los procedimientos de contratación pública electrónica. Subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 1219.

Las contrataciones derivadas de un sistema dinámico de adquisición siguen las normas del procedimiento restringido[395], siendo admitidos en el sistema todos los operadores económicos que cumplan los criterios de selección, sin posibilidad de limitación de número. Todas las comunicaciones vinculadas al sistema deberán ser exclusivamente electrónicas.

Para implementar un sistema dinámico de adquisición, el órgano de contratación debe publicar un anuncio en su perfil de contratante, definiendo el sistema y su período de vigencia. En los pliegos debe ser indicada la naturaleza y la cantidad estimada de compras previstas, así como el modo de funcionamiento del sistema. En el caso de división en categorías de productos, obras y servicios, las características también deben ser indicadas. El acceso a los pliegos precisa ser "*libre, directo y completo*" durante todo el período de vigencia del sistema. Además, ningún gasto puede ser imputado a las empresas, cuya participación en el sistema será gratuita.

Para la presentación de solicitudes de participación en el sistema el plazo mínimo será de 30 días, contados del envío del anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Esas solicitudes serán evaluadas por el órgano de contratación en los 10 días hábiles siguientes a su recepción, plazo que, de forma justificada, podrá ser prorrogado a 15 días hábiles. La decisión del órgano de contratación sobre la admisión o no en el sistema dinámico de adquisición debe ser informado a las empresas solicitantes,

[395] BLANCO LÓPEZ subraya que "*el procedimiento de licitación para la entrada en el SDA es exclusivamente el restringido pero con particularidades ya que no restringe, puesto que no se limita el número de posibles licitadores que puedan ingresar en el SDA.*" ("La subasta electrónica y el sistema dinámico de adquisición". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 137, 2015, pp. 58-67).

Cada contrato que se pretenda en un sistema dinámico de adquisición debe ser objeto de una licitación *ad hoc*[396]. Así, el órgano de contratación invitará todos los operadores económicos previamente admitidos para presentar ofertas en las licitaciones del sistema, de acuerdo con las categorías que tengan sido admitidas, si el sistema fue articulado en varias categorías de productos, obras o servicios. El plazo mínimo para la presentación de las ofertas será 10 días, contados del envío de la invitación escrita. La adjudicación de cada contrato será realizada por el órgano de contratación después de la evaluación de la mejor oferta, siguiendo los criterios de adjudicación del anuncio de licitación para el sistema dinámico de adquisición, siendo permitida una formulación más precisa de eses criterios en la invitación a los candidatos.

2.8.3. Las centrales de contratación

Las centrales de contratación son sistemas de racionalización de la contratación de las Administraciones Públicas, definidas por TERRÓN SANTOS "*como un sistema de contratación pensado para racionalizar y ordenar la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, recogiendo las necesidades de éstas. No se trata de una mera centralización de compras, si no que tras la misma subyace la racionalización de la contratación"*[397]*.*

---

[396] Véase DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. "Los Sistemas Dinámicos de Adquisición: Unos cambios de calado". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 2092.

[397] TERRÓN SANTOS, D. "La organización administrativa para la contratación del sector público. Las centrales de contratación". En QUINTANA LÓPEZ (Dir.), RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y CASARES MARCOS, A. (Coord.). *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 534.

El art. 227 de la LCSP dice que las entidades del sector público pueden centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, a través de servicios especializados. Esas centrales realizarán adquisiciones de suministros y servicios para otros entes del sector público, así como la adjudicación de contratos o la celebración de acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición para la realización de obras, suministros o servicios, siempre de acuerdo con las normas de la LCSP.

Como explica GALLEGO CÓRCOLES[398], la opción por la centralización de compras facilita la realización de objetivos como la mejora de la relación calidad-precio por la obtención de economía de escala, la inclusión de objetivos sociales y medioambientales, la profesionalización de los compradores públicos, la consolidación de una planificación y monitoreo más efectivos de las adquisiciones; y la implementación de herramientas electrónicas.

La LCSP permite que las Comunidades Autónomas y las entidades locales creen sus propias centrales de contrales. Sin embargo, también les permite adherir a sistemas de adquisición centralizada de otras entidades del sector público. Todavía, la LCSP prohíbe que una misma Administración, ente u organismo contrate una misma prestación a través de varias centrales de contratación.

2.9. La contratación electrónica

Siguiendo el intento de impulso a la contratación electrónica que buscó la Directiva 2014/24/UE, ya en su preámbulo la LCSP subraya

[398] GALLEGO CÓRCOLES, I. "Centrales de contratación y compra colaborativa". *Observatorio de Contratación Pública*, 2019. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/centrales-de-contratacion-y-compra-colaborativa.

"*la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario*".

Todavía, muchas son las críticas sobre el resultado final de ese intento de la LCSP. Para GAMERO CASADO[399], el régimen de la contratación electrónica previsto en la ley es muy decepcionante, por no adoptar una visión "autosuficiente" de la contratación electrónica, y si prácticamente limitarse a adaptar los procedimientos en papel con algunas pequeñas dimensiones electrónicas. Otra crítica común es el tratamiento "tangencial" que la contratación electrónica ha recibido en el texto de la LCSP, teniendo su regulación general relegada a tres disposiciones adicionales, y no en un capítulo o en un título específico[400]. De cualquier forma, a pesar de esas y otras críticas, la LCSP establece algunas reglas importantes para el funcionamiento y el desarrollo de la contratación pública electrónica, y que merecen un estudio detallado.

2.9.1. La obligatoriedad del uso de medios electrónicos

El apartado 2 de la Disposición adicional decimoquinta establece que "*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*

[399] GAMERO CASADO, E. "Novedades de la Ley 9/2017 en materia de contratación electrónica: razones de una decepción". *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 55, 2018, p. 449.

[400] Véase, por ejemplo, DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. "¿Contratación administrativa 4.0 o contratación administrativa 0.0?". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público.* Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1181-1182.

electrónicos". Sin embargo, la propia norma hace una excepción abriendo la posibilidad de comunicación oral sólo para comunicaciones de elementos no esenciales de un procedimiento de contratación, debiendo aún el contenido de la comunicación oral estar suficientemente documentado[401].

Ya el apartado 3 de la misma disposición dice que la presentación de ofertas y solicitudes de participación debe ser realizada a través de medios electrónicos. Todavía, retira esa obligación en las siguientes situaciones[402]: a) en contrataciones con carácter especializado donde el uso de medios electrónicos exigiría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos no generalmente disponibles o no aceptados por los programas generalmente disponibles; b) las aplicaciones que soportan los formatos de archivo apropiados para la descripción de las ofertas usan formatos de archivo no procesables por otros programas abiertos o generalmente disponibles o exigen licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para descarga o utilización a distancia; c) la utilización de medios electrónicos demanda equipos ofimáticos especializados no disponibles generalmente a los órganos de contratación; d) los pliegos de la contratación piden la presentación de modelos físicos o a escala que

[401] De acuerdo con JUAN CASERO, estando las comunicaciones orales limitadas a elementos no esenciales del procedimiento, la consecuencia práctica es la reducción de su utilización, no siendo aconsejable su uso ("La utilización de los medios electrónicos en el procedimiento de contratación. El expediente electrónico de contratación". En CAMPOS ACUÑA (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, p. 286).

[402] MARTÍN DELGADO critica la mayor parte de esas excepciones, aunque sigan la directiva europea, por ser resultado de la falta de disponibilidad de medios electrónicos o de condiciones de seguridad e integridad, lo que significaría que la falta de esfuerzo en la implantación de medios electrónicos termina por tornarse una excepción a la obligatoriedad del propio uso de los medios electrónicos ("El uso de los medios electrónicos en la contratación pública". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1698-1699).

no pueden ser transmitidos por medios electrónicos; e) el uso de medios no electrónicos es necesario por una violación de la seguridad de los mencionados medios electrónicos o para protección de información especialmente delicada que requiera alto nivel de protección.

En el caso del órgano de contratación exigir la utilización de herramientas y dispositivos no disponibles de forma general, también debe ofrecer medios de acceso alternativos[403] que pueden ser: a) acceso gratuito, completo y directo por medios electrónicos a esas herramientas o dispositivos a partir de la publicación del anuncio o de la fecha de envío de la invitación; b) mecanismos de acceso provisionales gratuito en línea para los licitadores sin acceso, o sin posibilidad de obtención en el plazo fijado, a las referidas herramientas y dispositivos, desde que esa falta de acceso no sea imputable al licitador; y c) admisión de un canal alternativo para la presentación electrónica de las ofertas.

La Disposición adicional decimosexta aporta una serie de reglas para el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación como forma de estandarizar su uso: a) las herramientas y dispositivos utilizados no pueden ser discriminatorios, deben estar disponibles y ser compatibles de forma general, no restringiendo el acceso de los operadores económicos; b) la información y das especificaciones técnicas para la presentación de ofertas y solicitudes de participación deben estar disponibles a los

[403] Según MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, tales medios de acceso alternativos son "*una materialización práctica de la garantía de no discriminación en el acceso a los procedimientos de contratación electrónica*", pues posibilitan que un licitador pueda presentar su oferta de manera gratuita mismo con la imposición de un sistema no estándar ("Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES. I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1936-1937).

interesados, no ser discriminatorias, y seguir estándares abiertos de uso general; c) los programas y aplicaciones para presentación electrónica de ofertas y solicitudes de participación deben ser de amplio uso, fácil acceso y no discriminatorios, o puestos a disposición por el órgano de contratación; d) los sistemas precisan ofrecer la integridad de los datos transmitidos y suficiente seguridad con relación a virus informáticos y otros tipos de programas nocivos[404], e) las aplicaciones para las comunicaciones y notificaciones deben acreditar la fecha y hora del envío o puesta a disposición y la de la recepción o acceso por el interesado, la integridad del contenido y la identidad del remitente; f) el órgano de contratación debe especificar el nivel de seguridad exigido de los medios electrónicos utilizados, que necesita ser proporcional a los riesgos; g) la referencia de la ley a la presentación de documentos escritos no obsta la presentación de los mismos a través de medios electrónicos; h) el envío de las ofertas por medios electrónicos puede ocurrir en dos fases: primero la huella electrónica de la oferta y después la oferta propiamente dicha en el plazo máximo de 24 horas; i) los licitadores o candidatos que presenten sus documentos en forma electrónica pueden presentar al órgano de contratación una copia de seguridad de eses mismos documentos en soporte físico electrónico; j) los formatos de los documentos electrónicos en los expedientes de contratación deben seguir especificaciones públicamente disponibles y de uso no sujeto a restricciones, con libre y plena accesibilidad a los mismos por los órganos y los interesados; y k) la posibilidad de exigencia de la previa inscripción de los operadores económicos en el Registro de Licitadores para la tramitación de procedimientos de adjudicación por medios electrónicos.

[404] Sobre el tema de la seguridad en la contratación electrónica, véase ALAMILLO DOMINGO, I. "Innovación y seguridad en la contratación pública. Especial referencia a la presentación y recepción electrónica de ofertas". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 353-386.

2.9.2. El perfil de contratante y la PCSP

El art. 63 de la LCSP establece que los órganos de contratación deben difundir exclusivamente por Internet su perfil de contratante, que es definido como el elemento que agrupa la información y documentos relativos a la actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público. La forma de acceso al perfil de contratante debe constar en los pliegos y documentos equivalentes, así como en los anuncios de licitación en todos los casos. Ese acceso a las informaciones es libre y no puede exigir identificación previa, con excepción del caso de acceso a servicios personalizados asociados al contenido del perfil. Además, toda la información precisa ser publicada en formatos abiertos y reutilizables, y permanecer accesible al público por un plazo no inferior a 5 años.

El perfil de contratante es, por lo tanto, una herramienta de transparencia en la contratación pública, a través de la publicidad activa por parte del órgano de contratación[405]. La importancia del perfil de contratante en la LCSP es subrayada por GAMERO CASADO:

> La potenciación del perfil del contratante es, a mi juicio, una de las mayores virtudes de la LCSP. Se produce un incremento exponencial de la información que debe difundirse por ese medio, mejorando no solo la transparencia pública, sino también la tutela judicial efectiva de todos los operadores económicos, que disponen de un relevantísimo canal de suministro de los datos que necesitan para controlar el adecuado funcionamiento del mercado de los contratos públicos,

[405] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. "Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma". En MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J. A. (Dir.). *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*. Madrid: Iustel, 2020, p. 305.

> resultándoles mucho más fácil desarrollar labores de vigilancia y articular correlativos recursos[406].

El art. 63 también enumera una larga serie de documentos e informaciones que los órganos de contratación están obligados a publicar relativas a licitaciones y contratos en su perfil de contratante. El objetivo es dar efectividad al intento expuesto en el preámbulo de la propia LCSP, que es otorgar al perfil de contratante "*un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad*". Así, una lista exhaustiva de los documentos a ser publicados evita dejar la decisión sobre qué publicar a los propios órganos de contratación, que podría causar opacidad en determinadas situaciones[407].

El otro gran espacio de publicidad de las licitaciones y contratos en Internet previsto por la LCSP es la Plataforma de Contratación del Sector Público, reglada en el art. 347. Es una plataforma electrónica para la difusión en Internet de los perfiles de contratante de los órganos de contratación del sector público. Su utilización es obligatoria para todas las entidades del sector público estatal, que deben gestionar y difundir sus perfiles de contratante exclusivamente a través de esa plataforma.

Las Comunidades Autónomas también podrán crear sus propias plataformas de contratación, para la publicación de los perfiles de contratante de sus órganos de contratación, de sus entes, organismos y entidades vinculados o dependientes. Las Comunidades que opten por no crear sus propias plataformas deberán alojar sus perfiles del contratante directamente en la Plataforma de Contratación del Sector

[406] GAMERO CASADO, E. "El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2018, p. 169.

[407] Vid. MARTÍN DELGADO, I. "El uso de los medios electrónicos...", *ob. cit.*, p. 1686.

Público. Independente de la opción realizada pela Comunidad, es obligatoria la publicación de la convocatoria de todas sus licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Existiendo divergencia entre la información de la plataforma de la Comunidad Autónoma y la de la Plataforma de Contratación del Sector Público, prevalecerá la primera.

Ya en el caso de los órganos de contratación de las Administraciones locales, y de sus entidades vinculadas o dependientes, habrá la opción de publicar el perfil de contratante en la plataforma creada por la Comunidad Autónoma o en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

La importancia de las publicaciones de los anuncios de licitación en el perfil de contratante vinculado a la Plataforma de Contratación del Sector Público (o de las plataformas de las Comunidades Autónomas) está manifestada en el art. 39.2.c), que establece que la ausencia de esa publicación torna nulo de pleno derecho el contrato celebrado[408].

2.9.3. La subasta electrónica

El art. 143 de la LCSP establece que, para la adjudicación del contrato, el órgano de contratación puede utilizar la subasta electrónica, definida[409] allí como un proceso electrónico repetitivo,

[408] Véase MARTÍN DELGADO, I. "La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos". En GAMERO CASADO y GALLEGO CÓRCOLES (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1989-1990.

[409] La definición planteada por GALLEGO CÓRCOLES es la siguiente: "*la subasta electrónica se configura como una subasta de compra o subasta inversa, es decir, una subasta en las que el comprador define a nivel de detalle las especificaciones de lo que desea comprar e invita a los potenciales proveedores a participar, de modo que éstos van haciendo sus ofertas y tienen la capacidad de mejorarlas en la medida*

después de una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores en elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, a través de un dispositivo electrónico que permita la clasificación mediante métodos de evaluación automatizados.

De acuerdo con SUBIRANA DE LA CRUZ, "*la figura de la subasta electrónica puede ser utilizada por cualquiera de los entes que tiene la consideración de sector público a los efectos de la LCSP*"[410]. La subasta electrónica puede ser usada en los procedimientos abiertos, en los restringidos, y en las licitaciones con negociación, desde que las especificaciones del contrato a ser adjudicado puedan establecerse de manera precisa en los pliegos y que las prestaciones de su objeto no tengan carácter intelectual. El uso de las subastas electrónicas no puede ser abusivo, perjudicar la competencia o modificar el objeto del contrato. Los contratos con objeto relacionado con la calidad alimentaria igualmente no pueden ser adjudicados a través de subasta electrónica (art. 143.11).

La subasta electrónica puede basarse en dos tipos de criterios: 1) únicamente en los precios, para contratos a ser adjudicados exclusivamente por el precio; o 2) en los precios y en nuevos valores de elementos objetivos de la oferta que sean cuantificables y posibles de expresión en cifras o en porcentajes, si el contrato es adjudicado mediante varios criterios de adjudicación. Como señala FONTEVILA

que avanza la subasta. Se trata, en definitiva, de un instrumento que permite la adjudicación del contrato a través de un sistema competitivo de ofertas de conformidad con un conjunto de reglas conocidas por los participantes" ("Las subastas electrónicas en la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 144, 2016, versión electrónica).

[410] SUBIRANA DE LA CRUZ, S. "Instituciones específicas". En PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.). *Contratación Administrativa Electrónica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 221-296.

ANTOLÍN[411], la nota característica de la subasta electrónica es su contenido objetivo que permite una concreción automática de las mejoras de las ofertas en su fase.

Cuando un órgano de contratación decidir utilizar la subasta electrónica, debe comunicarlo en el anuncio de licitación e incluir las siguientes informaciones: a) los elementos objetivos a cuyos valores se refiera la subasta electrónica; b) en su caso, los límites de los valores que podrán presentarse, resultantes de las especificaciones relativas al objeto del contrato; c) la información que se pondrá a disposición de los licitadores durante la subasta electrónica y el momento en que se facilitará; d) la forma del desarrollo de la subasta; e) las condiciones en que los licitadores podrán pujar y las mejoras mínimas que se exigirán, en su caso, para cada puja; y f) el dispositivo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.

Como recuerdan RAZQUIN LIZARRAGA y VÁZQUEZ MATILLA[412], la subasta electrónica es una fase en un procedimiento abierto, restringido o de licitación con negoción, así que la tramitación debe seguir las reglas previstas para el procedimiento que se está realizando para la adjudicación del contrato. El primero paso del órgano de adjudicación es evaluar la admisibilidad de las ofertas y su conformidad con los criterios de adjudicación.

Las ofertas admitidas serán invitadas a participar de la subasta, a través de invitación que incluirá la información para la conexión

[411] FONDEVILA ANTOLÍN, J. "La Subasta Electrónica". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 2059.

[412] RAZQUIN LIZARRAGA, M. y VÁZQUEZ MATILLA, J. *La adjudicación de contratos públicos...*, *ob. cit.*, pp. 400-401.

individual al dispositivo electrónico utilizado y la fecha y la hora de comienzo de la subasta electrónica, así como el resultado de la evaluación de la oferta del licitador y la fórmula matemática que se utilizará para la reclasificación automática de las ofertas. Debe existir un plazo mínimo de dos días hábiles entre el envío de las invitaciones y el comienzo de la subasta.

La subasta electrónica puede desarrollarse en una única fase o en fases sucesivas[413], de acuerdo con los pliegos de la contratación y la invitación. Durante cada fase de la subasta, de forma continua e instantánea, los licitadores deben ser comunicados de su actual clasificación. También pueden ser informados los precios o valores presentados por los otros licitadores, y el número de los participantes en la correspondiente fase de la subasta, siempre sin divulgar sus identidades.

La subasta puede encerrarse de las siguientes formas: a) en una fecha y hora concretas, señaladas en la invitación; b) por la falta de presentación de nuevos precios o de nuevos valores que cumplan los requisitos de mejoras mínimas, desde que la invitación informe el plazo a transcurrir entre la recepción de la última puja y el cierre de la subasta; y c) por la finalización del número de fases previsto en la invitación, que debe indicar el calendario que será observado en cada una de las fases.

2.10. La contratación pública verde

[413] Vid. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. "Los procedimientos de contratación pública electrónica...", *ob. cit.*, p. 1216.

La gran preocupación de la Unión Europea con el medio ambiente, y el uso de la denominada contratación pública estratégica para la realización de políticas públicas que intenten promover productos y servicios más sostenibles para la sociedad, ya fue tratado en el capítulo anterior. Como no podría ser de otra manera, la transposición de las normas europeas para el ordenamiento jurídico español también ha buscado garantizar esa visión ecológica en la contratación pública.

La LCSP, ya en su art. 1.3, confirma su opción por la contratación pública estratégica, mencionando la necesidad de las compras públicas llevaren en consideración aspectos medioambientales y sociales:

> En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Según GIMENO FELIÚ[414], tal precepto es una clara innovación sobre la comprensión práctica de la contratación pública, que abandona la burocracia formal y el economicismo para incorporar una visión estratégica, que incluyen valores sociales y ambientales. Así, pasan a formar parte de los contratos públicos esas consideraciones sociales y medioambientales, que podrán ser exigidas en las diversas fases de la contratación[415].

---

[414] GIMENO FELIÚ, J. M. *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*..., *ob. cit.*, pp. 97-98.

[415] Véase MORENO MOLINA, J. A. *Hacia una compra pública responsable y sostenible..., ob. cit.,* pp. 77-78.

El momento de la propia preparación de la contratación puede ser considerado primordial[416], pues ya allí debe existir un enfoque ambiental en la elección del objeto y la delineación de sus características. Ante una necesidad concreta, la Administración casi siempre dispone de una gama de posibilidades para resolverla, así que es importante que, desde luego, aquellas soluciones que contengan impacto ecológico reducido o determinados rasgos ambientales sean puestas como prioridad[417].

El art. 126, que trata de las prescripciones técnicas, deja clara esa opción. Su apartado 4 exige que, cuando el objeto del contrato afecte al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definan criterios de sostenibilidad y protección ambiental[418]. El apartado 5, por su vez, trata de la formulación de las prescripciones técnicas, siendo que una de las posibilidades es que esa formulación ocurra en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, donde estarán incluidas las características medioambientales. Por otro lado, en el art. 125, están descritas algunas exigencias ambientales que deben constar en

[416] Vid. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. "Incorporación clausulas ambientales...", *ob. cit.*, pp. 40-41.

[417] Véase ALONSO GARCÍA, M. C. "Contratación pública ecológica". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2773-2774.

[418] La reciente Ley 7/2021, de 20 de mayo, que trata de medidas sobre el cambio climático y la transición energética, hace una referencia expresa a esa norma en su art. 31.1: "*...para ello, la contratación de la Administración General del Estado y el conjunto de organismos y entidades del sector público estatal incorporará, de conformidad con el artículo 126.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como prescripciones técnicas particulares en los pliegos de contratación, criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono dirigidos específicamente a la lucha contra el cambio climático*". Véase LAZO VITORIA, X. "¡Habemus Ley de Cambio Climático!". *Observatorio de Contratación Pública*, 2021. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/habemus-ley-de-cambio-climatico.

las prescripciones técnicas de los contratos de obras, suministros y servicios[419].

También está permitido que los órganos de contratación, para la adquisición de obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, utilicen las llamadas etiquetas ecológicas como medio de prueba del cumplimiento de esos requisitos. Esa exigencia puede estar en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, pero, siguiendo la regla general, los requisitos de la etiqueta también deben siempre estar relacionados a los criterios vinculados al objeto del contrato[420].

La fase de selección del contratista también posee importantes previsiones relacionadas a exigencias medioambientales. El art. 71 establece prohibiciones de contratar para personas: a) condenadas mediante sentencia firme por delitos relativos a la protección del medio ambiente; b) sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia medioambiental; y c) incumplidoras de cláusulas esenciales del contrato, como las condiciones especiales de ejecución del art. 202 que incluyen las de carácter medioambiental[421].

Con relación a exigencias de solvencia técnica o profesional de los operadores económicos, el órgano de contratación podrá requerir

[419] Vid. LÓPEZ TOLEDO, P. "La consideración de aspectos ambientales y sociales...", *ob. cit.*, p. 25-26.

[420] Véase BRITO RODRÍGUEZ, M. "Cláusulas medioambientales en la contratación pública: necesaria vinculación al objeto del contrato". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 171, 2021, pp. 118-129.

[421] Vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. "La contratación del sector público y la protección del medio ambiente. Objetivos y medios". En QUINTANA LÓPEZ (Dir.), RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y CASARES MARCOS, A. (Coord.). *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 182-183.

la comprobación de aptitud ambiental para la ejecución del contrato de forma sostenible e integradora, que pueden ser acreditadas, por ejemplo, por certificados de sistemas de gestión ambiental[422]. Estos certificados deben hacer referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión Europea, a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos conforme el art. 45 del Reglamento (CE) n.º 1221/2009, o a otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales de organismos acreditados, debiendo también ser aceptados otros certificados o pruebas de medidas equivalentes.

Con relación a la fase de adjudicación, la LCSP también sigue el camino de la Directiva 2014/24/UE y promueve aún más la incorporación de aspectos medioambientales en los criterios de adjudicación. La regla general de la LCSP esculpida en el art. 145 para la adjudicación de los contratos es la utilización de "*una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio*". Los aspectos medioambientales son incluidos exactamente como posibles criterios de evaluación de la calidad a ser considerados durante el proceso de análisis de las ofertas.

La LCSP también aporta una lista ejemplificativa de posibles características medioambientales que pueden ser usadas como criterios cualitativos: la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; el empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética; la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y el mantenimiento o mejora de los recursos naturales afectados por la ejecución del contrato.

[422] Véase VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y GÓMEZ FARIÑAS, B. "Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental". En LAZO VITORIA, X. (Dir.). *Compra pública verde*. Barcelona: Atelier, 2018, p. 79-101.

Por otra parte, el art. 145, 3, h), exige que, en contratos cuya ejecución pueda traer un significativo impacto medioambiental, para la adjudicación se valoren condiciones ambientales mensurables como "*el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos*".

La LCSP también incorpora de las normas europeas el uso del cálculo del coste del ciclo de vida como criterio de adjudicación de los contratos, para determinar la mejor relación coste-eficacia[423]. El coste del ciclo de vida, así, está vinculado a la apreciación de la rentabilidad del objeto a ser contratado, en contraposición al mero precio[424]. La definición y el método del cálculo del coste de vida están definidos en el art. 148 de la LCSP, que utilizó los mismos conceptos presentes en la Directiva 2014/24/UE.

De esta forma, en el ciclo de vida de un producto, obra o servicio, estarán comprendidas "*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".*

[423] Vid. PASTOR SÁNCHEZ, J. "Determinación del coste del ciclo de vida...", *ob. cit.*, pp. 83-120.

[424] Véase LAZO VITORIA, X. "La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público...", *ob. cit.*, p. 141.

El cálculo del coste del ciclo de vida debe incluir, total o parcialmente, los costes del órgano de adjudicación o de otros usuarios (adquisición, utilización, mantenimiento, y costes de final de vida) y también los costes de externalidades medioambientales vinculadas al objeto durante su ciclo de vida, desde que su valor monetario pueda determinarse y verificarse. En estos costes de externalidades medioambientales pueden ser incluidos el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático.

Por fin, en la fase de ejecución del contrato, el art. 202 obliga que los órganos de contratación establezcan en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una condición especial de ejecución relacionada a consideraciones económicas, de innovación, medioambientales o sociales[425]. Cualquier condición especial de ejecución que el órgano de contratación decida exigir debe estar vinculada al objeto del contrato, no ser directa o indirectamente discriminatoria, ser compatible con el Derecho de la Unión Europea y ser indicada en el anuncio de licitación y en los pliegos.

Con relación particularmente a las posibles condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental que pueden ser adoptadas, la LCSP cita: a) reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero; b) mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del

[425] Para GUERRERO MANSO, "*este precepto supone un gran avance en relación a la compra publica estratégica, ya que establece la necesidad de que todo contrato contenga una previsión sobre otras políticas públicas. Sin embargo, la posibilidad de optar por diversos tipos de medidas: sociales, ambientales, económicas o de innovación, evidencia que no será obligatoria la inclusión de cláusulas específicamente ambientales, sino que en cada caso el titular del órgano de contratación decidirá, en función del tipo de contrato y del objetivo del mismo, que condición o condiciones son las más adecuadas.*" ("La inclusión de condiciones especiales de ejecución...", *ob. cit.*, p. 150).

contrato; c) gestión más sostenible del agua; d) fomento del uso de las energías renovables; e) promoción del reciclado de productos y uso de envases reutilizables; o f) impulso de entrega de productos a granel y la producción ecológica.

2.11. Las cláusulas sociales

Las preocupaciones de carácter social vinculadas a la contratación pública estratégica también han merecido la atención de la LCSP. El ya mencionado art. 1.3, que expone la visión estratégica que la ley española busca para la contratación pública, incluye expresamente los criterios sociales, juntamente con los medioambientales, como aquellos que deben ser incorporados en las compras públicas siempre que guarden relación con el objeto del contrato. Como recuerda GIMENO FELIÚ, "*la visión social de la contratación pública deviene como una exigencia de la correcta aplicación del derecho a una buena administración, pues no pueden desconocerse las exigencias de justicia social*"[426].

En la fase de preparación del contrato, por ejemplo, el art. 126 establece que, en las contrataciones destinada al uso de personas físicas, las prescripciones técnicas necesitan llevar en consideración los derechos de las personas con discapacitad, garantizando la accesibilidad universal y el diseño universal o diseño para todas las personas, salvo circunstancia suficientemente motivada[427]. Asimismo,

[426] GIMENO FELIÚ, J. M. "Hacia la compra pública socialmente responsable". *Observatorio de Contratación Pública"*, 2019. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/hacia-la-compra-publica-socialmente-responsable.

[427] Véase PUERTA SEGUIDO, F. y PUNZÓN MORALEDA, J. "Contratación pública socialmente responsable y discapacidad. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 159, 2019, p. 76.

cuando existan requisitos de accesibilidad obligatorios adoptados por acto jurídico de la Unión Europea, las especificaciones técnicas precisan ser definidas de acuerdo con esas normas.

También se permite la requisición de etiquetas de tipo social en las prescripciones técnicas (así como en los criterios de adjudicación y en las condiciones de ejecución del contrato). El art. 127.2 propone algunos ejemplos de esas posibles etiquetas, como aquellas relacionadas con el comercio justo, la igualdad de género o el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

Otro punto de relevancia social a ser considerado en la preparación del contrato está en la fijación del presupuesto base de la licitación (art. 100.2), que debe realizar el desglose de los costes salariales, con desagregación de género y categoría profesional, de las personas empleadas para la ejecución del contrato, a partir del convenio laboral de referencia para esos trabajadores[428]. La preocupación de la LCSP sobre ese tema es subrayada por el TACRC en la Resolución 632/2018, de 29 de junio: "*es evidente que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral. Vinculación que cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos, como los de servicios, donde los costes de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación*".

Con relación a la fase de selección del contratista, el art. 71 presenta casos de prohibiciones de contratar relacionados a objetivos sociales: 1) condenación mediante sentencia firme por delitos contra

[428] Vid. MEDINA ARNÁIZ, T. "El destino de las cláusulas sociales ...", *ob. cit.*, pp. 262-263.

los derechos de los trabajadores; 2) sanción con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad 3) sanción con carácter firme por infracción muy grave en materia laboral o social; 4) empresas de 50 o más trabajadores que no cumplen el requisito de que al menos el 2% de sus empleados sean trabajadores con discapacidad[429], conforme el art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013; y 5) empresas de más de 250 trabajadores que cumplen con la obligación de un plan de igualdad de mujeres y hombres conforme el art. 45 de la Ley Orgánica 3/2007[430].

En la fase de adjudicación del contrato, también existe la previsión de adopción de criterios de adjudicación de carácter social. Es importante señalar que, así como en los aspectos medioambientales, eses aspectos sociales deben obligatoriamente estar vinculados al objeto del contrato[431]. De esta forma, según el art. 145.2, las características sociales del objeto a ser contratado podrán ser usadas como criterios cualitativos en la valoración de la mejor relación calidad-precio por el órgano de contratación[432].

---

[429] En su Informe 109/2018, la JCCE declaró que el cálculo a ser utilizado para la verificación de esa obligación debería ser el Criterio Técnico 98/2016 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

[430] Para ROMEO RUIZ, la LCSP podría haber sido más ambiciosa en esa regulación, utilizando todas las posibilidades que la Directiva 2014/24/UE le posibilitaba ("Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público". *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018, pp. 297-325).

[431] Véase HERNÁEZ SALGUERO, E. "Cláusulas sociales en la contratación pública". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES. I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2820-2824.

[432] GIMENO FELIÚ hace una advertencia sobre el uso de criterios sociales en la adjudicación: "*Con todo, la admisión de criterios sociales de adjudicación, como opción, debe preservar la idea del cumplimiento social de la prestación. De nada sirve un criterio social si luego la empresa que resulta adjudicataria en su oferta ha optado por otros criterios, como el precio. La utilización de criterios sociales debe servir para "forzar una comparación de ofertas" global, y no para optar entre modelos sociales o no sociales de la oferta*" ("Las condiciones sociales en la contratación pública...", *ob. cit.*, p. 267).

La propia LCSP hace una lista de algunas de las finalidades que pueden ser colocadas en los pliegos como características sociales de los contratos: fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; fomento de la contratación femenina; conciliación de la vida laboral, personal y familiar; mejora de las condiciones laborales y salariales[433]; estabilidad en el empleo[434]; contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; formación y protección de la salud y la seguridad en el trabajo; aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato[435].

[433] De todas las hipótesis de criterios sociales, quizá esta sea la que cause más discusión, principalmente sobre la relación entre las mejoras salariales y una posible o no mejora del nivel de rendimiento del contrato. Véase, por ejemplo, la Resolución 235/2019, de 8 de marzo, del TACRC, y la Resolución 94/2019, de 21 de junio, del TARCCYL.

[434] Esta estabilidad es referente al personal que realizará la ejecución del contrato, y no al conjunto de la plantilla total de la empresa, como explica el TACRC en su Resolución 885/2021, de 15 de julio.

[435] Para una clasificación de esas cláusulas sociales con arreglo a sus finalidades específicas, véase PALACÍN SÁENZ, B. "Contratación pública social". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, p. 73.

La LCSP también prioriza la utilización de criterios sociales en los criterios de desempate de ofertas[436]. En el apartado 1 del art. 147, está prevista la posibilidad de los órganos de adjudicación establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares determinados criterios de desempate. Esos criterios deben estar vinculados al objeto del contrato y referirse a: a) porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al exigido por la normativa; b) proposiciones de empresas de inserción; c) proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro en la adjudicación de contratos de prestaciones de carácter social o asistencial; d) ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo en la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos de comercio justo; y e) empresas que incluyan en sus proposiciones medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

De otra parte, en defecto de la previsión en los pliegos, la LCSP ofrece la siguiente orden de desempate a través de criterios sociales[437] (con excepción del sorteo): a) mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de las empresas; b) menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla

[436] Véase la Recomendación de la JCCE, de 28 de febrero: "*El artículo 147 de la LCSP ya no se refiere a supuestos concretos ni limita su aplicación dependiendo de los criterios de adjudicación que se apliquen en cada caso. Tanto por su ubicación sistemática como por la patente diferencia con la regulación anterior es evidente que tales criterios son aplicables a cualquier tipo de contrato, cualesquiera que sean los criterios de adjudicación aplicables, incluidos también los contratos de los poderes adjudicadores y los de las entidades del sector público que no son poderes adjudicadores, siendo esta la intención evidente del legislador*".

[437] Según ROMEO RUIZ, se trata de "*un importante avance en materia social, ya que la incorporación de cláusulas de desempate de carácter social deviene en cuestión preceptiva, aún articulándose un doble sistema alternativo: o bien es el órgano de contratación quien determina en el pliego cómo operará la cláusula de preferencia, o, de no hacerlo, se activa el sistema contenido en el punto segundo, de manera que, de una u otra manera, todo proceso de licitación comprenderá un sistema de desempate basado en aspectos de carácter social*" ("Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017...", *ob. cit.*, versión electrónica).

de las empresas; c) mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de las empresas; y d) sorteo.

Ya con relación a las condiciones especiales de ejecución de tipo social, que siguen las mismas reglas de las de tipo medioambiental, la LCSP hace una larga lista ejemplificativa de las posibles finalidades: a) efectivar los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; b) contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; c) promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral; d) eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral, fomentando medidas para la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; d) favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; e) combatir el paro, en particular el juvenil, el de las mujeres y el de larga duración; f) favorecer la formación en el lugar de trabajo; g) garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; h) medidas para prevenir la siniestralidad laboral; i) otras establecidas por la estrategia coordinada para el empleo, definida en el art. 145 del TFUE; y j) garantizar el respeto a los derechos laborales básicos en la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

Es importante también señalar, dentro de los aspectos sociales de la LCSP, la reserva de determinados contratos, que son tratados en las Disposiciones Adicionales cuarta y cuadragésima octava. Los llamados contratos reservados buscan fomentar la inserción de

personas con discapacidad y en situación de exclusión social en el mercado laboral[438]

En la Disposición Adicional cuarta hay la previsión de la fijación, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, de porcentajes mínimos de reserva para Centros Especiales de Empleo de iniciativa social[439] y a empresas de inserción reguladas en la participación de procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos. Otra posibilidad es un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de los contratos en el marco de programas de empleo protegido, desde que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en la normativa de referencia y al menos 30%.

La LCSP misma instituye que, caso el acuerdo del Consejo de Ministros no se adopte en el plazo de un año a partir de la vigencia de la ley, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar un porcentaje mínimo de reserva de 7%, que se incrementará hasta un 10% en cuatro años de la vigencia de la LCSP. Tal porcentaje debe ser calculado sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV del anexo VI celebrados en el ejercicio anterior.

---

[438] Vid. ANDRÉS PÉREZ, M. R. "Los contratos reservados en la ley 9/2017, del 8 de noviembre". *Observatorio de Contratación Pública*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/los-contratos-reservados-en-la-ley-92017-del-8-de-noviembre.

[439] Como subraya el OARC/KEAO, en su Resolución 130/2018, de 4 de octubre, *"hay que señalar que no cabe estimar la alegación de que la reserva efectuada a favor de los centros especiales de empleo de iniciativa social es discriminatoria y contraria a la competencia. Como bien explica el citado Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE, la reserva ya es, de por sí, una discriminación positiva que supone una excepción, justificada por razones sociales, a los principios de igualdad de trato, libre acceso a las licitaciones y libre competencia en los que se basa el Derecho de la Unión en materia de contratación pública".*

Por su vez, la Disposición Adicional cuadragésima octava dispone que los órganos de contratación pueden reservar a determinadas organizaciones a participación en licitaciones de determinados contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud listados en el Anexo IV. Para disputar eses contratos reservados, las organizaciones deben cumplir los siguientes requisitos: a) tener como objetivo la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los referidos servicios; b) los beneficios precisan ser reinvertidos para alcanzar el objetivo de la organización, o que la distribución o redistribución de beneficios se realice con arreglo a criterios de participación; c) las estructuras de dirección o propiedad de la organización se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas; y d) el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato reservado para los servicios en cuestión en los tres años precedentes.

2.12. Ejecución de los contratos

Durante mucho tiempo, la fase de ejecución de los contratos ha merecido menos atención que las fases de preparación y, principalmente, de adjudicación[440]. Todavía, esa visión está cambiando exactamente por la necesidad de garantizarse que la prestación cuidadosamente contractada sea, en el final, efectivamente realizada en favor de la Administración y de la sociedad. Como bien señala GIMENO FELU, "*la ejecución de los contratos público es la fase más*

[440] Vid. GORDO CANO, D. "Aspectos prácticos de la ejecución del contrato. Problemas y soluciones". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 171, 2021, pp. 80-92.

importante, pues de ahí depende el correcto cumplimiento de la necesidad pública a satisfacer con el contrato"[441].

La LCSP refiere que los efectos de los contratos administrativos son regidos por las normas del art. 25.2 (en forma secuencial: LCSP y sus disposiciones de desarrollo, normas de derecho administrativo y las normas de derecho privado) y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, o documento descriptivo que sustituya a éstos. El art. 189 afirma la obligatoriedad del contrato ser cumplido conforme sus cláusulas, pero "*sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas*"[442].

La existencia de esas prerrogativas en favor de la Administración Pública es, quizá, uno de los trazos más distintivos de los contratos administrativos en comparación con los contratos privados. Para HERNÁNDEZ CORCHETE[443], este régimen jurídico sigue una "lógica interna", que es que las prestaciones del contrato sean cumplidas de

[441] GIMENO FELIÚ, J. M. "Nuevos paradigmas de la contratación pública tras la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público". Ponencia en el IX Seminario de Contratación Pública en Formigal, *Nuevos escenarios y retos para la contratación pública: discusión práctica*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos_1._J.M.GIMEN._NUEVOS_RETOS_DE_LA_CONTRATACION_PUBLICA_TRAS_LA_LEY_9_2017_de_CONTRATOS_DEL_SECTOR_PUBLICO_a7aa0e26.pdf.

[442] Según GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, "*este precepto nos anuncia la característica combinación del contrato administrativo entre la lógica contractual común propia del Código Civil (los contratos se cumplen según sus propias cláusulas) y las especificidades del mundo jurídico-administrativo, de las prerrogativas*" ("Efectos, ejecución, modificación de los contratos, resolución, cesión y subcontratación (artículos 188 a 218 de la LCSP 2017". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2018, p. 91).

[443] HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A. "Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2138-2141.

forma a realizar la finalidad pública perseguida por la Administración contratante.

El art. 190 enumera las prerrogativas de la administración: a) interpretar los contratos administrativos; b) resolver las dudas en su cumplimiento; c) modificar los contratos por razones de interés público; d) declarar la responsabilidad imputable al contratista; e) suspender la ejecución del contrato; f) acordar la resolución y determinar sus efectos; y g) facultad de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y límites de la ley.

Obviamente, tales prerrogativas no pueden ser ejercidas arbitrariamente por la Administración en sus contratos, debiendo seguir obedecer a los límites legales. Para RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y HERCE MAZA, "*una buena administración ejercerá sus potestades en el seno de la ejecución del contrato de manera responsable y ética. Sus resoluciones deberán ser proporcionales, razonables y estar motivadas de tal manera que se busque el mayor equilibrio posible entre las partes*"[444].

2.12.1. Responsabilidad contractual y extracontractual

La LCSP trata de los problemas en la ejecución del contrato. El art. 192 versa sobre el incumplimiento parcial y el cumplimiento defectuoso. El cumplimiento defectuoso precisa tener sus penalidades[445] previstas en los pliegos o en el documento descriptivo,

[444] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERCE MAZA, J. I. "La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato". *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, p. 51.

[445] Sobre la naturaleza de esas penalidades contractuales, el Tribunal Supremo afirma que "*es punto común y pacífico que en lo sustantivo tales penalidades no responden*

siendo las penalidades obligatoriamente proporcionales a la gravedad del incumplimiento[446]. Por su vez, en caso de incumplimiento parcial del contrato, por culpa del contratista, la Administración tiene la opción de realizar la resolución del contrato o imponer las penalidades previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

Ya en caso de demora en la ejecución, sea dentro del plazo total o en plazos parciales en una ejecución sucesiva, la Administración también aplicará medidas contra el contratista. Cuando, por su culpa, el contratista incurra en demora en el cumplimiento del plazo total, la Administración optará por la resolución del contrato o la imposición de las penalidades diarias de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato. Toda vez que esas penalidades de demora alcancen un múltiplo de 5% del precio del contrato, el órgano de contratación podrá efectuar la resolución del contrato o acordar su continuidad con la imposición de nuevas penalidades. Por su vez, caso el contratista culpablemente incumpla plazos parciales, la Administración puede aplicar esas mismas penalidades, desde que exista previsión en el pliego de cláusulas administrativas particulares o la imposibilidad de cumplir el plazo total sea presumible.

---

al ejercicio de una potestad sancionadora, luego para su imposición no se sigue un procedimiento específico de naturaleza sancionadora ni éste es aplicable supletoriamente. Al respecto es jurisprudencia de esta Sala que responden al ejercicio de una facultad de coerción sobre el contratista para la correcta ejecución del contrato, facultad que implica poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuye a la Administración" (STS 1689/2019, de 21 de mayo).

[446] CANALES GIL y HUERTA BARAJAS apuntan que esas penalidades no son sanciones en sentido estricto, pero desempeñan una función coercitiva para presionar el contratista al cumplimiento de la obligación principal (*Comentarios a la Ley 9/2017...*, *ob. cit.*, p. 495).

Por otro lado, como bien señala GARCÍA ÁLVAREZ[447], la imposición de esas penalidades no excluye la indemnización que la Administración pueda cobrar por todos los daños y perjuicios producidos por el retraso imputable al contratista, de acuerdo con la redacción del art. 194.1. La imposición de la penalidad tiene carácter preferente, pero no impide que la Administración realice la cuantificación total de sus daños y perjuicios y cobre una indemnización completa.

El contratista también será responsabilizado y deberá indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros en la ejecución del contrato[448]. Todavía, cuando el daño o perjuicio ocurra como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, esta será responsable en los límites legales. Igualmente, la Administración también responderá por los daños causados a terceros en razón de los vicios del proyecto en el contrato de obras.

2.12.2. Modificación de los contratos

La modificación de los contratos administrativos es uno de los temas más delicados en la fase de ejecución. Como ya visto, la Administración tiene la prerrogativa de modificar unilateralmente los

[447] GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. "La responsabilidad en la ejecución de los contratos públicos: penalidades, responsabilidad frente a la administración contratante y frente a terceros". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1311-1312.

[448] Para la discusión sobre la posibilidad del sujeto dañado, por acto imputable al contratista, demandar *prima facie* la Administración, para esta pagar la indemnización y posteriormente cobrar en vía de regreso contra el contratista, véase GAMERO CASADO, E. "Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista por daños a terceros en la ejecución del contrato". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2201-2258.

contratos por motivos de interés público, el llamado *ius variandi*[449]. Esa facultad, que va en contra de la regla general del Derecho privado sobre la inmutabilidad de los contratos, muchas veces no es utilizada de forma adecuada, siendo instrumento para la realización de actos de corrupción[450].

CODINA GARCÍA-ANDRADE[451] registra que la LCSP sigue el modelo de modificaciones contractuales de la Directiva 2014/24/UE, pero con límites más estrictos que aquellos previstos en las normas europeas. Así, el art. 203 de la ley española reafirma la potestad de modificación de los contratos por razones de interés público, haciendo una división entre los supuestos posibles: 1) existencia de previsión en el pliego de cláusulas administrativas particulares; o 2) de forma excepcional, cuando no exista previsión en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pero se cumplan los requisitos del art. 205.

Cuando expresamente prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la modificación de los contratos exige dos requisitos con relación a la cláusula de modificación: a) su formulación debe ser clara, precisa e inequívoca; y b) debe detallar suficientemente

[449] El TACPA, en el Acuerdo 117/2017, de 21 de noviembre, recuerda que "l*a potestad de ius variandi en los contratos administrativos nunca puede entenderse como una potestad sin límites ni, mucho menos, de alcance general justificada por el interés público que se presume en las decisiones de todo poder contratante. En consecuencia, el ejercicio de esta posibilidad de modificación, en tanto supone una alteración del objeto de la licitación —que, recuérdese, debe ser cierto— debería tener carácter excepcional, tal y como se viene argumentando sin quiebra por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que configura la modificación contractual como una facultad reservada para los supuestos legales tasados y cuya interpretación debe recibir un tratamiento marcadamente restrictivo*".

[450] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*..., *ob. cit.*, pp. 280-281.

[451] CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. "La modificación objetiva de los del sector público en la nueva LCSP", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pp. 124-125.

su alcance, límites y naturaleza[452]; las condiciones de su uso por referencia a circunstancias verificables de forma objetiva; el procedimiento que debe ser realizado para la modificación; y no permitir el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato a través de la modificación.

Además, el contrato sólo podrá ser modificado hasta un máximo del 20% del precio inicial[453] y no será permitido la alteración de la naturaleza global del contrato inicial. La propia LCSP explica que se debe entender esa alteración cuando existir la adquisición de obras, suministros o servicios diferentes de los inicialmente pactados, o la modificación del tipo de contrato, no se aplicando para casos de substitución de alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual.

Por otro lado, el art. 205 trata de aquellas modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o si previstas, que no se ajusten a las exigencias del art. 204. Tales modificaciones precisan cumplir los siguientes requisitos: a) encontrar justificación en uno de los supuestos del apartado 2; y b) limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva de su necesidad.

El apartado 2 del art. 205 lista los tres supuestos en los cuales se puede justificar una modificación no prevista: a) necesidad de añadir

[452] Para HORGUÉ BAENA, esa exigencia busca asegurar el respeto a los principios de igualdad de trato y transparencia, de forma que todos los candidatos consigan comprender su sentido exacto ("Modificación de los contratos". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2289-2290).

[453] BAÑO LEÓN critica ese porcentaje, una vez que el límite en la directiva europea es 50%. La opción del legislador español daría menor flexibilidad a la Administración y podría comprometer la eficacia de la contratación ("El «modificado» de los contratos". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público.* Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1350-1352).

obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, desde que el cambio del contratista no sea posible por razones de tipo económico o técnico y la modificación del contrato no implique una alteración en su cuantía que exceda el 50% del precio inicial[454]; b) necesidad de modificar un contrato vigente debido a circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento de la licitación del contrato, desde que esas circunstancias una Administración diligente no hubiera podido prever, la modificación no altere la naturaleza global del contrato y la modificación del contrato no implique una alteración en su cuantía que exceda el 50% del precio inicial; y c) las modificaciones no sean substanciales, no resultando en un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado inicialmente.

Para este último requisito, la LCSP misma define los casos que deben ser considerados como una modificación substancial: 1) la modificación introduce condiciones que, si presentes en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos o la aceptación de una oferta distinta o habrían atraído a más participantes[455]; 2) la modificación altera el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una forma no prevista en el contrato inicial; y 3) la modificación amplia de forma importante el ámbito del contrato, como no caso de la cuantía de la modificación exceder, aislada o conjuntamente, el 15% por ciento del

[454] HORGUÉ BAENA apunta que esa cifra ser mayor que aquella de 20% para las modificaciones previstas en los pliegos "*resulta cuando menos paradójico*" ("Modificación de los contratos", *ob. cit.*, p. 2291).

[455] ROMAR advierte que esa exigencia no puede ser tomada de forma demasiada estricta, pues significaría admitir que tendría carácter esencial cualquier alteración en el valor estimado del contrato caso afectase la solvencia económica y financiera p la solvencia técnica exigidas en el procedimiento de contratación ("El régimen general de la modificación de los contratos en la Ley 9/2017 de contratos del sector público". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 159, 2019, p. 145).

precio inicial en los contratos de obras o el 10% en los demás contratos.

Por fin, la LCSP establece que las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración que no exceda el 20% del precio inicial del contrato[456]. Ya cuando la modificación no sea obligatoria al contratista, deberá existir la previa conformidad por escrito de él, o entonces deberá ser realizada la resolución del contrato.

2.12.3. Resolución de los contratos

El art. 209 dice que "los contratos se extinguirán por su cumplimiento o por resolución". Así, el fin de la relación contractual entre la Administración y el contratista ocurre cuando la totalidad de la prestación objeto del contrato es realizada (art. 210) o cuando sucede la resolución del contrato antes de su fin regular, debido a la concurrencia de una causa distinta del cumplimiento, y que ocasiona su extinción[457].

Las causas generales de resolución de los contratos[458] están listadas en el art. 211, con su aplicación regulada en el art. 212: a)

[456] VÁZQUEZ MANTILLA advierte que la obligatoriedad para el contratista en aceptar la modificación hasta ese porcentaje es al alza y a la baja ("Ejecución de los contratos". En DÍEZ SASTRE, S. (Ed.). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*. A Coruña: Iuris Utilitas, 2018, p. 217).

[457] Vid. CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J. A. *Comentarios a la Ley 9/2017...*, *ob. cit.*, p. 542.

[458] Según GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, "e*s interesante no confundir resolución con nulidad, tal como permite razonar la STS de 11 de enero de 2013, rec. 5082/2010, cuando, tras sostener las diferencias entre resolución y nulidad del contrato, concluye*

muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual (la Administración puede acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores) o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista; b) declaración de concurso (la Administración puede continuar el contrato por razones de interés público, debiendo el contratista prestar garantías adicionales suficientes) o declaración de insolvencia en otro procedimiento; c) mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista (solo cuando no concurra otra causa de resolución imputable al contratista y que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato); d) demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista; e) demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior a seis meses o el inferior que se hubiese fijado las Comunidades Autónomas[459]; f) incumplimiento de la obligación principal del contrato o de las obligaciones esenciales así calificadas en los pliegos o en el documento descriptivo; g) imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato; h) las causas previstas específicamente para cada categoría de contrato en la LCSP; y i) impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores[460].

---

que no procede condenar a la Administración por lucro cesante en casos de nulidad del contrato" ("Efectos, ejecución, modificación de los contratos...", *ob. cit.*, p. 115).

[459] BARRERO RODRÍGUEZ recuerda que, hasta que se acuerde la resolución, el contratista debe continuar cumpliendo sus obligaciones contractuales, pues en otro caso no ocurriría la resolución imputable en exclusiva a la Administración ("Las causas generales de resolución de los contratos administrativos". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 1377).

[460] Además de señalar el importante carácter social de esa causa de resolución, MENÉNDEZ SEBASTIÁN también apunta que la legitimación para el pedido de resolución del contrato, al contrario de los otros casos, no será de la Administración o del contratista, sino de los representantes de los trabajadores involucrados en la ejecución del contrato ("La extinción del contrato: la resolución". En GAMERO

Los efectos de la resolución de los contratos son fijados en el art. 213. En caso de resolución por mutuo acuerdo, los derechos de las partes serán los válidamente estipulados por ellas. Ya cuando el incumplimiento es imputable a la Administración, esta deberá pagar los daños y perjuicios del contratista. Por otro lado, siendo la resolución por incumplimiento culpable del contratista, será incautada la garantía y, existiendo daños y perjuicios que ultrapasen esa cuantía, el contratista también deberá indemnizar a la Administración. Por fin, si la resolución es debido a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados y no es posible la modificación del contrato, el contratista tiene derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa es imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración.

CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2402-2403).

3. LA LEY 14.133/2021, DE LICITACIONES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LINEAS PRINCIPALES

3.1. Los antecedentes de la nueva ley brasileña

La aparición del nuevo marco normativo brasileño sobre licitaciones y contratos administrativos, Ley 14.133/2021, es resultado de un largo proceso de intentos legislativos en las últimas décadas que han buscado, en general, mejorar y modernizar la contratación pública en Brasil, con el objetivo de una mayor eficiencia y, quizás principalmente, una reducción de los casos recurrentes de corrupción en las compras públicas.

3.1.1. La Constitución Federal de 1988

Se puede definir el inicio del proceso de modernización de la contratación pública en Brasil con la promulgación de la Constitución Federal de 1988. Después de más de 20 años de dictadura militar, la nueva carta constitucional brasileña es escrita con la finalidad principal de garantizar derechos y libertades individuales y sociales, pero también, con sus actuales 250 artículos, buscó regular detalladamente muchos aspectos de la organización y del funcionamiento de la Administración Pública.

Una de sus novedades fue la "constitucionalización de la licitación", elevando el estatus del tema, una vez que ahora, por parte

de la Administración Pública, el "*deber constitucional de licitar*"[461], previsto en el art. 37, XXI:

> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Pero esta no es la única referencia a licitación que realiza la Constitución. Ya en su art. 22, XXVII, se determina la competencia privativa de la Unión para legislar sobre las normas generales[462] de licitación y contratación pública para las administraciones públicas directas, las autarquías, y las fundaciones de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios, así como las empresas públicas y das sociedades de economía mixta. Estas dos últimas ganaron, a través de la Enmienda Constitucional 19, de 1998, la posibilidad de normas específicas, con criterios diferentes de aquellos de la ley general, para sus licitaciones y contrataciones, que actualmente están presentes en la Ley 13.303/2016.

Además, la Constitución de 1988 también trata de contratación pública cuando exige la realización de licitación para concesiones y permisiones de servicios públicos (art. 175), y cuando prohíbe que

[461] Véase ROCHA FURTADO, L. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 143-145.

[462] Analizando el concepto de esas normas generales referentes a contratación pública, AMARAL GARCIA cita dos características: 1) establecen directrices generales, no entrando en detalles y no agotando la competencia legislativa de los otros entes; y 2) tienen carácter nacional y fijan orientaciones generales para la uniformidad de su aplicación para todos los entes (*Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53).

empresas en deuda con la Seguridad Social puedan contratar con Administración Pública (art. 195, § 3º).

Según ROSILHO[463], ese tratamiento constitucional que la contratación pública brasileña pasa a recibir proviene del discurso de valorización de principios y reglas jurídicas, en oposición a la libertad estatal, con la ampliación del controle sobre la actividad de la Administración. Así, la contratación pública gana parámetros y directrices mínimas que deben ser observadas por el legislador para la elaboración de normas ordinarias sobre el tema[464].

3.1.2. La Ley 8.666/1993

La primera ley general de licitaciones y contratos administrativos que surge después de la Constitución de 1988 es la Ley 8.666/1993[465], y que permaneció como el diploma legal de referencia hasta la promulgación de la Ley 14.133/2021, siendo que la primera aún seguirá vigente por más dos años, como se verá más adelante, en una especie de "vigencia compartida" entre ambas las leyes.

---

[463] ROSILHO, A. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 91.

[464] Para ARADY MIRANDA, el deber de licitar que tiene la Administración está estrechamente vinculado al derecho de igualdad de oportunidad que poseen los ciudadanos: "*O procedimento aqui referido é um sistema de regras e/ou princípios que visam a obtenção de um resultado determinado e que, a justa conformação do procedimento, no âmbito dos direitos fundamentais permite, pelo menos, a presunção de que o resultado obtido através do* iter procedimental *é, com razoável probabilidade, adequando aos fins previstos na Constituição, que neste caso é a prossecução do interesse público associado ao cumprimento do princípio da igualdade*" ("O Procedimento Licitatório como Garantia de Direitos Fundamentais". En GALVÃO, C., CHAUVET, R. y DUARTE, L. (Org.). *Licitações e contratações públicas: desafios, polêmicas e aspectos relevantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 195).

[465] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

Al lado de la búsqueda por un mayor control sobre la actividad de la Administración Pública que demandaba la Constitución, la Ley 8.666/1993 es creada en una situación de grande preocupación de la opinión pública con la corrupción, debido a los grandes casos de corrupción que estaban siendo descubiertos en aquel momento[466]. Eso llevó a la aprobación de una ley extremamente formalista y burocrática, comprometiendo la eficiencia de la contratación pública y, consecuentemente, la concretización del interés público[467]

Para ROSILHO[468], la promulgación de Ley 8.666/1993 es una apuesta en la capacidad de las normas solucionaren todas las cuestiones necesarias a una buena contratación, creyendo en una intervención decisoria mínima de los agentes públicos. El mencionado autor llama eso de "*fetichismo legal*". Así, la ley es reflejo de eso pensamiento: un texto extremamente detallista, con procedimientos rígidos y burocráticos, donde las acciones de la Administración son limitadas en razón de las restricciones impuestas por la propia norma, que no "confía" en los órganos de contratación.

Obviamente, la pretensión de la Ley 8.666/1993 no se concretizó en el mundo real. El objetivo de combatir la corrupción, que se intentaba frenar con normas rígidas, no se concretizó, y el control excesivo sobre la discrecionalidad de la Administración terminó por

[466] Vid. FARIAS, R., RIBEIRO FILHO J. F. y AGUIAR, S. "Licitações e controle nas compras e contratações nas entidades públicas: panorama no Brasil, organismos internacionais, Comunidade Europeia e estudo comparativo entre Brasil e Estados Unidos". *Revista Gestão Pública*, vol. II, núm. 4, 2011, p. 81.

[467] Véase MENDES BORGES, M. C. "Da licitação como instrumento para uma gestão condizente com o interesse público: o problema do formalismo exacerbado na frustração desse fim e a importância da participação popular para implementar a efetividade do seu controle". *Revista do TCU*, núm. 105, 2005, pp. 91-100.

[468] ROSILHO, A. "Licitação no Brasil", *ob. cit.*, p. 91.

afectar la eficiencia de las compras públicas[469]. Debido a ese "fracaso", la Ley 8.666/1993 sufrió un elevado número de alteraciones en sus casi 30 años de vigencia, cambios que pretendían resolver los problemas mencionados y también modernizar la ley. Todavía, además de las varias mudanzas en la Ley 8.666/1993, nuevas leyes también fueran creadas para buscar más eficiencia para la contratación pública brasileña.

3.1.3. La Ley 10.520/2002 (Ley de la subasta inversa)

La utilización de la subasta inversa como un procedimiento de adjudicación[470] en Brasil empieza con la edición de Medidas Provisorias a partir del año 2000 que regulaban el uso de la subasta inversa como una nueva modalidad de licitación en el ámbito federal. Finalmente, la Medida Provisoria 2182-18/2001 fue convertida en la Ley 10.520/2002[471], que instituía la subasta inversa, presencial o electrónica, como alternativa de procedimiento de adjudicación para la Unión y también ahora para Estados y Municipios.

De acuerdo con el art. 1 de la Ley 10.520/2002, la subasta inversa podrá ser usada como la modalidad de licitación para la adquisición de bienes y servicios comunes. La propia ley delimita que, para sus efectos, bienes y servicios comunes son aquellos cuyos padrones de desempeño y cualidad puedan ser objetivamente definidos en los pliegos, a través de especificaciones usuales en el

[469] Vid. HADLICH MIGUEL, L. F. "Licitação – passado, presente e futuro". *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, núm. 158, 2015, p. 42.

[470] Al contrario de España, en Brasil la subasta es considerado como un procedimiento de adjudicación (llamado en el Derecho brasileño de *modalidad de licitación*), con su régimen propio de tramitación.

[471] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm.

mercado[472]. Importante resaltar que no existe límites de cuantía para la realización de la subasta inversa: si el bien o servicio es caracterizado como común, la opción por la subasta inversa ocurre independientemente del valor estimado.

La adopción de la subasta inversa es uno de los primeros intentos de la legislación brasileña en buscar procedimientos de contratación más céleres y menos burocráticos. Como señala TORRES[473], la subasta inversa tiene una estructura diferenciada de los procedimientos de la Ley 8.666/1993, con una tramitación más simplificada y ágil[474]. Esas ventajas llevaran, incluso, a la interpretación del Tribunal de Cuentas de la Unión de que la utilización de la subasta inversa no es una facultad del órgano de contratación, pero si una verdadera obligación una vez que se cumplan los requisitos legales[475].

Aún más disruptiva para la contratación pública brasileña fue la regulación de la subasta inversa electrónica a través del Decreto 5.450/2005 (posteriormente sustituido por el Decreto 10.024/2019), para uso en el ámbito federal. La introducción en Brasil de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación ganaba forma. En

[472] Para el uso de la subasta, no importa que el objeto a ser contratado sea complexo, desde que tenga padrones definibles y sea usual en el mercado, como ha decidido muchas veces el TCU: "*A utilização da modalidade pregão é possível, nos termos da Lei nº 10.520/2002, sempre que o objeto da contratação for padronizável e disponível no mercado, independentemente de sua complexidade*", Sentencia 2172/2008, Plenario.

[473] TORRES, R. C. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 915.

[474] Para AMARAL GARCIA, una de las principales innovaciones la promover la celeridad del procedimiento es el cambio en las fases de análisis de la solvencia de los licitadores y de sus respectivas ofertas. En el procedimiento de la subasta inversa, primero se clasifica las ofertas y después se examina la solvencia del primero colocado (*Licitações e contratos administrativos..., ob. cit.*, p. 153).

[475] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 46.

poco tiempo, el TCU confirmaría la prioridad de la realización de subastas electrónicas sobre las presenciales[476].

En efecto, al menos en el ámbito federal, la realización de contrataciones por intermedio de subastas electrónicas se ha transformado en la regla general, con sus ventajas y también desventajas, principalmente cuando se piensa en la promoción de una contratación pública estratégica. En el 2020, considerando los procedimientos realizados con licitación, la Administración federal efectuó 33.219 subastas inversas, mientras que todos los demás procedimientos sumaron solamente un total de 927 procesos[477].

3.1.4. Ley 12.462/2011 (Régimen Diferenciado de Contrataciones)

Con la necesidad de la construcción de obras relevantes para recibir dos grandes eventos esportivos, el Mundial de fútbol de 2014 y los Juegos Olímpicos de 2016, creció la preocupación en la Administración brasileña sobre los procedimientos de contratación necesarios que serían realizados bajo las normas excesivamente burocráticas de la Ley 8.666/1993. Así, con el objetivo de conferir más eficiencia y celeridad a tales procedimientos, es promulgada la Ley 12.462/2011[478], que instituye el denominado Régimen Diferenciado de Contrataciones (RDC).

---

[476] Véase, entre otras decisiones sobre el tema, la Sentencia 604/2009 Plenário: "*Utilize, como regra, a modalidade pregão, em sua forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, empregando o pregão presencial exclusivamente quando inquestionável a excepcionalidade prevista no Tribunal de Contas da União 50 art. 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, devidamente justificada no procedimento licitatório*".

[477] Datos obtenidos del Panel de Compras del Gobierno Federal (http://paineldecompras.economia.gov.br/processos-compra).

[478] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm.

Inicialmente pensada para una vigencia temporaria sólo para los referidos eventos esportivos, a través de modificaciones legislativas posteriores el RDC pasa a ter vigencia permanente, siendo utilizado en varias áreas de actuación de la Administración, y no sólo más en el ámbito deportivo[479]. El art. 1, § 1º, expone sus objetivos: a) ampliación de la eficiencia de las contrataciones públicas y la competencia entre los licitadores; 2) promoción de cambios de experiencias y tecnologías para buscar una mejor relación de costos y beneficios para el sector público; 3) incentivo a la innovación tecnológica; y 4) garantizar igualdad de trato entre los licitadores y la selección de la oferta más ventajosa.

A simple vista ya se puede notar una preocupación con una contratación más moderna y efectiva para obras públicas en comparación con la burocrática Ley 8.666/1993. El RDC busca eso mediante innovaciones como plazos menores, cambios en las fases del procedimiento, medios electrónicos, presupuesto sigiloso, fase única de recursos, remuneración por resultados, y, quizá la principal novedad, la contratación integrada[480].

El art. 9 de la ley define la contratación integrada como aquella que reúne la elaboración y el desarrollo de los proyectos básico y ejecutivo, la ejecución de obras y servicios de ingeniería, el montaje, la realización de pruebas, la operación previa y todas las demás operaciones para la entrega final del objeto. La contratación integrada

[479] Véase CARNEIRO SALES, P. "Regime Diferenciado de Contratações Públicas e contratação por resultados no Brasil". *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 6, núm. 1, 2019, p. 132.

[480] Vid. FORNI, J. P. "Contratação integrada no RDC: a majoração de custos decorrente de sua adoção no Brasil". *Revista de Direito da Administração Pública*, vol. 1, núm. 2, 2019, p. 138.

es permitida en licitaciones de obras y servicios de ingeniería cuyo objeto está relacionado con innovación tecnológica o técnica, posibilidad de ejecución con diferentes metodologías, o posibilidad de ejecución con tecnologías de dominio restricto en el mercado.

La principal crítica sobre la contratación integrada es esa reunión de la elaboración del proyecto básico y del proyecto ejecutivo en una única empresa, que serán producidos a partir de un anteproyecto de ingeniería, un conjunto de documentos técnicos presentados por la Administración para caracterizar la obra o servicio (art. 9, § 2º). Para MELQUÍADES DUARTE y FONSECA[481], esta menor definición sobre el objeto a ser contratado compromete el resultado de la licitación y la conclusión de la obra, pues el propio órgano de contratación puede no tener los parámetros suficientes para la evaluación de las ofertas y también para fiscalizar la ejecución de la obra[482].

3.2. El surgimiento de la Ley 14.133/2021

Durante los casi 30 años de vigencia de la Ley 8.666/1993, han existido muchos proyectos en el Congreso Nacional brasileño para la creación de una nueva ley general de contratación pública, pero sin un pleno consenso sobre su aprobación. Todavía, en los últimos años, con

[481] DUARTE, L. y FONSECA, A. "Análise crítica ao RDC à luz das ADINs 4.645 e 4.655". En GALVÃO, C., CHAUVET, R. y DUARTE, L. (Org.). *Licitações e contratações públicas: desafios, polêmicas e aspectos relevantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 68-71.

[482] La necesidad de un anteproyecto adecuado fue subrayada por el TCU en la Sentencia 1388/2016, Plenario: "*Ou seja, o anteprojeto não deve se tratar de uma peça imprecisa ou incompleta, que não defina adequadamente o objeto, mas sim de minucioso trabalho de engenharia que, aprofundando a melhor alternativa oriunda dos estudos de viabilidade técnica e econômica, que o antecedem, permita à Administração demonstrar como deve ser atendido o interesse público, sem impedir que inovações incorporadas pela iniciativa privada possam melhorar ainda mais a vantajosidade no atendimento ao programa de necessidades".*

la urgencia en actualizar las normas generales de contratación pública para las nuevas ideas y desafíos contemporáneos, el Congreso Nacional optó por aglutinar varias iniciativas anteriores y aprobar un diploma legal para sustituir la antigua ley[483].

Finalmente, en el 1º de abril de 2021, fue sancionada la Ley 14.133/2021 (o simplemente Ley de Licitaciones)[484], estableciendo un nuevo régimen jurídico de normas generales de licitación y contratación de la Administración Pública directa e indirecta de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios. Con 194 artículos, la nueva ley tiene la misión de sustituir las ya mencionadas Leyes 8.666/1993, 10.520/2002 y 12.462/2011. También hace parte de esa "actualización", la incorporación en la ley de varios decretos y reglamentos federales, así como de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores y del TCU[485] sobre el tema de contratación pública.

Esa es exactamente una de las críticas más frecuentes que se hace a la nueva ley brasileña: tratase más de una fusión de otras leyes, decretos, reglamentos y jurisprudencia anteriores que propiamente una ley moderna e innovadora, capaz de disminuir la burocracia y aumentar la eficiencia de la contratación pública en Brasil. Para OLIVEIRA[486], la Ley 14.133/2021 ratifica algunas tendencias

[483] Para una visión general de esos movimientos legislativos, véase HAAB, A. "Breves considerações históricas da tramitação da nova lei de licitações e contratos administrativos". *Migalhas*, 2021. Disponible en https://www.migalhas.com.br/depeso/343217/consideracoes-historicas-sobre-a-lei-de-licitacoes.

[484] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm.

[485] Vid. ZYMLER, B. y MAIA ALVEZ, F. S. "A nova Lei de Licitações como sedimentação da jurisprudência do TCU". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opiniao-lei-licitacoes-jurisprudencia-tcu.

[486] OLIVEIRA, R. "A nova Lei de Licitações: um museu de novidades?". *Consultor Jurídico*, 2020. Disponible en https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades.

importantes, pero, en gran medida, es la repetición de disposiciones ya conocidas, pero en un texto legal más largo y burocrático que el de la antigua ley. DI PIETRO y MARRARA también critican la continuidad del formalismo exagerado en las compras públicas:

> Outra falha imensa da lei é o excesso de formalismo, o excesso de pormenores, o excesso de normas, algumas de difícil compreensão, caminhando em sentido inverso ao da apregoada desburocratização da Administração Pública. Os procedimentos excessivamente formais acabam incentivando a procura por caminhos paralelos, que facilitam a corrupção. O ideal teria sido a elaboração de lei de mais fácil compreensão e aplicação, que criasse procedimento licitatório em que prevalecessem a transparência, a participação, a negociação e facilitassem a atuação dos órgãos de controle[487].

Un retrato muy esclarecedor sobre la nueva ley brasileña está en su art. 5º, que consagra nada menos que 22 principios que deben ser observados en su aplicación: legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad, eficiencia, interés público, probidad administrativa, igualdad, planificación, transparencia, eficacia, segregación de funciones, motivación, vinculación de los pliegos, valoración objetivo, seguridad jurídica, razonabilidad, competitividad, proporcionalidad, celeridad, economicidad y desarrollo nacional sostenible. Obviamente, el legislador parece preocuparse más en reafirmar ciertos valores que en verdaderamente proporcionar herramientas para la aplicación práctica y observancia de las normas[488].

---

[487] DI PIETRO, M. S. y MARRARA, T. "Estrutura Geral da Nova Lei: Abrangência, Objetivos e Princípios". En DI PIETRO, M. S. (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 12.

[488] OLIVEIRA considera que no había necesidad de explicitar ese gran número de principios, pues "*não é por falta de princípios explícitos ou implícitos que as licitações e contratações públicas têm tido problemas. Estes estão ligados, pelo menos em sua maioria, a falta de comprometimento com a observância contínua, durante todo o processo licitatório e durante a execução contratual, dos princípios e regras já existentes*" ("Nova Lei de Licitações: uma lei de Princípios?". *Observatório da Nova*

Por su vez, los objetivos del procedimiento de licitación son cuatro, y van definidos en el art. 11: 1) asegurar la selección de la propuesta más ventajosa; 2) asegurar la igualdad de trato entre los licitadores y la justa competencia; 3) evitar contrataciones con sobreprecio o precio excesivamente bajos; y 4) fomentar la innovación y el desarrollo nacional sostenible. JUSTEN FILHO resalta que la Ley 14.133/2021[489] no impone un orden de preferencia entre esos objetivos, no existiendo jerarquía entre ellos, debiendo los órganos de contratación intentar realízalos, en la medida de lo posible, en todos sus procedimientos de contratación.

La previsión de vigencia de la Ley 14.133/2021 ha creado la posibilidad de una "vigencia compartida" entre las normativas de contratación pública en Brasil. Su art. 194 establece que la ley entrará en vigor en el día de su publicación, que fue el 1º de abril de 2021. Todavía, el art. 193, II, esclarece que las leyes "substituidas" (8.666/1993, 10.520/2002 y 12.462/2011) aún permanecen vigentes durante el plazo de 2 años. Esto es posible porque el art. 191 faculta a la Administración, durante ese plazo de 2 años, elegir entre la aplicación de la nueva ley o de las leyes antiguas. Tal opción debe estar expresamente indicada en el proceso, en el pliego y sus medios de publicidad, y la ley utilizada para la licitación también deberá ser la responsable por regular el respectivo contrato. Además, no está permitida la aplicación "combinada" de las leyes: cuando la

Lei de Licitações, 2020. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/20/nova-lei-de-licitacoes-uma-lei-de-principios/).

[489] JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, edición electrónica, RL-1.6.

Administración decidir usar una ley, no podrá aplicar ninguna norma de las otras[490].

3.3. El ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 14.133/2021 es definido en su art. 1, al decir que se está estableciendo normas generales de licitación y contratación para las Administraciones Públicas directas, autárquicas y fundacionales de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal e de los Municipios, para los Poderes Legislativo y Judiciario en sus funciones administrativas, y para los fondos especiales y demás entidades controladas directa o indirectamente por la Administración Pública.

La Ley 14.133/2021 también es aplicable a las oficinas públicas situadas en el exterior, que deben seguir los principios de la ley junto con las peculiaridades locales. Por su vez, cuando las licitaciones y contrataciones utilizaren fondos de préstamos o donaciones de agencias oficiales de cooperación extranjeras o de organismos financieros que Brasil sea parte, pueden ser admitidas otras reglas que no de la Ley de Licitaciones[491], desde que sean: 1) condiciones derivadas de acuerdos internacionales aprobados por el Congreso Nacional y ratificados por el Presidente de la República; o 2) condiciones propias de selección y contratación contenidas en las

[490] Vid. MARINELA, F. "O regime de transição da nova lei de licitações". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica, p. 590.

[491] Para LAERTE VIEIRA, esa norma se justifica, pues el incumplimiento de la normativa de los organismos internacionales podría constituir un obstáculo para la obtención de financiamientos, perjudicando la captación de recursos externos para los órganos brasileños ("O âmbito de aplicação da nova Lei de Licitações e Contratos". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-abr-12/david-vieira-aplicacao-lei-licitacoes-contratos).

normas y procedimientos de las agencias u organismos. En este último caso, esas condiciones deben ser requisito para la obtención del préstamo o donación, no pueden conflictuar con principios constitucionales y deben estar indicadas en el respectivo contrato de préstamo o donación, con opinión favorable del órgano jurídico del contratante.

De otra parte, la ley excluye expresamente las empresas públicas, las sociedades de economía mixta y sus subsidiarias del ámbito de su aplicación, con excepción de las normas de naturaleza criminal, pues ellas siguen las reglas presentes en la Ley 13.303/2016. AMORIM[492] señala que la referida ley no hace diferencia entre empresas estatales que explotan actividad económica o prestan servicios públicos (art. 1º), siendo aplicable para ambas las especies. Además, las reglas de contratación presentes en la Ley 13.303/2016 son referentes sólo para sus actividades secundarias, estando dispensadas en caso de las actividades principales de su objeto social (art. 28, §3º).

El apartado 5 del art. 1º también retira la del ámbito de la Ley de Licitaciones las contrataciones relacionadas con la gestión directa e indirecta de las reservas internacionales, que serán regulados por el Banco Central de Brasil. Tratase básicamente de la selección de instituciones financieras que el Banco Central de Brasil realiza para que tales instituciones realicen la gestión de las reservas internacionales del país. Las reglas de esa selección son definidas por acto normativo del propio Banco Central, no estando sometidas a las normas de la Ley 14.133/2021.

[492] AMORIM, V. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. Brasília: Senado Federal, 2017, p. 29.

El art. 2º enumera los tipos de contratos que deben seguir las reglas de la Ley de Licitaciones. Son los siguientes: 1) venta y concesión de un derecho real de uso de bienes; 2) compra, incluso por encomienda; 3) arrendamiento; 4) concesión y permiso de uso de bienes públicos; 5) prestación de servicios, incluidos los técnicos-profesionales especializados; 6) obras y servicios de arquitectura e ingeniería; y 7) contratos de tecnología de la información y comunicaciones.

Por otro lado, el art. 3º los tipos de contratos que no están sometidos a la Ley 14.133/2021: 1) contratos de operación de crédito, internos o externos, y gestión de deuda pública, incluida la contratación de agentes financieros y garantía relacionadas; y 2) contrataciones sujetas a legislación específica. Entre los contratos con normativa propia en Brasil, es importante citar las concesiones de servicios públicos (Ley 8.987/1995), las colaboraciones público-privadas (Ley 11.079/2004)[493], las alianzas de inversión (Ley 13.334/2016), los servicios publicitarios prestados por agencia de publicidad (Ley 12.232/2010), e las contrataciones del área de defensa (Ley 12.598/2012)[494].

3.4. La fase de planificación y preparación

La fase de planificación de los procedimientos de contratación siempre ha recibido, históricamente, menos atención por parte del

[493] En el caso de las concesiones de servicios públicos, las colaboraciones público-privadas y los servicios publicitarios prestados por agencia de publicidad, el art. 186 prevé expresamente la aplicación subsidiaria de la nueva ley.

[494] Según NOHARA, el proyecto de la nueva ley ha intentado abarcar las reglas generales para los más diversos tipos de licitaciones y contratos. Todavía, por sus características muy específicas, ciertos procedimientos aún han quedado fuera de ámbito de aplicación (*Nova lei de licitações e contratos comparada.* São Paulo: Thomson Reuters, 2021, edición electrónica, RL-1.2).

legislador brasileño. Como señala CAMARÃO[495], la Ley 8.666/1993 prácticamente ignoraba la planificación de las contrataciones, lo que causaba problemas en las demandas de la Administración y en la ejecución de los contratos, ocasionado perjuicios para la efectividad de las acciones de la Administración y, por lo tanto, al propio interés público. Además, esa falta de transparencia en la fase inicial de las contrataciones abría espacio para la corrupción y el direccionamiento de las licitaciones.

La importancia de una buena planificación para los contratos públicos es defendida por GUIMARÃES:

> Em sentido amplo é possível afirmar que planejamento é um processo que visa determinar a direção a ser seguida para se alcançar determinado resultado. Possibilita a percepção da realidade fática de certa situação, a avaliação das alternativas e dos possíveis caminhos a serem trilhados. Trata-se, pois, de um processo de avaliação e deliberação prévia que organiza e racionaliza ações, antevendo resultados, e que tem por escopo atingir, da melhor forma possível, os objetivos predefinidos.
>
> Para as contratações, constitui atividade estratégica dirigida a permitir a execução eficiente da ação pública, ou seja, possibilitar a aplicação da melhor alternativa existente para a satisfação da necessidade com o menor dispêndio burocrático (tempo, recursos humanos, entre outros) e financeiro[496].

Con el tiempo, esa laguna en la antigua ley terminó destacando la necesidad de un mejor tratamiento para la planificación de los

---

[495] CAMARÃO, T. "O PL nº 1292/95 e a importância do planejamento das contratações". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2019. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/11/04/o-pl-no-1292-95-e-a-importancia-do-planejamento-das-contratacoes/.

[496] GUIMARÃES, E. "Inovações no planejamento da fase interna das contratações". En DI PIETRO, M. S. (Coord.), *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 53.

contratos públicos. El TCU, en varias decisiones, ha subrayado la importancia de una adecuada planificación de las contrataciones, con la necesidad de herramientas que garantizasen la eficacia de los futuros contratos[497]. Eso llevó el gobierno federal a publicar algunas instrucciones normativas sobre requisitos que deberían ser seguidos en la planificación de las contrataciones en el ámbito de la Administración Federal, pero que no tenían validad para Estados y Municipios.

Una buena parte del texto de la nueva ley sobre la planificación de las contrataciones tiene inspiración en esas instrucciones normativas. Esa preocupación creciente llevó, incluso, que la planificación fuera incluida entre los principios de la Ley 14.133/2021, con la previsión de diversos dispositivos legales que deben ser respectados por los órganos de contratación cuando estos realicen sus procedimientos de contratación.

3.4.1. El Plan de Contrataciones Anual

La primera previsión en el ordenamiento jurídico brasileño sobre una obligación de los órganos de contratación divulgaren un plan anual de sus futuras contrataciones aparece en la Instrucción Normativa 1/2019, del Ministerio de la Economía, válida en el ámbito de la Administración federal. La Ley 14.133/2021 universaliza esa herramienta también para Estados y Municipios a través de su art. 12, VII, que dispone que, a partir de las demandas formalizadas, los órganos responsables por la planificación en las entidades federativas

[497] Véase, por ejemplo, la Sentencia 2622/2015 – Plenario, donde se recomienda que la Administración ejecute la planificación de sus adquisiciones, con la elaboración de documento con informaciones como la descripción del objeto, la cuantidad estimada para la contratación, el valor estimado, la identificación del solicitante, la justificativa de la necesidad, el período estimado para la ejecución, entre otras.

podrán[498] elaborar un plan anual de contratación, con el objetivo de racionalizar la contratación de los órganos y entidades de su competencia, garantizar la planificación estratégica[499] y ayudar en la elaboración de las leyes presupuestarias.

El Plan de Contrataciones Anual debe ser publicado y mantenido a disposición de la sociedad en un sitio web oficial, que, de acuerdo con el art. 174 será el Portal Nacional de Contrataciones Públicas (PNCP). Ese deber de publicidad demuestra que el Plan de Contrataciones Anual, además de herramienta de planificación, tiene puede ser pensado como una forma de las empresas programaren sus futuras licitaciones y como una oportunidad de control social previo sobre la naturaleza de los objetos que la Administración pretende contratar.

El uso efectivo de ese plan está descrito en la propia ley. El art. 18 establece que la preparación de la licitación debe se compatibilizar con el plan de contrataciones anual, exigiéndose, en el estudio técnico preliminar (ETP), que el órgano de contratación demuestre la previsión de la contratación pretendida en su plan, para indicar su vinculación con la planificación de la Administración. Para GUIMARÃES[500], esa

[498] La redacción de la norma sugiere una facultad para los entes de realizaren el plan de contrataciones anual. Todavía, algunos autores, como JUSTEN FILHO (*Comentários à lei de licitações..., ob. cit.*, RL-1.6), entienden que la elaboración del plan es un deber para todos los entes.

[499] LEONEZ destaca ese papel estratégico del plan de contrataciones anual: "*Assim, deve ficar claro que o planejamento das contratações anual não deve ser o fim em si, pois é apenas o meio para se alcançar um resultado – política pública/atendimento à necessidade do cidadão -, ou seja, ele auxilia a organização no alcance de suas metas e objetivos, permitindo uma análise gerencial, auxiliando o nível intermediário e o nível estratégico nas decisões e possíveis intervenções*" ("A Lei nº 14.133/21 e a implementação do Planejamento das Contratações Anual. *Portal L&C*, 2021. Disponible en https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/224817/A%20Lei%20n%C2%BA%2014.133_21%20e%20a%20implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Planejamento%20das%20Contrata%C3%A7%C3%B5es%20Anual.pdf?sequence=1).

[500] GUIMARÃES, E. "Inovações no planejamento da fase interna...", *ob. cit.,* p. 55.

prescripción viene de la preocupación que el plan de contrataciones anual no sea una obra de ficción, cuyo texto pueda ser libremente ignorado por el órgano de contratación. Obviamente, en los casos de situaciones imprevisibles o excepcionales, la Administración podrá justificar la realización de contrataciones que no se encontraban previstas en el plan anual.

3.4.2. El estudio técnico preliminar

El estudio técnico preliminar (ETP) es definido en el art. 6º de la Ley 14.133/2021 como el documento constitutivo de la primera etapa de la planificación de una contratación, donde se caracteriza el interés público relacionado y su mejor solución, basando la elaboración del anteproyecto, del término de referencia o del proyecto para la eventual contratación. Así, de acuerdo con CAMARÃO[501], el objetivo principal del ETP es identificar y analizar la necesidad de la Administración, evidenciando el problema y sus posibles soluciones, de forma a fundamentar el proceso de contratación.

Por su vez, el § 1º del art. 18 establece que el ETP deberá, además tratar del problema y su mejor solución, permitir la evaluación de la viabilidad técnica y económica de la contratación. Para eso, tendrá los siguientes elementos: 1) descripción de la necesidad de la contratación; 2) previsión en el plan de contrataciones anual; 3) requisitos de la contratación; 4) estimaciones de las cantidades a contratar; 5) consultas de mercado para análisis de las alternativas posibles; 6) valor estimado de la contratación; 7) descripción de la

[501] CAMARÃO, T. "O estudo técnico preliminar na Nova Lei de Licitações e Contratos". En FORTINI, C., OLIVEIRA, R. y CAMARÃO, T. (Coord.). *Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 11.

solución en su conjunto; 8) justificaciones para la división o no de la contratación; 9) demonstración de los resultados esperados en términos de economicidad y mejor uso de los recursos involucrados; 10) eventuales providencias previas a la celebración del contrato; 11) contratos relacionados y/o interdependientes; 12) descripción de los posibles impactos ambientales y las respectivas medidas de mitigación; y 13) declaración concluyente sobre la idoneidad del contrato para satisfacer la necesidad prevista.

Es importante destacar que no todos esos requisitos son obligatorios, solamente la descripción de la necesidad, la estimación de las cantidades, el valor estimado, las justificaciones de división o no y la declaración concluyente de idoneidad del contrato para satisfacer la necesidad. No obstante, el órgano de contratación deberá justificar la ausencia de cualquier requisito en el ETP.

Esa gran lista de exigencias para la elaboración del ETP ha recibido críticas por su complejidad práctica y exceso de burocracia. Para NIEBUHR[502], también parece contradictorio que se requiera en el ETP una "declaración concluyente" sobre la idoneidad de la contratación para la satisfacción de la necesidad, una vez que el propio estudio se denomina como preliminar, por lo que no se debería pedir una conclusión definitiva en la fase inicial del proceso.

Aunque esas críticas sean válidas, se debe subrayar la importancia del ETP no sólo como una forma de mejorar especificaciones técnicas y proyectos, pero también como un elemento relevante de transparencia. La fase preparatoria de la contratación muchas veces fue utilizada en Brasil para direccionar la contratación

[502] NIEBUHR, J. "Fase preparatória das licitações". En NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, p. 85.

de determinadas empresas, ante la elección injustificadas de unas soluciones técnicas sobre otras. Así, al exigirse que los órganos de contratación presenten razones más detalladas sobre sus decisiones técnicas y económicas acerca del objeto, se hace más transparente el proceso, facilitando el control de posibles irregularidades y determinando eventuales responsabilidades.

3.4.3. Término de referencia y proyectos

La elaboración del término de referencia o del proyecto en una contratación pública está estrechamente vinculada a las especificaciones técnicas que deberán ser observadas en la ejecución del objeto contractual. Sin embargo, la Ley 14.133/2021 demanda una serie de elementos adicionales para ese tipo de documentos que servirán de base para el pliego de la licitación

El art. 6º, XXIII, define el término de referencia como el documento necesario para la contratación de bienes y servicios, debiendo contener los siguientes elementos: 1) definición del objeto, su naturaleza, cuantidades, plazo del contrato y posibilidad de prórrogas de este; 2) fundamentación de la contratación, con referencia al ETP correspondiente; 3) descripción de la solución en su conjunto, considerando el ciclo de vida del objeto; 4) requisitos de la contratación; 5) modelo de ejecución del objeto; 6) modelo de gestión del contrato; 7) criterios de medición y pagamento; 8) forma y criterios de selección del contratista; 9) valor estimado de la contratación; y 10) adecuación presupuestaria.

Cuando el objeto de la contratación es una obra o determinados servicios, el término de referencia es sustituido por otros documentos. Es posible la elaboración de un anteproyecto (art. 6º, XXIV), con los

subsidios para la elaboración del proyecto básico. Por su vez, el proyecto básico (art. 6º, XXV) es definido por la ley como el conjunto de elementos necesarios y suficientes para definir y dimensionar la obra o servicio, elaborado con base en el ETP, para asegurar la viabilidad técnica y el tratamiento adecuado del impacto ambiental del proyecto, permitiendo la evaluación del costo de la obra y la definición de los métodos y su plazo de ejecución. Por fin, el proyecto ejecutivo (art. 6º, XXVI), más detallado, es el conjunto de elementos necesarios y suficientes para la completa ejecución de la obra, precisando las soluciones previstas en el proyecto básico, la identificación de los servicios, materiales y equipos a incorporar a la obra, así como sus especificaciones técnicas. Todos los requisitos para la elaboración de esos tres documentos también están señalados en la nueva ley.

3.4.4. El presupuesto estimado de la contratación

El presupuesto estimado, o valor estimado, de la contratación es uno de los elementos más importantes en la fase de preparación de la licitación. Es cuando el órgano de contratación analiza la cuantía normalmente cobrada por el mercado para el objeto que se pretende contratar. Como señala SAVONITTI MIRANDA, "*um orçamento bem elaborado permite ao gestor público, entre outros aspectos, o dimensionamento e a redução de custos da futura contratação, um maior poder de negociação com fornecedores, maior credibilidade e confiança perante o mercado e a apropriação de conhecimento para ser utilizado em contratações futuras*"[503]. De esa forma, un presupuesto correctamente elaborado es una condición esencial para una contratación ventajosa para la Administración.

[503] SAVONITTI MIRANDA, H. *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, edición electrónica, RB-5.9.

La Ley 14.133/2021 establece una serie de parámetros para la realización de esa estimación[504]. El art. 23 dispone que el valor estimado de la contratación debe ser compatible con los valores practicados por el mercado, considerando los precios contenidos en las bases de datos públicas y las cantidades a contratar, observando la potencial economía de escala y las peculiaridades del lugar de ejecución del objeto. Para la realización de ese sondeo, la ley hace una división entre los procedimientos de estimación para las licitaciones adquisición de bienes y contratación de servicios en general y licitaciones para la contratación de obras y servicios de ingeniería.

Para la adquisición de bienes y contratación de servicios en general, el art. 23, § 1º, establece que la estimación deberá utilizar los siguientes parámetros, que pueden ser combinados o no: 1) composición de costos unitarios menor o igual a la mediana del objeto correspondiente en el panel de consulta de precios o en la base de precios de salud disponible en el PNCP; 2) contratos similares celebrados por la Administración Pública, en ejecución o finalizados en el período de un año anterior; 3) uso de datos publicados en medios especializados, en tabla de referencia formalmente aprobada por el Poder Ejecutivo federal y en sitios web especializados o de amplio dominio; 4) sondeo directo con al menos 3 proveedores, con previa solicitud formal de cotización y justificación para la elección de estos proveedores[505]; y 5) sondeo en la base nacional de facturas electrónicas.

[504] Según OLIVEIRA, la institución de criterios para la estimación del valor de la contratación representa un avance importante en relación a la ley anterior, que no dedicó un tratamiento específico al tema, pues el establecimiento de unos criterios expresos para la estimación del valor garantiza la uniformidad en la actuación de la Administración Pública, además de garantizar un potencial incremento de economicidad y seguridad jurídica en las licitaciones públicas (*Nova lei de licitações e contratos administrativos comparada e comentada: lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 139).

[505] La jurisprudencia del TCU es en el sentido de que el uso exclusivo de cotizaciones con proveedores para el valor estimado de la contratación debe ser evitado,

De otra parte, a diferencia de la adquisición de bienes y la contratación de servicios en general, que permiten la combinación de los parámetros, el art. 23, § 2º establece que para la contratación de obras y servicios de ingeniería los parámetros deben seguir un orden, que es la siguiente: 1) composición de costos unitarios menores o iguales a la mediana del objeto correspondiente del Sistema de Costos de Referencia de Obras (Sicro), por obras de infraestructura de servicios y transporte, o del Sistema Nacional de Sondeo de Costos e Índices de Construcción Civil (Sinapi), para otras obras y servicios de ingeniería; 2) uso de datos publicados en medios especializados, en tabla de referencia formalmente aprobada por el Poder Ejecutivo federal y en sitios web especializados o de amplio dominio; 3) contratos similares celebrados por la Administración Pública, en ejecución o finalizados en el período de un año anterior; y 4) sondeo en la base nacional de facturas electrónicas.

Una innovación inspirada en la Ley 12.462/2011, del Régimen Diferenciado de Contrataciones, es la posibilidad del órgano de contratación no realizar la publicación del presupuesto de la contratación en el pliego. El art. 24 de la nueva ley permite, desde que exista justificación en el proceso, que el presupuesto sea mantenido en sigilo hasta la realización de la adjudicación de la oferta vencedora, divulgándose de manera previa solamente las cantidades y otras informaciones necesarias para la preparación de ofertas. La propia ley, sin embargo, declara que tal sigilo no ocurrirá en relación a los órganos

---

privilegiándose la utilización de una combinación de los varios parámetros disponibles, con preferencia para contrataciones anteriores de otros órganos públicos. En ese sentido, véase la Sentencia 1875/2021 – Plenario: "*9.5.1. as pesquisas de preços para estimativa de valor de objetos a serem licitados devem ser baseadas em uma "cesta de preços", devendo dar preferência para preços públicos, oriundos de outros certames; 9.5.2. a pesquisa de preços feita exclusivamente junto a fornecedores deve ser utilizada em último caso, na extrema ausência de preços públicos ou cestas de preços referenciais"*.

de control externos e internos. Los defensores del presupuesto sigiloso argumentan que la no divulgación de los precios puede aumentar la competencia entre los licitadores y proporcionar ofertas más compatibles con los reales costos de los empresarios[506].

3.4.5. Los regímenes de ejecución del contrato

Una cuestión importante en la planificación de la contratación es el régimen de ejecución del contrato, o sea, la forma por la cual será ejecutado el objeto del futuro contrato[507]. Mientras que el contrato de suministro sólo necesita básicamente indicar si el subministro se dará de forma integral, parcelada o continua, además de especificaciones como local de entrega, plazos, fechas, etc.[508], la ejecución de los contratos de obras y servicios pueden darse de diferentes formas, que irán impactar el desarrollo y el pagamento de la contratación. Por lo tanto, es forzoso que el órgano de contratación examine sus necesidades, las posibles alternativas y elija la manera de ejecución más adecuada para el contrato.

La Ley 14.133/2021 prevé 7 regímenes de ejecución distintos: 1) por precio unitario, cuando se contrata la ejecución de la obra o servicio por precio cierto de determinadas unidades; 2) por precio global, cuando se contrata la ejecución de la obra o servicio por precio cierto y total; 3) integral, cuando se contrata el emprendimiento en su totalidad, incluyendo todas las etapas de las obras, servicios e instalaciones necesarias, bajo la exclusiva responsabilidad del

[506] Para una crítica sobre la posibilidad del presupuesto sigiloso, véase JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações...*, *ob. cit.*, RL-1.7.

[507] Vid. QUINT, G. "Regime de execução". En NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, p. 112.

[508] Veáse ROCHA FURTADO, L. *Curso de Licitações*..., *ob. cit.*, p. 797.

contratista hasta la entrega en condiciones de entrada en operación; 4) por tarefa, cuando se contrata mano de obra para pequeños trabajos por precio cierto, con o sin suministro de materiales; 5) suministro y prestación de servicio asociado: cuando se contratista, además del propio objeto, se queda responsable de su operación, mantenimiento o ambos, por un período determinado[509].

Los últimos dos regímenes de ejecución son exclusivos para contratos de obras y servicios de ingeniería: 6) la contratación integrada y 7) la contratación semiintegrada. La contratación integrada tenía ya previsión en la Ley 12.462/2011, del Régimen Diferenciado de Contrataciones, se caracterizando por ser el contratista responsable de preparar y desarrollar los proyectos básicos y ejecutivos. realizar las obras y los servicios de ingeniería, suministrar bienes o prestar servicios especiales y realizar montajes, ensayos, operaciones previas y todas las otras operaciones necesarias y suficientes para la entrega final del objeto.

Por su turno, la contratación semiintegrada también poseía una anterior previsión en la Ley 13.303/2016, de las empresas estatales, y ahora viene definida como el régimen donde el contratista es responsable de preparar y desarrollar el proyecto ejecutivo, realizar las obras y los servicios de ingeniería, suministrar bienes o prestar servicios especiales y realizar montajes, ensayos, operaciones previas

[509] LOUREIRO denomina el régimen de contratación de suministro y prestación de servicio asociado como "una especie de micro concesión de obra o bien público", añadiendo que tal régimen puede posibilitar una mayor preocupación del contratista con la cualidad del objeto (ya que deberá operarlo y mantenerlo posteriormente), costos menores, menores riscos en la operación y mantenimiento, y también una posterior mejor transferencia de conocimiento operativo entre la empresa y la Administración ("Prestação de serviço associado na nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2019. Disponible en https://www.conjur.com.br/2019-out-21/opiniao-prestacao-servico-associado-lei-licitacoes).

y todas las otras operaciones necesarias y suficientes para la entrega final del objeto.

La única diferencia entre eses dos últimos regímenes es la preparación del proyecto básico, que en la contratación integrada es responsabilidad del contratista y en la semiintegrada cabe a la Administración. La semejanza también atrae elogios y críticas parecidas. Por un lado, se dice que esas contrataciones facilitan y agilizan la realización de obras complejas, que demandarían un tiempo y un conocimiento que muchas veces el órgano de contratación no dispone, además posibilitar el uso innovativo de nuevas tecnologías en las obras públicas, aportando cualidad, reducción de costos, menor tiempo de ejecución y más facilidad de operación y mantenimiento de la obra[510]. De otra parte, existen muchas críticas, especialmente con relación a la ausencia de proyecto, lo que causaría una libertad excesiva al contratista, pudiendo ocasionar aumento de los costos, retrasos y corrupción[511].

3.4.6. Los requisitos de habilitación

La Ley 14.133/2021 denomina de habilitación la fase de la contratación donde se verifica el conjunto de informaciones y documentos necesarios y suficientes para demostrar la capacidad del licitador para llevar a cabo el objeto de la licitación. Esa habilitación es

[510] Vid. BONATTO, H. "Questões relevantes sobre a contratação de obras e serviços de engenharia na Nova Lei de Licitações". En FORTINI, C., OLIVEIRA, R. y CAMARÃO, T. (Coord.). *Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 55.

[511] Véase MINGIONE, C. "Os retrocessos da Contratação Integrada". *Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil*, 2019. Disponible en https://www.caubr.gov.br/os-retrocessos-da-contratacao-integrada/.

dividida por el art. 62 en cuatro especies: jurídica; técnica; fiscal, social y laboral; y económico-financiera.

El art. 65 establece que esas condiciones de habilitación deben estar definidas en el pliego. Así, la elección de todos esos criterios precisaría, en teoría, ser analizada y decidida durante la fase de preparación de la contratación. No obstante, como bien apunta JUSTEN FILHO[512], la ley brasileña, bajo la denominación general de habilitación, erróneamente mezcla "condiciones para la participación" en la licitación (que serían las exigencias de orden jurídica, fiscal, social y laboral) con los requisitos de habilitación propiamente dichos, que sirven para demostrar la capacidad para ejecutar el contrato (exigencias técnicas y económico-financieras).

De esa forma, documentos de habilitación jurídica como aquellos que comprueban la existencia de la empresa o la autorización para el ejercicio de la actividad a ser contratada, son meros requisitos legales de participación, no se refiriendo a demostrar la capacidad del licitador en realizar el objeto de la licitación. Igualmente, los documentos de habilitación fiscal (regularidad con la Hacienda), social (regularidad con la Seguridad Social) y laboral (regularidad con la Justicia Laboral) tampoco tratan de la capacidad ejecutoria del licitador para el futuro contrato, derivando realmente de imposiciones legales con finalidades distintas.

Entre los documentos de habilitación propiamente dichos, que buscan comprobar la solvencia del licitador, está la llamada habilitación técnica. Esta é dividida pela ley en cualificación técnico-profesional y

[512] JUSTEN FILHO, M. "Condições para licitar não se confundem com requisitos de habilitação". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/condicoes-para-licitar-nao-se-confundem-com-requisitos-de-habilitacao-29062021.

técnico-operacional. La primera está relacionada con la comprobación que el profesional (persona física) indicado por la empresa como responsable técnico en ejecución del objeto del contrato tiene experiencia y capacidad para esa ejecución. La segunda, por su vez, se vincula a la capacidad de propia empresa en conseguir realizar en objeto del contrato, su experiencia en objetos similares, compatibles en características y cuantidades[513].

El art. 67 prevé una lista exhaustiva de los documentos que pueden ser requeridos para la comprobación de las cualificaciones técnico-profesional y técnico-operacional: 1) presentación de profesional, debidamente inscrito en el consejo profesional competente, en su caso, titular de certificado de responsabilidad técnica por realización de obra o servicio de características similares; 2) certificados o atestaciones, emitidos por el consejo profesional competente, en su caso, que demuestren capacidad operacional en la ejecución de servicios similares de complejidad tecnológica y operativa equivalente o superior; 3) indicación del personal técnico, instalaciones y equipos adecuados y disponibles para llevar a cabo el objeto de la licitación, así como la calificación de cada miembro del equipo técnico; 4) prueba del cumplimiento de los requisitos previstos en ley especial, en su caso; 5) registro o inscripción ante la entidad profesional competente, en su caso; y 6) declaración de que el licitador conocía toda la información y las condiciones locales para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la licitación.

La limitación de las exigencias de habilitación técnica a solamente eses documentos no es casualidad, incluso ya existiendo la misma

[513] Véase AMARAL GARCIA, F. *Licitações e contratos administrativos..., ob. cit.*, pp. 235-237.

previsión en la ley anterior[514]. El objetivo es evitar que el órgano de contratación ultrapase los límites de su discrecionalidad en el momento de decidir por los requisitos que serán pedidos de los licitados como habilitación técnica[515]. Hay dos finalidades principales aquí: garantizar la más amplía competencia posible en el procedimiento y también evitar cualquier eventual direccionamiento de la licitación, a través de exigencias específicas que terminen por llevar a un favorecimiento indebido de una determina empresa.

La ley también impone otras restricciones relativas a los requisitos de habilitación técnica. Una de ellas es que certificados exigidos en el pliego deben se limitar a las partes de mayor relevancia o valor significativo del objeto de licitación, considerándose así aquellas con valor individual igual o superior al 4% del valor total estimado del contrato. Otra es que el órgano de contratación sólo puede pedir certificados con cantidades mínimas de hasta el 50% de esas partes de mayor relevancia[516], estando prohibidas limitaciones de tiempo y lugares específicos relacionados con los certificados. Aquí también se puede claramente la preocupación del legislador con la amplía competencia y posibles direccionamientos de las licitaciones.

---

[514] Sentencia del TCU 944/2013-Plenario: "*a jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, ao utilizar a expressão 'limitar-se-á', elenca de forma exaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante*".

[515] Comentando la norma anterior, TORRES admite ser posible, aunque sólo en casos excepcionales, que el órgano de contratación requiera otros documentos de habilitación técnica no previstos en la ley, con la única intención de resguardar los intereses de la Administración. Todavía, tal excepcionalidad debe estar en el pliego de forma clara, preservar la competencia y el respecto al juicio objetivo y ser compatible con el objeto a ser ejecutado (*Leis de licitações públicas comentadas, ob. cit.*, p. 429).

[516] Esa limitación es parte de la jurisprudencia del TCU sobre el tema. Véase, entre muchas otras decisiones, la Sentencia 2781/2017 – Plenario: "*conforme vasta jurisprudência desta Corte, para fins de comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, não é cabível exigir atestados com quantitativos mínimos acima de 50% dos itens da obra ou do serviço licitado*".

Ya la habilitación económico-financiera tiene su finalidad expresamente reconocida por el art. 69: demostrar la capacidad económica del licitador para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato futuro, la cual deberá ser probada objetivamente, mediante coeficientes e índices económicos previstos en el pliego, debidamente justificados en el proceso de licitación. Según JUSTEN FILHO[517], la carencia de recursos económicos de la empresa puede impedir la participación en la licitación, pues tal carencia presume la inviabilidad de una ejecución satisfactoria del contrato y la imposibilidad de soportar las consecuencias de un eventual incumplimiento.

También aquí la ley irá restringir los documentos que pueden ser exigidos de los licitadores por él órgano de contratación, siendo a este lícito pedir solamente: 1) balance general, cuenta de resultados del ejercicio y demás estados financieros de los últimos 2 ejercicios sociales[518]; y 2) certificado negativo de procesos de quiebra de la sede del licitador. Además, la ley prohíbe la exigencia de valores mínimos de facturación anterior o de índices de rentabilidad. No obstante, se permite que el órgano de contratación pida en el pliego, en compras para entrega futura y en ejecución de obras y servicios, un requisito de capital mínimo o de patrimonio mínimo equivalente hasta el 10% del valor estimado del contrato.

3.4.7. El pliego

[517] JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações...*, *ob. cit.*, RL-1.18.

[518] Para empresas constituidas hace menos de 2 años, se permite que ese requisito se limite al último ejercicio.

El resultado final de toda la fase de planificación y preparación de la licitación es el pliego, el documento que será publicado para informar los posibles participantes (y la sociedad en general) sobre la licitación, y servirá de parámetro para la regulación del procedimiento de adjudicación y del futuro contrato[519]. La Administración debe respetar el denominado principio de la vinculación al pliego, esto es, el pliego publicado por la Administración "es ley entre las partes", no pudiendo el órgano de contratación contrariar su texto o decidir alterar sus términos sin una nueva publicación del pliego. La naturaleza del contenido del pliego es así explicada por SAVONITTI MIRANDA:

> Do ponto de vista de seu conteúdo, o edital é geralmente definido como a lex specialis da licitação. Trata-se de expressão em sentido figurado, que não expressa sua natureza jurídica, uma vez que é adotada para enfatizar o caráter vinculante das normas por ele estabelecidas, bem como evidenciar a necessidade de sua fiel observância, tanto pelo órgão ou entidade responsável pelo procedimento, quanto pelos licitantes e demais interessados, ao longo de todo o desenvolvimento do procedimento, conforme já abordamos no princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Sob a perspectiva juspublicística, sua finalidade não se resume a manifestar a intenção da Administração Pública de promover a celebração de um contrato; seu intento consiste, sobretudo, em deflagrar e normatizar o procedimento de escolha do contratado[520].

El art. 25 establece que el pliego deberá contener el objeto de la licitación y las reglas relativas a la convocatoria, juicio, habilitación, recursos y sanciones de la licitación, y también sobre la fiscalización y gestión del contrato, entrega del objeto y condiciones de pago. Junto con el pliego propiamente dicho, en la misma fecha de divulgación

[519] Vid. TOLOSA FILHO, B. *Licitações, contratos y convênios*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 199.

[520] SAVONITTI MIRANDA, H. *Licitações e contratos administrativos..., ob. cit.*, RB-7.2.

también deben ser publicados en sitio web oficial, por el órgano de contratación, todos los anexos que sean necesarios para la elaboración de las ofertas, de acuerdo con el tipo de contratación, como la minuta del futuro contrato, el término de referencia, el anteproyecto, los proyectos, entre otros.

Una disposición importante es la obligación de los órganos de contratación utilizaren, cuando sea posible, minutas estandarizadas del pliego e de contrato con clausulas uniformes. Esa medida ya existía en el ámbito de la Unión, a través de la Instrucción Normativa 5/2017, que establece que los órganos de contratación de la Administración Federal deben utilizar los modelos estandarizados elaborados por la Abogacía General de la Unión. La nueva norma, extendiendo esa estandarización también en Estados y Municipios, intenta traer más seguridad jurídica y racionalidad en los procedimientos de adjudicación, auxiliando en la gobernanza de las compras públicas. Obviamente que la utilización de esos modelos depende de su adopción por el ente específico, así como su posibilidad práctica, pues es permitido que el órgano de contratación no utilice el respectivo modelo, desde que exista justificativa en el proceso.

Por fin, el art. 53 determina que, después de elaboración del pliego, el proceso de contratación, con la minuta del pliego y del contrato, debe ser enviado al órgano de asesoría jurídica de la Administración, que realizará un control previo de legalidad de la contratación[521]. En su parecer, el órgano jurídico precisa valorar todos los elementos indispensables para la contratación, exponiendo los supuestos fácticos y legales tomados en cuenta en el análisis. El

[521] Véase CHAVES, L. C. "A nova lei de licitações e contratos e o exame prévio de legalidade dos processos de contratação". *Inove*, 2021. Disponible en https://inovecapacitacao.com.br/a-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-e-o-exame-previo-de-legalidade-dos-processos-de-contratacao/?utm_campaign=newsletter_-_10092021&utm_medium=email&utm_source=RD+Station.

objetivo es hacer un control de posibles errores en la fase de planificación. Todavía, es importante señalar este análisis es estrictamente de naturaleza legal, estando vetado la valoración de aspectos técnicos, económicos, políticos y financieros del proceso, que sólo caben al órgano de contratación[522]. En caso de un parecer con grave error, el abogado responsable podrá ser responsabilizado, como ya ha decidido en TCU innúmeras veces[523].

3.5. Publicación del pliego y presentación de ofertas

Una vez que se hayan elaborado todos los requisitos del pliego, este debe ser publicado (y mantenido) de forma integral, juntamente con sus anexos, en el Portal Nacional de Contrataciones Públicas (PNCP). Además, la ley también exige la publicación de un extracto del pliego en el Diario Oficial del ente licitador, así como en un periódico de gran circulación[524]. Además, como una forma de publicidad adicional, se permite la divulgación integral del pliego y sus anexos en el sitio web oficial del ente federativo del órgano o entidad responsable por la licitación.

El art. 55 de la nueva ley establece los plazos mínimos para la presentación de ofertas y pujas, siempre contados de la fecha de publicación del pliego: 1) para adquisición de bienes: a) 8 días hábiles cuando se adoptan los criterios de adjudicación de precio más bajo o

[522] Vid. AMARAL GARCIA, F. *Licitações e contratos administrativos...*, *ob. cit.*, p. 205.

[523] Entre muchas otras, véase las Sentencias 1656/2015-Plenario, 615/2020-Plenário, 9294/2020-Sala Primera, y 10830/2020-Sala Primera.

[524] Esa disposición había sido vetada por el Presidente de la República durante la promulgación de la ley, bajo la justificativa que causaba gastos desnecesarios para la Administración, una vez que la divulgación a través del PNCP sería suficiente para garantizar la publicidad y la transparencia. No obstante, en el análisis de los vetos presidenciales, el Congreso Nacional ha reintroducido la referida disposición.

de mayor descuento, y b) 15 días hábiles cuando adoptados otros criterios de adjudicación; 2) para contratos de servicios y obras: a) 10 días hábiles cuando se adoptan los criterios de adjudicación de precio más bajo o de mayor descuento, en el caso de servicios comunes y obras y servicios de ingeniería comunes, b) 25 días hábiles cuando se adoptan los criterios de adjudicación de precio más bajo o de mayor descuento, en el caso de servicios especiales y obras y servicios especiales de ingeniería, c) 60 días hábiles cuando el régimen de ejecución sea la contratación integrada, y d) 35 días hábiles cuando el régimen de ejecución sea la contratación semiintegrada o en otras hipótesis no expresadas; 3) 15 días hábiles para las licitaciones que adopten el criterio de adjudicación de mejor puja; y 4) 35 días hábiles para las licitaciones que adopten los criterios de adjudicación de técnica y precio o mejor técnica o contenido artístico.

Esas disposiciones resaltan la opción legislativa en la nueva ley de vincular, una vez más, los criterios de adjudicación con el tipo de objeto a ser contratado, y no más con las eventuales cuantías relacionadas al procedimiento. De esa forma, los plazos de presentación de las ofertas varían de acuerdo con la pretensa complejidad del objeto, otorgando más tiempo a los licitadores cuanto más difícil sea, en teoría, el estudio del pliego, de las especificaciones técnicas y la elaboración de una oferta adecuada.

Obviamente, la ley también determina que cualquier cambio superveniente en el pliego implicará nueva publicación en la misma forma que su divulgación inicial, además del cumplimiento de los mismos plazos para los actos y procedimientos originales, excepto cuando el cambio no comprometa la formulación de las ofertas. La problemática está en definir cuando que un cambio específico en el pliego compromete o no la formulación de las ofertas, ya que no existe

una regla que pueda definir tal situación objetivamente, lo que conduce a interpretaciones caso por caso[525].

3.6. Los criterios de adjudicación

Los criterios de adjudicación, o criterios de juicio como denomina la Ley 14.133/2021, son aquellos que determinarán, a través de su aplicación de acuerdo con la previsión constante del pliego de la licitación, la oferta vencedora que será contratada por la Administración. Tradicionalmente, basada en las normativas anteriores, la doctrina brasileña utiliza la designación de "tipos de licitación" al referirse a la utilización de los diferentes criterios de adjudicación en un procedimiento específico, pero esa tradición no fue seguida por la nueva ley.

El art. 33 de la ley establece los 6 criterios de adjudicación que pueden ser utilizados por los órganos de contratación: 1) precio más bajo; 2) mayor descuento; 3) mejor técnica o contenido artístico; 4) técnica y precio; 5) mejor puja; y 6) mayor retorno económico. La elección de un determinado criterio para el procedimiento no es discrecional por parte del órgano de contratación, pero sí debe seguir las disposiciones que la propia ley vincula a cada uno de ellos. Además, como AMORIM hace hincapié, la fase de planificación es fundamental para la elección del criterio de adjudicación más adecuado para una determinada contratación, pues "*os critérios de julgamento da proposta devem ser condizentes com a estrutura do objeto licitado e consistirem no meio mais adequado para se alcançar, de forma mais*

[525] En su jurisprudencia, históricamente, el TCU es bastante restrictivo sobre el tema, ordenando nuevas publicaciones de los pliegos en la gran mayoría de sus decisiones, como en las recientes 1410/2021 – Plenario y 1442/2021 – Plenario.

eficiente possível, a vantajosidade da contratação almejada pela Administração"[526].

3.6.1. Precio más bajo

Este es, históricamente, el criterio de adjudicación que rige la casi totalidad de las licitaciones brasileñas, aunque la legislación anterior posibilitase otras alternativas. Además, como apunta PEREIRA JUNIOR[527], siempre se ha permitido ha fijación de parámetros objetivos de cualidad en los pliegos que utilizaban el criterio de precio más bajo, y que deberían ser observados necesariamente por las ofertas, pero la verdad es que, en la práctica en Brasil, la gran mayoría de los pliegos siempre fue omisa sobre los requisitos objetivos de cualidad que las ofertas deberían cumplir[528]. Así, al final, la oferta ganadora siempre ha sido aquella de precio más bajo, independientemente de la calidad del objeto, siempre que tuviera las especificaciones técnicas mínimas definidas en el pliego.

Ahora, el art. 34 de la nueva ley es expreso al decir que el juicio por el precio más bajo es aquello que considera el menor gasto para la Administración, pero que debe observar los parámetros mínimos de

---

[526] AMORIM, V. "Modalidades e rito procedimental da licitação". En DI PIETRO. M. S. (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 74.

[527] PEREIRA JUNIOR, J. "Critérios de julgamento". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2020. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/20/criterios-de-julgamento/.

[528] Esa preocupación con la definición insuficiente del objeto de la licitación fue externada por el TCU en su Precedente 177: "*A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão*".

cualidad definidos en el pliego de la licitación. Por otro lado, ARRUDA CÂMARA[529] señala que la ley utiliza el término "menor gasto" al definir el criterio del precio más bajo. Esa decisión está relacionada con una de las grandes novedades de la nueva ley: la consideración del ciclo de vida del objeto a ser contratado.

El párrafo primero del art. 34 posibilita que los costos indirectos, relacionados con el mantenimiento, el uso, la reposición, la depreciación y el impacto ambiental del objeto de la licitación, entre otros factores relacionados con su ciclo de vida, podrán ser considerados para la definición del gasto más bajo, siempre que sea objetivamente medible, según lo dispuesto en reglamento. Se trata de una modernización bienvenida del problemático criterio del precio más bajo, que ahora puede tener su evaluación más profundizada, principalmente con la inclusión de nuevas preocupaciones, como aquellas de naturaleza medioambiental. Esa visión más estratégica es apuntada por FERREIRA JÚNIOR:

> o exame do ciclo de vida e sua consideração na determinação do preço podem ser extremamente úteis para identificar as externalidades sociais, ambientais e/ou econômicas do produto ou serviço e promover algum impacto estratégico nas contratações baseadas exclusivamente no preço, sendo, portanto, uma forma de contrabalancear as perdas decorrentes do julgamento baseado apenas no preço[530].

No obstante, es importante también subrayar que la utilización del ciclo de vida para el cálculo del precio del objeto, según la norma,

[529] ARRUDA CÂMARA, J. "O 'menor preço' não é mais o mesmo". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-menor-preco-nao-e-mais-o-mesmo-16032021.

[530] FERREIRA JÚNIOR, E. "A função regulatória das compras públicas e a nova lei de licitações e contratos: três críticas à Lei n.º 14.133/2021". *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 8, núm. 2, 2021, p. 77.

aparece como una posibilidad para el órgano de contratación, y no como un deber, una opción que quizá quede comprometida por la práctica contumaz de los órganos de contratación brasileños, acostumbrados con la subasta inversa basada en el precio más bajo "simples", donde otras cuestiones son dejadas de lado para enfocarse sólo en el valor numérico.

Otro punto fundamental es que el uso del cálculo del ciclo de vida aún depende de un reglamento específico para su efectiva aplicabilidad en los procedimientos de contratación, por lo que no es posible, en este momento, hacerse una evaluación precisa sobre la forma en que la legislación brasileña permitirá aprovechar esa herramienta. Será necesario observar si habrá condicionantes o requisitos para el uso del ciclo de vida de determinadas licitaciones, y también si tal reglamento traerá métodos objetivos para el cálculo del ciclo de vida para la utilización de los órganos de contratación.

3.6.2. Mayor descuento

Aunque no estuviera previsto en la Ley 8.666/1993, el criterio de adjudicación basado en el mayor descuento ya era utilizado en las licitaciones brasileñas a través del RDC, de la Ley de las Empresas Estatales y de las subastas inversas[531]. Su naturaleza es la misma del

[531] La ausencia de la previsión del criterio del mayor descuento en la ley general de licitaciones fue motivo de algunas controversias, pero, al final, la posibilidad de su utilización se sedimentó en la jurisprudencia de los tribunales (STJ - AREsp 227786 MS 2012/0187510-1: "*Ora, ao estabelecer essa modalidade de pregão, não vejo como concordar com o argumento do Ministério Público de que houve afronta aos princípios norteadores da licitação, o Município buscou, também, é evidente, o menor preço, porque quanto maior o desconto, menor o preço do medicamento, o que atende às exigências da lei de licitação, que procura criar meios e condições para que a Administração contrate também, mas não exclusivamente, a depender do caso com aquele que oferecer o menor preço no fornecimento de bens, materiais ou serviços*").

precio más bajo, pero con una sistemática diversa: el órgano de contratación prevé un precio máximo para el objeto en el pliego, y las ofertas son clasificadas de acuerdo con el descuento ofrecido con relación a ese precio máximo.

El criterio del mayor descuento es particularmente interesante en las contrataciones cuyo objeto esté vinculado a una "tabla de precios de referencia", una lista de precios medios ampliamente conocido y divulgado[532], como ocurre en Brasil en la construcción civil (SINAPI), combustibles (ANP) y medicamentos (CMED), entre otros. Así, el órgano de contratación utiliza los precios medios como su presupuesto máximo en el pliego, y las ofertas son realizadas a partir de descuentos con relación a eses precios. Caso las compras sean parceladas, el pago al contratista varía de acuerdo con los precios de la tabla de referencia utilizada, para arriba o para abajo, pero siempre con la aplicación del descuento previsto en el contrato.

El art. 35, § 2º, establece que el juicio de la adjudicación por mayor descuento se basará en el precio global establecido en el aviso de licitación, y que ese descuento se extenderá a cualquier modificación contractual. Esa última determinación busca evitar problemas de corrupción en ofertas de empresas que hacen un descuento generoso durante la licitación y, después de firmado el contrato, piden modificaciones que las favorezcan.

3.6.3. Mejor técnica o contenido artístico

[532] Véase, por ejemplo, la Sentencia 3457/2012-Plenario del TCU: "*A propósito, o critério de julgamento que leva em consideração o maior desconto incidente sobre uma base referencial já é amplamente adotado – e legitimado pelo TCU – na contratação de combustíveis, passagens aéreas e manutenção de veículos no modelo tradicional, ou seja, sem empresa interposta*".

El criterio de adjudicación denominado mejor técnica o contenido artístico, tratado en el art. 35, podrá ser utilizado para la contratación de proyectos y obras de carácter técnico, científico o artístico. Aquí, la valoración para la adjudicación considerará solamente las propuestas técnicas o artísticas presentadas por los licitadores, no existiendo cualquier análisis del precio. El pliego debe definir el premio o remuneración que se otorgará a los ganadores, que será el valor final del contrato, exactamente por no existir disputa de precios entre los participantes de la licitación.

El art. 37 define cómo se dará el juicio referente a la adjudicación en las licitaciones que utilicen el criterio de mejor técnica o contenido artística, cuyas reglas también valen para el criterio de técnica y precio. La selección promovida por el órgano de contratación deberá realizar: 1) verificación de la calificación y experiencia del licitador, acreditada mediante la presentación de certificados de obras, productos o servicios previamente realizados; 2) atribución de puntuaciones a requisitos de carácter cualitativo por un panel designado, de acuerdo con el pliego, considerando la demostración del conocimiento del objeto, la metodología y programa de trabajo, la calificación de los equipos técnicos y la lista de productos que se entregarán[533]; y 3) atribución de puntuaciones por el desempeño del licitador en contrataciones anteriores. El panel mencionado para la atribución de las puntuaciones cualitativas tendrá un mínimo de 3 miembros, pudiendo ser compuesta por funcionarios fijos de la Administración Públicos o profesionales contratados por sus conocimientos técnicos, experiencia o renombre en la valoración de los elementos especificados en el pliego.

[533] La ley, en el art. 38, exige que, para la obtención de puntuación por la capacidad técnica y profesional, la ejecución del futuro contrato deberá tener la participación directa y personal del profesional correspondiente.

La nueva ley también determina, en su art. 37, § 2º, que, cuando exista licitación, la selección de determinadas especies de servicios técnicos especializados de carácter predominantemente intelectual con valor superior a 300 mil reales (aproximadamente 60 mil euros) debe se dar obligatoriamente a través de criterios de mejor técnica o técnica y precio. Tales servicios son los siguientes: 1) estudios técnicos, planificaciones, proyectos básicos y proyectos ejecutivos; 2) fiscalización, supervisión y dirección de obras y servicios; y 3) controles de calidad y tecnológicos, análisis, ensayos de campo y de laboratorio, instrumentación y monitoreo de parámetros específicos de obras y del medio ambiente, y otros servicios de ingeniería de carácter predominantemente intelectual.

3.6.4. Técnica y precio

El criterio de técnica y precio es definido en el art. 36 como aquello donde la puntuación de los licitadores es obtenida a partir de la ponderación, según los factores objetivos previstos en el pliego, de las puntuaciones asignadas a los aspectos técnicos y de precio de la oferta. SAVONITTI MIRANDA[534] explica que no existe prevalencia de ninguno de los factores, sino un procedimiento objetivo para medir el promedio ponderado de las valoraciones de las propuestas técnicas y de precios, siendo todavía esencial que el licitador cumpla con la técnica mínima solicitada en el pliego, bajo pena de la descalificación en el procedimiento.

Tal criterio de adjudicación, que en otros países es la regla, en Brasil es la excepción. Esa situación es un gran obstáculo para la realización de una contratación pública verdaderamente estratégica,

[534] SAVONITTI MIRANDA, H. *Licitações e contratos administrativos..., ob. cit.*, RB-7.26.

donde la finalidad no sea meramente el precio más bajo del futuro contrato, pero sí aquella compra que aporte más valor a la Administración y a la sociedad, a través de parámetros de calidad y de sostenibilidad vinculados a las políticas públicas.

El propio art. 36, en su párrafo segundo, limita la utilización del criterio de técnica y precio para sólo aquellos casos en que el estudio técnico preliminar demostrar que la evaluación y la ponderación de la calidad técnica de las ofertas que superen los requisitos mínimos establecidos en el pliego son relevantes para los fines que persigue la Administración. Además de esa primera exigencia, el uso del mencionado criterio sólo podrá ocurrir para las siguientes especies de contrataciones: 1) servicios técnicos especializados de carácter predominantemente intelectual (aquí la utilización es sólo preferencial, no obligatoria); 2) servicios que dependen en su mayoría de tecnología sofisticada y de dominio restringido, según atestación de autoridades técnicas reconocidas; 3) bienes y servicios especiales de tecnología de la información y la comunicación; 4) obras y servicios especiales de ingeniería; y 5) objetos que admitan soluciones específicas y alternativas, y variaciones en la ejecución, con repercusiones significativas y concretamente medibles en su calidad, productividad, rendimiento y durabilidad, cuando estas soluciones y variaciones puedan ser adoptadas a libre elección de los licitadores, según criterios objetivamente definidos en el pliego de la licitación.

La ley también fija que, durante el examen de las ofertas, primeramente, se debe evaluar la parte técnica y, posteriormente, la parte del precio. Igualmente, la ley limita en 70% la proporción máxima en que la parte técnica puede ser evaluada, de forma a garantizar un peso suficiente para el aspecto económico de la contratación. Por otro lado, la norma también exige que, para los fines de la puntuación técnica, el desempeño pasado del licitador en la

ejecución de contratos con la Administración Pública necesita ser considerado[535]. Además, como ya mencionado, la forma del juicio para la clasificación de las ofertas, bien como del panel para la atribución de las puntuaciones cualitativas, tienen las mismas reglas del criterio de mejor técnica.

3.6.5. Mejor puja

El criterio de la mejor puja es exclusivamente para las licitaciones realizadas en la modalidad de subasta tradicional, que se limita a la venta de bienes por parte de la Administración Pública, como será estudiado a seguir. La lógica del criterio de la mejor puja es el contrario de las licitaciones normales, pues la Administración busca el valor más alto, una vez que ella aquí no está pagando por algo, pero si recibiendo por el bien subastado[536].

3.6.6. Mayor retorno económico

El último criterio de adjudicación previsto en la Ley 14.133/2021 es una novedad, el mayor retorno económico, que será utilizado exclusivamente en la celebración de los ya citados contratos de eficiencia. El mayor retorno económico promoverá la selección del adjudicatario por la evaluación de la oferta que presentar la mayor economía para la Administración, considerando que la remuneración

[535] JUSTEN FILHO alerta que ese análisis del desempeño en contratos anteriores precisa ser adecuadamente vigilado para que esa valoración, positiva o negativa, no sea utilizada para favorecer determinados licitadores, además también de otorgar mucho poder a aquellos que hacen tal valoración (*Comentários à lei de licitações..., ob. cit.*, RL-1.9).

[536] Véase. MEDEIROS, I. "Critérios de julgamento das propostas". En NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, p. 141.

del contratista será fijada en un porcentaje incidente de forma proporcional a la economía efectiva obtenida en la ejecución del contrato[537]. Los contratos normalmente mencionados donde se podría utilizar ese criterio son los de suministro, como los de agua o electricidad en edificios públicos[538].

El pliego de la licitación debe prever los parámetros objetivos de medición de la economía generada con la ejecución del contrato, que servirá de base de cálculo de la retribución que corresponderá al contratista. En sus ofertas, las empresas precisan presentar una propuesta de trabajo y una propuesta de precio. La propuesta de trabajo debe describir las obras, servicios o bienes, con los respectivos plazos de ejecución o suministro, y la economía que se espera generar, expresada como una unidad de medida asociada a la obra, al bien o al servicio, y en una unidad monetaria. Por su vez, la propuesta de precio será un porcentaje de la economía que se espera generar durante un período determinado, expresado en unidad monetaria.

El juicio para la selección del adjudicatario usará la propuesta de trabajo y la propuesta de precio para calcular el mayor retorno económico entre todas las ofertas presentadas. Ese será el resultado de la economía que se estima generar con la ejecución de la propuesta de trabajo, descontando la propuesta de precio. O sea, si la propuesta de trabajo prevé una economía de X, la oferta del licitador será ese X menos el porcentaje previsto en la propuesta de precio.

---

[537] Según PEREIRA JUNIOR, el criterio de juicio basado en el mayor retorno económico sirve para la formación de un contrato de riesgo, pues la contratado no recibirá remuneración, o la recibirá reducida, si no lograr el resultado económico al que estaba vinculado, pudiendo incluso ser sancionado por eso ("Critérios de julgamento", *ob. cit.*).

[538] Vid. OLIVEIRA, R. "*Nova lei de licitações e contratos administrativos...*", *ob. cit.*, p. 156.

La propia ley también establece que cuando la economía presentada en la oferta no ocurrir efectivamente durante la ejecución contractual, la diferencia se deducirá de la remuneración del contratista, pudiendo la Administración aplicar otras sanciones caso esa diferencia ultrapase el límite máximo previsto en el contrato. Para MEDEIROS[539], eso es una especie de incentivo al contratista, pues cuanto menor sea la economía para la Administración Pública, menor es la retribución del contratista, que así buscará optimizar su trabajo tanto como sea posible para asegurar la rentabilidad y la continuidad del contrato.

3.7. Los modos de disputa

El art. 56 establece los posibles modos de disputa entre los licitadores para la clasificación en el procedimiento: 1) abierto, en cuyo caso los licitadores presentarán sus ofertas a través de sucesivas pujas; 2) cerrado, en cuyo caso las ofertas permanecerán confidenciales hasta la fecha y hora designadas para su divulgación. Además de esas dos formas básicas, la ley también permite su uso conjunto.

Ese uso conjunto de disputa abierta y cerrada ya existía en el ordenamiento brasileño. Un ejemplo está en el Decreto 10.024/2019, que trata de la subasta inversa electrónica en el ámbito de la Administración federal. El art. 33 del mencionado decreto prevé que, en la disputa abierta y cerrada, existirá una fase de pujas de 15 minutos, seguida de una otra fase de pujas en tiempo aleatorio de hasta 10 minutos. Al final de ese plazo, el sistema electrónico abrirá la oportunidad para que el licitador con la oferta de valor más bajo y los

[539] MEDEIROS, I. "Critérios de julgamento das propostas", *ob. cit.*, 143.

licitadores de las ofertas con valores hasta un 10% superiores puedan ofrecer una oferta final y cerrada dentro de 5 minutos, que serán confidenciales hasta el fin de este plazo, cuando el sistema clasificará las ofertas en orden de precio[540].

En teoría, o hasta que existan una posible reglamentación, el órgano de contratación posee discrecionalidad para elegir el modo de disputa en la licitación, con excepción de dos prohibiciones impuestas por la ley: 1) la utilización del modo de disputa únicamente cerrado cuando se adopten los criterios de adjudicación de precio más bajo o de mayor descuento; y 2) la utilización del modo de disputa únicamente abierto cuando se adopte el criterio de adjudicación de técnica y precio.

Todavía, según AMORIM[541], la elección del modo de disputa realizada por el órgano de contratación debe ser delineada durante la fase de preparación de la licitación, buscando priorizar la competencia en aquel objeto específico, con el número más grande de ofertas y también la duración razonable del proceso de licitación, que no puede extenderse indefinidamente esperando nuevas ofertas de los licitadores. Es importante destacar también que tal elección, aunque ostente esa característica eminentemente discrecional, debe ser

[540] Vid. BITTENCOURT, S. "Algumas novidades trazidas pela nova regulamentação do pregão eletrônico: o Decreto Nº 10.024, de 20 de setembro de 2019". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2019. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/11/21/algumas-novidades-trazidas-pela-nova-regulamentacao-do-pregao-eletronico-o-decreto-no-10-024-de-20-de-setembro-de-2019/.

[541] AMORIM, V. "A fase de lances na nova Lei de Licitações sob a perspectiva da 'teoria dos leilões': contributos para a futura regulamentação dos modos de disputa". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2021. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/04/26/a-fase-de-lances-na-nova-lei-de-licitacoes-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-leiloes-contributos-para-a-futura-regulamentacao-dos-modos-de-disputa/.

justificada en el proceso de contratación, con la explicitación de los motivos que llevaran a su preferencia.

3.8. Las modalidades de licitación

La ley brasileña denomina de modalidades de licitación a los diferentes procedimientos de adjudicación. Su noción básica es así definida por AMARAL GARCIA:

> As modalidades de licitação podem ser conceituadas como as diferentes formas e procedimentos de licitar. A cada modalidade corresponde uma maneira distinta de a Administração Pública atuar.
> Cada interesse público pode reclamar uma forma de licitar distinta. Essa é a *ratio* das modalidades de licitação, ou seja, uma estrutura procedimental afeta ao perfil do objeto que se pretende contratar – o que envolve distintas características e técnicas de execução, a exigirem diferentes tipos de procedimento[542].

Con relación a la Ley 8.666/1993, a Ley 14.133/2021 realiza cambios importantes en las modalidades de licitación. Dos modalidades previstas en la antigua ley, la toma de precios y la invitación, son extintas, mientras el RDC es incorporado por intermedio de las nuevas reglas en otras modalidades. La extinción de la toma de precios y de la invitación, procedimientos con menos publicidad y competencia y relacionados al valor del objeto a ser contratado, puede celebrada con un avanzo de la nueva ley[543]. Por otro lado, existe la incorporación de

[542] AMARAL GARCIA, F. *Licitações e contratos administrativos...*, *ob. cit.*, pp. 141-142.

[543] Véase FERREIRA SILVA, E. A. "O adeus ao convite e à tomada de preços". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica, pp. 157-165.

una modalidad completamente nueva en el ordenamiento brasileño: el diálogo competitivo.

Así, el art. 28 lista las modalidades de licitación: 1) subasta inversa; 2) concurrencia; 3) concurso; 4) subasta; y 5) diálogo competitivo. El párrafo segundo de ese artículo determina que está vedada la creación de otras modalidades, bien como cualquier combinación entre esas cinco previstas.

3.8.1. La subasta inversa

Como expuesto anteriormente, la introducción de la subasta inversa como modalidad de licitación puede ser considerada como uno de los grandes cambios de paradigma, entre elogios y críticas, en la contratación pública brasileña. La Ley 10.520/2002, que trató de la subasta inversa en general, y el Decreto 5.450/2005, que reguló la subasta inversa electrónica, significaran un gradual abandono de las modalidades de licitación tradicionales de la Ley 8.666/1993 con relación a las contrataciones comunes de la Administración, principalmente en ámbito federal.

Ese cambio en favor de las subastas inversas significó, en su momento inicial importantes avanzos en la contratación pública en Brasil, pues se trata de un procedimiento más célere, con menos burocracia, que aumenta la competencia con la participación de más empresas y fornece, especialmente en su forma electrónica, más transparencia a los licitadores y la propia sociedad, lo que ha significado, por fin, más eficiencia en el gasto de la Administración en sus contrataciones[544]. Por otro lado, esa opción casi hegemónica

[544] Vid. MARQUES FERREIRA, M. A., MEDINA, S. y REIS, A. "Pregão Eletrônico e Eficiência nos Gastos Públicos Municipais". *Administração Pública e Gestão Social*, núm. 6, 2014, pp. 74-81.

también ha causado la continuidad de la visión del precio más bajo como la finalidad principal de la licitación, dejándose de lado otras consideraciones y objetivos que una perspectiva estratégica de la contratación pública podría aportar.

De hecho, la nueva ley ha mantenido la subasta inversa, y principalmente la electrónica, como la herramienta principal para las adquisiciones ordinarias de la Administración Pública. Su definición se encuentra en el art. 6º, XLI, como la modalidad de licitación obligatoria[545] para la adquisición de bienes y servicios comunes, cuyo criterio de juicio puede ser el precio más bajo o el mayor descuento.

Por su vez, tales bienes y servicios comunes vienen conceptuados en el art. 6º, XIII, como aquellos cuyos patrones de desempeño y calidad pueden ser definidos objetivamente en el pliego, a través de especificaciones habituales del mercado. En contraposición a los bienes y servicios comunes, la ley también define los bienes y servicios especiales como aquellos de alta heterogeneidad o complejidad, que no pueden ser descritos objetivamente como los comunes.

La nueva ley también veda expresamente, en su art. 29, párrafo único, la utilización de la subasta inversa en la contratación de servicios técnicos especializados de carácter predominantemente intelectual y obras y servicios de ingeniería, con excepción de los llamados servicios comunes de ingeniería, aquellos que tienen como objeto acciones, objetivamente estandarizadas en términos de desempeño y calidad, de

[545] SILVA MARQUES señala que ahora, en se tratando de bienes y servicios comunes, la adopción de la subasta inversa es obligatoria, en contraposición a la mera facultad prevista en la Ley 10.520/2002 ("O pregão na nova lei de licitações". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica, p. 188).

mantenimiento, de adecuación y de adaptación de bienes muebles e inmuebles, con la preservación de las características originales de los bienes.

Como recuerda OLIVEIRA[546], la posibilidad o no del uso de la subasta inversa para la contratación de obras y servicios de ingeniería siempre ha despertado mucha polémica. La nueva ley ha seguido la posición ya adoptada en el actual decreto regulatorio de la subasta inversas[547], que es permitir el uso de la subasta inversa para la contratación de servicios comunes de ingeniería y prohibirla en licitaciones de contratos de obras.

El procedimiento de la subasta inversa, así como lo de la concurrencia, sigue el llamado rito común del art. 17: preparación; aviso de licitación; presentación de ofertas y pujas, en su caso; juicio; habilitación; recursos; y homologación. Considerada desde siempre como una de las grandes ventajas de la subasta inversa en términos de celeridad, la inversión de las fases de habilitación y ofertas se torna la regla general en la nueva ley, que sólo puede ser modificada en el pliego a través de acto motivado con explicación de los beneficios resultantes.

La subasta inversa puede ser presencial y electrónica. Todavía, el art. 17, § 2º, establece que todas las licitaciones en general deben ser realizados preferentemente en la forma electrónica. Cuando se opte por la forma presencial, esta decisión necesita ser justificada por el

[546] OLIVEIRA, R. "*Nova lei de licitações e contratos administrativos...*", *ob. cit.*, p. 147.

[547] El TCU ya tenía pacificada la posibilidad de contratación de servicios comunes de ingeniería a través de la subasta inversa en su Precedente 257: "*O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002*".

órgano de contratación, y la sesión de presentación de las ofertas deberá ser grabada en audio y video, que después serán adjuntados al proceso de contratación.

3.8.2. La concurrencia

Considerada como el procedimiento de adjudicación "clásico" en Brasil, la concurrencia ha mantenido su previsión normativa en la Ley 14.133/2021. Sin embargo, la concurrencia que existía en la Ley 8.666/1993 recuerda muy poco el procedimiento con el mismo nombre de la nueva ley. El procedimiento burocrático y lento de la antigua ley fue enteramente transformado, con disposiciones típicas de la subasta inversa y del Régimen Diferenciado de Contrataciones[548]. De hecho, la subasta inversa y la concurrencia, bajo la nueva ley, tiene el mismo rito procedimental común, compartiendo ambas el estatus de procedimientos generales[549].

JUSTEN FILHO[550] cita como las principales diferencias de la "nueva concurrencia" con relación al procedimiento de la Ley 8.666/1993 la eliminación de los requisitos de valor del contrato, pasando la concurrencia a ser utilizada prácticamente por exclusión de las otras modalidades, y la pluralidad de maneras como el procedimiento podrá ser realizado: electrónico o presencial, modo de disputa abierto o cerrado, inversión de las fases de oferta y habilitación.

---

[548] Vid. NÓBREGA, M. y OLIVEIRA, R. "As modalidades de licitação e as possibilidades de variação procedimental". En FORTINI, OLIVEIRA y CAMARÃO (Coord.). *Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, pp. 21-22.

[549] Véase NOHARA, I. P. *Nova lei de licitações e contratos...*, *ob. cit.,* RL-1.8.

[550] JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações...*, *ob. cit.*, RL-1.8.

La concurrencia es definida en la nueva ley, en el art. 6º, XXXVIII, como la modalidad de licitación para la contratación de bienes y servicios especiales y obras y servicios de ingeniería comunes y especiales, donde pueden ser empleados todos los criterios de adjudicación, con la única excepción de la mejor puja. Esta flexibilidad es importante exactamente por la concurrencia ser utilizada, en teoría, para la contratación de objetos más complejos, que pueden exigir un diseño más elaborado del pliego, así que una forma demasiada rígida podría perjudicar la eficiencia de la contratación.

También llama la atención que el posible uso de la concurrencia comparte con la subasta inversa los denominados servicios de ingeniería comunes, principalmente por la subasta inversa ser considerada obligatoria para la adquisición de todos los bienes y servicios comunes, incluso los de ingeniería. De acuerdo con AMORIM[551], eso es una herencia del atribulado proceso legislativo de la nueva ley, que ha provocado esa antinomia, siendo demandada una interpretación "conciliadora", que permitiría la utilización de la concurrencia en servicios comunes de ingeniería de carácter más técnico, donde la selección del contratista sería por el criterio de adjudicación de técnica y precio.

3.8.3. El concurso

En la Ley 14.133/2021, el concurso es definido como la modalidad de licitación para la elección de trabajo técnico, científico o

[551] AMORIM, V. "Definição da modalidade de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia na nova Lei de Licitações". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2021. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/05/21/definicao-da-modalidade-de-licitacao-para-contratacao-de-obras-e-servicos-de-engenharia-na-nova-lei-de-licitacoes/.

artístico, cuyo criterio de juicio será el de la mejor técnica o contenido artístico, y para la entrega de premio o remuneración al ganador. Ese procedimiento se mantiene casi inalterado con relación a la ley anterior, especialmente en sus dos diferencias principales con relación a los otros procedimientos de adjudicación: la oferta del licitador ya presenta el objeto finalizado y el precio es unilateralmente fijado por el órgano de contratación[552]. La nueva ley abre espacio, todavía, para objetos no finalizados, como es el caso de los concursos para elaboración de proyectos, permitiendo etapas previas de entrega e interacción entre la Administración y el contratista[553].

Según SAVONITTI MIRANDA[554], los concursos son utilizados como un instrumento de promoción del arte y la cultura, de la participación popular y la ciudadanía, de la ciencia, la innovación y la tecnología, así como para la selección de proyectos en las áreas de infraestructura, arquitectura, ingeniería y urbanismo. Pueden, por tanto, servir para incentivar determinadas áreas como también buscar soluciones para problemas específicos.

El art. 30 determina que la modalidad de concurso deberá seguir las reglas y condiciones previstas en el pliego, que deberá indicar: 1) la calificación requerida de los participantes; 2) las directrices y formas de presentación del trabajo; y 3) las condiciones de realización y el premio o remuneración que se otorgará al ganador. Como el criterio de adjudicación será necesariamente el de la mejor técnica o contenido

[552] Véase ROCHA FURTADO, L. *Curso de Licitações*..., *ob. cit.*, p. 265.

[553] Vid. MONTEIRO, V. "O concurso não é mais o mesmo". *Jota,* 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-concurso-nao-e-mais-o-mesmo-06042021.

[554] SAVONITTI MIRANDA, H. *Licitações e contratos administrativos..., ob. cit.*, RB-6.10.

artístico, existirá aquí un panel designado para la atribución de puntuaciones a requisitos de carácter cualitativo.

La ley también se preocupa en establecer que, en los concursos para la elaboración de un proyecto, el ganador deberá conceder a la Administración todos los derechos de propiedad relacionados con el proyecto, así como autorizar su ejecución según el juicio de conveniencia y oportunidad de las autoridades competentes. Esa cesión, según el art. 93 de la ley, permite que la Administración utilice el proyecto libremente, pudiendo incluso modificarlo en otras ocasiones, sin necesidad de nueva autorización del autor. MONTEIRO[555] señala que la Administración podrá dejar de exigir la cesión cuando el proyecto se relacionar con actividades de investigación y desarrollo científico, tecnológico o de innovación.

3.8.4. La subasta

La subasta es otra de las modalidades de licitación que se ha mantenido en la Ley 14.133/2021, pero ahora ha ganado más gama de aplicación, una vez que en antigua ley era utilizada para la venta de bienes muebles de la Administración y sólo en algunas excepciones para la venta de los bienes inmuebles, cuya regla general requería la realización de licitación por concurrencia[556]. Ahora, en la definición del art. 6º, subasta es la modalidad de licitación para la venta de bienes inmuebles o bienes muebles inservibles o confiscados legalmente a la mejor puja. La propia ley también establece, en su art. 31, que sus

[555] MONTEIRO, V. "O concurso não é mais o mesmo", *ob. cit*.

[556] Véase OLIVEIRA, R. "*Nova lei de licitações e contratos administrativos...*", *ob. cit.*, p. 149.

procedimientos operacionales deben ser determinados a través de un nuevo reglamento específico.

La realización de la subasta puede ser dirigida por un subastador oficial, o por un funcionario designado por la Administración. En caso de optarse por un subastador oficial, la Administración deberá seleccionarlo mediante acreditación o por licitación en la modalidad de subasta inversa, con el criterio de adjudicación del mayor descuento para las comisiones a cobrar, utilizando como parámetro máximo los porcentajes definidos en la ley que regula dicha profesión[557] y observando los valores de los bienes a subastar.

Antes de la subasta, su pliego debe ser publicado en sitio web oficial, con las siguientes informaciones: 1) descripción del bien, con sus características y, en el caso de inmueble, su situación y sus límites, con referencia a sus registros; 2) el cuantía de evaluación del bien, el precio mínimo al que se puede vender, las condiciones de pago y, en su caso, la comisión del subastador designado; 3) la indicación del lugar donde se encuentran los muebles, los vehículos y los animales; 4) el sitio web y el plazo en el que se llevará a cabo la subasta, salvo que excepcionalmente se realice de forma presencial por demostrada inviabilidad técnica o inconveniencia para la Administración, en cuyo caso se indicará el lugar, día y hora de su realización; y 5) la especificación de eventuales gravámenes u obligaciones sobre los bienes a subastar.

Además de esa publicación en sitio web oficial, la Ley 14.133/2021 también exige que el pliego de la subasta sea publicado en un lugar de amplia circulación de personas en la sede de la Administración, y también permite la divulgación por otros medios

[557] Actualmente, esa norma es el Decreto 21.981/1932.

necesarios para incrementar la publicidad y la competitividad de la subasta. La referida publicación "física" del pliego en la sede de la Administración puede parecer un poco anticuada para la actualidad, pero es pensada específicamente para los pequeños Municipios brasileños, donde tal método aún es relevante.

Como la modalidad de la subasta no impone obligaciones futuras para los compradores, obviamente sus exigencias son bastante más blandas. De esa forma, no se requerirá registro previo de los participantes, no habrá fase de habilitación y la homologación del resultado debe realizarse tan pronto como se complete la fase de pujas, después de los eventuales recursos y que el pago sea realizado por el postor ganador.

3.8.5. El dialogo competitivo

Previsto en las Directivas 2004/18/CE y 2014/24/UE, como anteriormente mencionado, la adopción del procedimiento del dialogo competitivo es una de las novedades de la nueva ley brasileña. Hasta ahora, la legislación de Brasil no poseía un procedimiento de adjudicación que se mostrase apto a la contratación de soluciones más innovadoras, pues el procedimiento de concurrencia siempre ha exigido que la Administración presentase proyectos prácticamente definitivos ya en el momento de la publicación del pliego, debiendo las empresas simplemente concordaren con esas soluciones para la ejecución del contrato.

Según JUSTEN FILHO[558], la previsión de un procedimiento como el diálogo competitivo representa un movimiento más en la superación

[558] JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações...*, *ob. cit.*, RL-1.8.

del enfoque autoritario de la Administración, bien como el reconocimiento de la insuficiencia de los recursos estatales (materiales, de conocimiento y de información), abriendo espacio para la cooperación entre la Administración y el sector privado. La contratación pública también deja de ser un área caracterizada por una supremacía absoluta de la Administración con relación a los particulares, y pasa a tener cada vez más una concepción de cooperación.

La Ley 14.133/2021 define el dialogo competitivo como la modalidad de licitación para la contratación de obras, servicios y compras en la que la Administración Pública realiza diálogos con licitadores previamente seleccionados según criterios objetivos, con el fin de desarrollar una o más alternativas capaces de satisfacer sus necesidades, debiendo los licitadores presentar una oferta final después del cierre de los diálogos. Como apuntan NÓBREGA y OLIVEIRA[559], la idea es que el sector privado puede contribuir a las soluciones públicas, siendo un procedimiento adecuado para aquellas situaciones en las que Administración conozca su necesidad, pero no sabe cómo suplirla. Así, utilizase el diálogo competitivo para concebir el objeto de la contratación en el transcurso del proceso de licitación.

El art. 32 restringe el uso del dialogo competitivo a las siguientes situaciones: 1) contrataciones que envuelvan: a) innovación tecnológica o técnica; b) imposibilidad de la Administración tener su necesidad satisfecha sin la adaptación de las soluciones disponibles en el mercado; c) imposibilidad de la Administración definir las especificaciones técnicas con precisión suficiente; y 2) contrataciones en que la Administración verifique la necesidad de definir e identificar los medios y las alternativas que puedan satisfacer sus necesidades, como la solución técnica más adecuada, los requisitos técnicos capaces

[559] NÓBREGA, M. y OLIVEIRA, R. "As modalidades de licitação...", *ob. cit.*, p. 22.

de implementar la solución ya definida o la estructura jurídica o financiera del contrato.

Una duda interpretativa inicial ocurre en la primera hipótesis de utilización del diálogo competitivo, si las tres condiciones presentadas son cumulativas o no. Frente a la redacción dudosa de la norma, muchos autores han defendido que las tres condiciones (innovación tecnológica o técnica, imposibilidad de adaptación de las soluciones disponibles, imposibilidad de definición precisa de las especificaciones técnicas) deberían ser satisfechas conjuntamente para solo entonces ser posible el uso del diálogo competitivo[560]. Sin embargo, considerando que la norma brasileña ha buscado inspiración en la Directiva 2014/24/UE, al analizarse el texto de esta última queda claro que la mejor interpretación es que en la ley brasileña también la presencia de sólo una de las condiciones ya es suficiente para la posibilidad del uso del dialogo competitivo[561], pues, de lo contrario, el uso del procedimiento terminaría demasiado restringido, con pocas alternativas de utilización.

El párrafo primero del art. 32 trata del trámite del diálogo competitivo y sus requisitos. El procedimiento está dividido en dos fases: una de diálogo, en la que la Administración conocerá las soluciones disponibles y, después de conversaciones y negociaciones, definirá la que le resulte más ventajosa, y otra competitiva, en la que

[560] Véase, por ejemplo, ALVES LIMA, E. "O diálogo competitivo e os desafios práticos de sua operacionalização". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/coberturas-especiais/nacao-inovadora/dialogo-competitivo-desafios-operacionalizacao-11052021.

[561] Vid. AVELAR, M. "7 pontos do Diálogo competitivo que você precisa saber". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2021. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/03/31/7-pontos-do-dialogo-competitivo-que-voce-precisa-saber/.

las empresas que participaron en la fase anterior presentan sus propuestas para la solución elegida[562].

La ley instituye que el diálogo competitivo tendrá su procedimiento conducido por una comisión de contratación, integrada por al menos 3 funcionarios fijos de la Administración, estando permitida la contratación de profesionales privados para asesoría técnica de la comisión[563]. Si se produce esa contratación de profesionales privados para asesoría, estos están obligados a firmar un acuerdo de confidencialidad y abstenerse de realizar actividades que puedan constituir un conflicto de intereses.

Inicialmente, el órgano de contratación publicará un pliego en sitio web oficial, presentando sus necesidades y las exigencias ya definidas y estableciendo un plazo mínimo de 25 días hábiles para la manifestación de interés de las empresas en participar de la licitación. Los criterios utilizados para la preselección de los futuros licitadores deberán estar previstos en ese pliego, y serán deberán ser admitidos todos los interesados que cumplan con los requisitos objetivos divulgados.

Después de la admisión de los licitadores que han cumplido con los requisitos del pliego, empieza la fase de dialogo. Durante ella, está prohibida la divulgación de informaciones de forma discriminatoria, que puedan suponer una ventaja para cualquier licitador. Igualmente, la

[562] Véase ZAGO, M. "Diálogo competitivo: para o quê e para quem?". *Migalhas*, 2021. Disponible en https://www.migalhas.com.br/depeso/346368/dialogo-competitivo-para-o-que-e-para-quem.

[563] Para REMÉDIO, el texto normativo carece una previsión efectiva de mecanismos institucionales con contornos más definidos, seguros y transparentes con respecto a esa conducción del procedimiento ("Lei de licitações e contratos administrativos (Lei 14.133/2021): o diálogo competitivo como nova modalidade de licitação". *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, vol. 7, núm. 1, 2021, p. 16).

Administración no podrá revelar a otros licitadores las soluciones propuestas o las informaciones confidenciales comunicadas por un licitador sin su consentimiento. SAVONITTI MIRANDA[564] hace hincapié en la importancia de resguardar esa confidencialidad, indispensable en un contexto de innovación, en el que la información estratégica de los operadores económicos está legalmente protegida.

La fase de diálogo se puede mantener hasta que la Administración, en una decisión justificada, identifique la solución o soluciones que satisfagan sus necesidades[565]. En caso de previsión en el pliego, se pueden realizar fases sucesivas, en cuyo caso cada fase podrá restringir las soluciones o propuestas a discutir. Aún durante la fase de diálogo, la ley exige que todas las reuniones con los licitadores preseleccionados se registrarán en actas y se grabarán utilizando recursos tecnológicos de audio y video, que posteriormente se adjuntarán al proceso de licitación.

Cuando la Administración declarar concluida la fase de dialogo, a través de la mencionada decisión justificada, podrá empezar la fase competitiva con la publicación de pliego con la especificación de la solución que satisfaga sus necesidades y los criterios objetivos que se utilizarán para seleccionar la oferta más ventajosa. Será abierto un plazo, no inferior a 60 días hábiles, para que todos los licitadores

---

[564] SAVONITTI MIRANDA, H. *Licitações e contratos administrativos..., ob. cit.*, RB-6.18.

[565] Como señala NOHARA, la realización del dialogo es el objetivo de la elección de ese procedimiento: "*A ideia é que se aprende dialogando, assim, a abertura permite com que haja o alinhamento de interesses e expectativas, dado que muitos modelos de negócio apresentam suas complexidades. Saber como se presta certo serviço, onde se lucra, é uma informação nem sempre acessível à Administração, nem sequer ao mercado, pois as empresas costumam esconder dos concorrentes o seu pulo do gato nos negócios que celebram, havendo modelos de negócio que são de domínio restrito. Em síntese, quando se entende da estrutura de mercado disponível, a partir do diálogo, isso permite que a Administração Pública modele contratos que sejam mais seguros e estáveis*" (*Nova lei de licitações e contratos...*, *ob. cit.,* RL-1.8).

preseleccionados en la fase anterior presenten sus ofertas, las cuales deberán contener los elementos necesarios para la ejecución del proyecto. Es importante enfatizar que el licitador que tuve su solución elegida no tiene ningún tipo de ventaja o beneficio en la fase competitiva, estando en igualdad de condiciones con los demás participantes[566].

Después de la presentación de las ofertas por las empresas, la Administración puede solicitar aclaraciones o ajustes sobre esas ofertas, siempre que no impliquen discriminación o falseen la competencia entre los licitadores. Una vez que no existan más dudas, la Administración definirá la oferta ganadora de acuerdo con los criterios divulgados al inicio de la fase competitiva, asegurando como resultado la contratación más ventajosa.

3.9. La contratación directa

Las contrataciones públicas directas en Brasil, o sea, sin la realización de un procedimiento competitivo de licitación, siempre han sido constantes fuentes de denuncias y casos de corrupción, exactamente por tratarse de procesos con menos publicidad y transparencia, donde la Administración "elige" directamente el futuro contratista, muchas veces sin la debida obediencia legal y por valores superiores a los de mercado.

Como ya mencionado, la Constitución brasileña impone la realización de licitaciones para los contratos públicos, "*excepto en los*

[566] Véase LAZZARI LAHOZ, R. "Modalidades de licitação e procedimentos auxiliares". En NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, p. 131.

casos especificados en la legislación"[567]. Históricamente, eses casos exceptuados siempre se han divididos en dos procedimientos distintos, con supuestos propios de aplicabilidad: 1) la inexigibilidad de licitación, para aquellos casos donde no es posible que exista competencia para el objeto a ser contratado, y, por lo tanto, no hay sentido en realizar un procedimiento de licitación; y 2) la dispensa de licitación, para aquellos casos que sí que es viable la competencia, y el órgano de contratación tiene así la posibilidad de promover un procedimiento de licitación, pero determinadas circunstancias, siempre vinculadas a un interés público[568], desobligan la realización de ese procedimiento, permitiendo una contratación directa[569].

Aún se debería pensar que las contrataciones directas tendrían que ser procedimientos excepcionales, utilizados sólo de forma complementar, una vez que no siguen un procedimiento de amplía concurrencia y abierto a la participación para los interesados, esa no es la realidad en Brasil. Actualmente, las contrataciones directas corresponden al 71% de todos los procedimientos de compra pública del ámbito federal en Brasil[570], siendo tal porcentaje probablemente más grande en los Estados y Municipios. Además de su uso excesivo, la contratación directa siempre ha sufrido críticas por la opacidad de

---

[567] Según GUIMARÃES, todas las excepciones para la realización de licitación en las contrataciones públicas son de competencia legislativa exclusiva y privativa de la Unión, por se tratar de normas generales, no siendo permitido que los Estados y Municipios creen nuevas hipótesis de contratación directa (*Licitação - Previsão constitucional e infraconstitucional, competência legislativa e exceções ao dever de licitar*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 13).

[568] Véase NIEBUHR, J. "Dispensa e inexigibilidade de licitação pública". En NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, p. 34.

[569] Vid. ROCHA FURTADO, L. *Curso de Licitações*..., *ob. cit.*, p. 265.

[570] Véase FASSIO, R. "Contratações diretas na Nova Lei de Licitações". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/advocacia-publica-em-estudo/contratacoes-diretas-na-nova-lei-de-licitacoes-03062021.

sus procesos de origen, que muchas veces no aportaban las adecuadas motivaciones de la Administración.

Exactamente para dar más transparencia a los procedimientos de contratación directa, la Ley 14.133/2021, en su art. 72, ahora establece que los procesos de inexigibilidad y dispensa de licitación necesitan presentar una serie de documentos: 1) documento de formalización de la demanda y, en su caso, estudio técnico preliminar, análisis de riesgos, término de referencia, proyecto básico o proyecto ejecutivo; 2) valor estimado de la contratación, que debe calcularse en la forma establecida en la ley; 3) parecer legal y pareceres técnicas, en su caso, que demuestren el cumplimiento de los requisitos exigidos; 4) demostración de la compatibilidad de la previsión de recursos presupuestarios con el compromiso a asumir; 5) comprobación de que el contratista cumple con los requisitos mínimos de habilitación y calificación necesarios; 6) motivo de la elección del contratista; 7) justificación de precio; y 8) autorización de la autoridad competente. Además, también como forma de garantizar la transparencia, el acto que autoriza la contratación directa o el extracto derivado del contrato debe ser divulgado y puesto a disposición del público en un sitio web oficial.

La preocupación con los casos de corrupción relacionados con las contrataciones directas también aparece en el art. 73, que establece expresamente que en el caso de que se produzca una contratación directa indebida con dolo, fraude o error grave, el contratista y el agente público responsable responderán solidariamente por daño causado a la Administración, sin perjuicio de las demás sanciones legales aplicables. Esta se trata de una sanción de naturaleza administrativa, siendo la conducta también punible en el ámbito civil (acción de improbidad) y penal. Incluso, con relación a este último, la Ley 14.133/2021 ha introducido en el Código Criminal el art. 337-E,

que pune con pena de reclusión de 4 a 8 años, más multa, la persona que "admitir, posibilitar o dar lugar a contratación directa fuera de los casos previstos en la ley"[571].

3.9.1. La inexigibilidad de licitación

El art. 74, en consonancia con la doctrina brasileña sobre el tema, dice que son inexigibles las licitaciones cuando es inviable la competencia. Sobre los supuestos que pueden llevar a la inviabilidad de la competencia, los cuales no fueran externados por el legislador, JUSTEN FILHO[572] apunta los siguientes: a) ausencia de pluralidad de alternativas para la prestación del objeto; b) ausencia de mercado competitivo; c) ausencia de objetividad en la selección del objeto; y d) ausencia de definición objetiva de la prestación a realizar.

La ley cita, ejemplificativamente, casos de inexigibilidad de licitación en siguientes situaciones: 1) adquisición de bienes o contratación de servicios que solo pueden ser prestados por un productor, empresa o representante comercial exclusivo; 2) contratación de profesional del sector artístico consagrado por la crítica especializada o la opinión pública; 3) contratación de los siguientes servicios técnicos especializados de carácter predominantemente intelectual con profesionales o empresas de notoria especialización: a) estudios técnicos, planificaciones, proyectos básicos o proyectos ejecutivos; b) pareceres, pericias y evaluaciones en general; c) asesoramiento o consultoría técnica y auditorías financieras o fiscales;

[571] Véase CARVALHO, G. e ORZARI, O. "O crime de contratação direta ilegal na nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-abr-08/opiniao-contratacao-direta-ilegal-lei-licitacoes.

[572] JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações...*, *ob. cit.*, RL-1.21.

d) inspección, supervisión o dirección de obras o servicios; e) representación en procesos judiciales o administrativas; f) formación y perfeccionamiento de personal; g) restauración de obras de arte y bienes de valor histórico; h) controles de calidad y tecnológicos, análisis, ensayos de campo y de laboratorio, instrumentación y monitoreo de parámetros específicos de obras y medio ambiente y otros servicios de ingeniería; 4) objetos que deben o pueden ser contratados mediante acreditación; y 5) adquisición o arrendamiento de inmueble cuyas características de instalaciones y ubicación hacen necesaria su elección[573].

En el citado caso de adquisición de bienes o contratación de servicios exclusivos, el órgano de contratación debe demostrar la imposibilidad de competencia mediante la presentación de certificado, contrato o declaración de exclusividad, acreditando que el objeto es suministrado o prestado por un productor, empresa o representante comercial exclusivo. Como señala MOTTA[574], los documentos susceptibles de comprobar la exclusividad deben ser verificados en cada caso concreto, de acuerdo no solo con la normativa aplicable, sino también con las prácticas comerciales vigentes del mercado en el que se inserta el objeto.

---

[573] Algunos autores defienden que ese caso de inexigibilidad puede ser utilizado incluso cuando exista más de un inmueble posible, como BOSELLI: "*É pouco provável que a Administração consiga definir previamente critérios objetivos para a aquisição ou locação de imóveis, motivo pelo qual não é possível realizar um procedimento licitatório e, portanto, deve ser contratada por inexigibilidade, seja com a existência de um único imóvel viável, seja nos casos em que existirem múltiplas possibilidades. O que não se pode confundir é a inexigibilidade de licitação com a discricionariedade pura e absoluta do gestor, que não precisaria justificar sua decisão ou construir algum modelo republicano de seleção*". ("Considerações sobre algumas das hipóteses de contratação direta na Nova Lei de Licitações". En FORTINI, C. OLIVEIRA, R. y CAMARÃO, T. (Coord.). *Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.* Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 55).

[574] MOTTA, F. "Contratação direta: inexigibilidade e dispensa de licitação". En DI PIETRO, M. S. (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 124.

Ya con relación a la contratación de servicios técnicos especializados de carácter predominantemente intelectual con profesionales o empresas de notoria especialización, la ley considera notoria especialización el profesional o empresa cuyo concepto en el ámbito de su especialidad, derivado de actuaciones previas, estudios, experiencia, publicaciones, organización, aparejos, personal técnico u otros requisitos relacionados con sus actividades, permita inferir que su labor es esencial y reconocidamente adecuado a la plena satisfacción del objeto del contrato. Por otro lado, cuando utilizada esa situación para configurar la inexigibilidad de licitación, la ley prohíbe expresamente la subcontratación de empresas o la actuación de profesionales distintos.

La nueva ley también impone tres requisitos para los casos de inexigibilidad realizados para la adquisición o arrendamiento de inmueble: 1) evaluación previa del inmueble, su estado de conservación, los costos de adaptaciones, cuando sean imprescindibles para las necesidades de uso, y el período de amortización de las inversiones; 2) certificación de la inexistencia de inmuebles públicos desocupados y disponibles que cumplan con el objeto; y 3) justificaciones que demuestren la singularidad del inmueble a ser comprado o arrendado por la Administración y que demuestren una ventaja para la misma.

3.9.2. La dispensa de licitación

Como antes mencionado, la dispensa de licitación ocurre cuando puede existir competencia, pero la ley, por determinado motivo de interés público, libera el órgano de contratación de realizar el procedimiento. De acuerdo con NIEBUHR, "*a dispensa de licitação*

pública pressupõe invariavelmente a possibilidade de realizá-la, mesmo que isso impusesse sacrifício ao interesse público. Ela é, em última análise, o mecanismo de que se vale o legislador para salvaguardar o interesse público, sopesando os valores que o circundam, evitando que a realização de licitação pública erga barreiras à sua plena consecução"[575].

En Brasil, el caso más usual de licitación dispensable son las contrataciones de valor bajo, en las cuales el costo, el trabajo y el tiempo despendidos para la realización del procedimiento con concurrencia terminan por contrariar más el interés público que la ausencia de la licitación[576]. Todavía, en su art. 75, la Ley 14.133/2021 prevé una extensa lista con 28 hipótesis de licitaciones dispensables[577]. A diferencia de la inexigibilidad, cuyos casos se describen en la ley como ejemplos, las situaciones previstas de dispensa son taxativos, no estando permitidas dispensas de licitación fuera de eso rol. NOHARA[578] divide la lista de dispensas de licitación en cuatro posibilidades: 1) por el valor; 2) por situaciones excepcionales; 3) debido al objeto; y 4) debido a la persona.

Una de las novedades más impactantes en la nueva ley fue el aumento considerable en las cuantías que permiten la dispensa de licitación. En los casos de compras y servicios en general, el límite ha pasado de R$ 17.600 (cerca de € 2.900) para R$ 50.000 (cerca de € 8.000), mientras en los casos de obras y servicios de ingeniería ese el valor ha subido de R$ 33.000 (cerca de € 5.300) para R$ 100.000

[575] NIEBUHR, J. "Dispensa e inexigibilidade de licitação pública", *ob. cit.*, p. 53.

[576] BITTENCOURT, S. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Leme: Mizuno, 2021, p. 108.

[577] Vid. FASSIO, R. "Contratações diretas na Nova Lei...", *ob. cit.*

[578] NOHARA, I. P. *Nova lei de licitações e contratos...*, *ob. cit.,* RL-1.22.

(cerca de € 16.000), además que ahora también incluye los servicios de mantenimiento de vehículos. Todos esos valores, según el art. 182, se actualizarán en el 1 de enero de cada año.

Uno de los motivos comentados de esa mudanza está exactamente en el interés público, una vez que la realización de licitaciones con valores excesivamente bajos no cubriría el propio costo interno del procedimiento, por lo que el órgano de contratación tendría perjuicio[579]. Por otro lado, esa ampliación es particularmente relevante para los Municipios más pequeños, que normalmente realizan procesos de compras con cuantías mucho más bajas que la Administración Federal, por ejemplo.

Así como ocurre con los contratos menores en España, el fraccionamiento irregular del objeto del contrato para evitar la realización de un procedimiento de licitación es bastante común en Brasil. Para evitar tales situaciones, la ley determina la forma por la cual deben ser considerados los valores para el cumplimiento de los límites de dispensa. El valor total es referente al del año financiero de cada unidad gestora de licitaciones, o sea, cada órgano de contratación independiente. Además, el soma a ser observado es referente a los gastos incurridos con objetos de la misma naturaleza, entendidos como aquellos relacionados con contrataciones en el mismo campo de actividad[580]. Así, en cada año, para objetos de material de oficina

[579] Una de las referencias para ese aumento de los límites para dispensa de licitación fue la Nota Técnica nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC, del Ministerio de la Transparencia y Controlaría General de la Unión, que cita que, en la Administración Federal, el costo administrativo de una dispensa de licitación es de R$ 2.025, mientras el de una subasta inversa es R$ 20.698 y de una subasta inversa presencial es R$ 47.688,00 (disponible en https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc.pdf/view).

[580] Tal concepto no está eximido de polémicas, véase SCHNEIDER, R. "Contratação direta na Lei 14.133/2021". Ponencia en el Tribunal de Cuentas del Estado de Alagoas, 2021. Disponible en https://www.tceal.tc.br/view/documentos/doc27042021165422000000608841be445b9.pdf.

(aunque sean distintos), por ejemplo, cada unidad gestora puede comprar hasta R$ 50.000 sin licitación, pudiendo gastar valor igual en compras de objetos de otras naturalezas.

Otra novedad con relación a las dispensas por valor bajo es que ahora, de forma preferencial, ellas deben ser precedidas de divulgación de aviso en sitio web oficial, por un período mínimo de 3 días hábiles, con la especificación del objeto pretendido y con la manifestación del interés del órgano de contratación en obtener propuestas adicionales de los interesados, siendo seleccionada la propuesta más ventajosa. Es la denominada *dispensa electrónica*, ya regulada en ámbito federal por la Instrucción Normativa Seges/ME 67/2021, de 8 de julio[581].

En una dispensa por valor normal, normalmente el órgano de contratación busca el objeto a ser contratado y el respectivo presupuesto junto a determinadas empresas, eligiendo la mejor oferta. En la dispensa electrónica existe una fase a más: después de llegar a un valor estimado, el órgano de contratación divulgará los términos de la dispensa en un sistema electrónico y ocurrirá una "mini subasta inversa"[582]. En un intervalo mínimo de 6 horas y máximo de 10 horas, las empresas interesadas podrán hacer ofertas en el sistema, siendo informados del precio más bajo corriente, pero sin la identificación del ofertante. Encerrándose el plazo de tiempo, el sistema cierra automáticamente, el órgano de contratación verificará la conformidad de la oferta con las especificaciones del objeto, además de la habilitación de la empresa, para la adjudicación.

---

[581] Disponible en https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-seges/me-n-67-de-8-de-julho-de-2021-330985107.

[582] NIEBUHR llama la dispensa electrónica de una "modalidad de licitación disfrazada" ("A dispensa de licitação eletrônica é modalidadede licitação disfarçada". *Zênite*, 2021. Disponible en https://zenite.blog.br/a-dispensa-de-licitacao-eletronica-e-modalidade-de-licitacao-disfarcada/).

Otros casos relevantes de dispensa de licitación previstos por la ley, entre las ya citadas 28 hipótesis, son los siguientes: 1) licitaciones sin interesados, sin ofertas válidas o con precios manifiestamente superiores al valor de mercado; 2) materiales para uso de las Fuerzas Armadas; 3) recogida, procesamiento y venta de residuos sólidos urbanos reciclables o reutilizables, realizado por asociaciones de personas de renta baja; 4) contratación que pueda comprometer la seguridad nacional; 5) en casos de emergencia o calamidad pública; 6) adquisición, por persona jurídica de derecho público, de bienes producidos o servicios prestados por órgano o entidad que integren la Administración Pública y que hayan sido creados para este fin específico, siempre que el precio contratado sea compatible con el practicado en el mercado; 7) celebración de contrato de programa con entidad federativa o con entidad de su Administración Pública indirecta que implique la prestación de servicios públicos de forma asociada en contrato público de consorcio o convenio de cooperación; 8) contratación de asociación de personas con discapacidad, sin ánimo de lucro y de probada reputación, para la prestación de servicios, siempre que el precio contratado sea compatible con el practicado en el mercado y los servicios contratados sean prestados exclusivamente por personas con discapacidad; y 9) contratación de institución dedicada a la recuperación social de personas presas, siempre que el contratista tenga reputación ética y profesional indiscutible y no tenga ánimo de lucro.

3.10. Los procedimientos auxiliares

El art. 78 de la nueva ley enumera los llamados procedimientos auxiliares de las licitaciones y de las contrataciones: 1) acreditación; 2) precalificación; 3) procedimiento de manifestación de interés; 4)

sistema de registro de precios; y 5) registro catastral. La propia norma también informa que todos ellos deberán ser tema de reglamento posterior, donde serán definidos criterios claros y objetivos para su aplicación práctica.

BITTENCOURT[583] conceptúa los procedimientos auxiliares como herramientas de potencialización en la dinámica de los procedimientos de contratación, que traen beneficios como más celeridad, economicidad y eficiencia al proceso en general. Esos procedimientos pueden ser clasificados en dos tipos: 1) aquellos que efectivamente determinarán la contratación de un licitador (acreditación y sistema de registro de precios); y 2) aquellos que son considerados procedimientos previos, preparatorios para la futura contratación (precalificación, procedimiento de manifestación de interés y registro catastral.

3.10.1. Acreditación

La acreditación es definida en el art. 6º, XLIII, como un proceso administrativo de convocatoria pública en el que la Administración Pública llama a los interesados a prestar servicios o suministros para que, una vez cumplidos los requisitos necesarios, sean acreditados por el órgano o entidad para ejecutar el objeto cuando sean convocados. El art. 74, IV, la trata como una hipótesis para contrataciones directas a través de inexigibilidad de licitación, o sea, existiendo una acreditación válida, la realización de la contratación entre la Administración y la empresa puede darse sin la necesidad de un procedimiento competitivo[584].

[583] BITTENCOURT, S. *Nova Lei de Licitações..., ob. cit.*, pp. 125-126.

[584] Vid. OLIVEIRA, R. "*Nova lei de licitações e contratos administrativos...*", *ob. cit.*, p. 267.

El art. 79 lista las posibilidades de contratación en las cuáles la acreditación puede ser utilizada: 1) paralela y no excluyente, en cuyo caso es factible y ventajoso para la Administración realizar contratos simultáneos en condiciones estandarizadas (p. ej., talleres para la prestación de servicios de mantenimiento de vehículos); 2) con selección a criterio de terceros, en cuyo caso la elección del contratista es responsabilidad del beneficiario directo de la prestación (p. ej., médicos privados en convenios públicos); y 3) en mercados fluidos: caso en el que la constante fluctuación en el valor del objeto y en las condiciones de contratación imposibilita la selección de un operador económico a través de un proceso de licitación (p. ej., compra de billetes de avión).

El reglamento que tratará de los procedimientos de acreditación debe observar algunas reglas definidas en el párrafo único del art. 79. La Administración divulgará y pondrá a disposición de los particulares, en un sitio web oficial, un pliego de convocatoria para los interesados, con el fin de permitir el registro permanente de nuevos interesados. O sea, existiendo una acreditación para determinado objeto, esta permanecerá siempre abierta durante su periodo de validad para todos los operadores económicos que tengan interés y cumplan los requisitos del pliego. Igualmente, en los plazos fijados en el pliego, las partes pueden denunciar la acreditación.

El pliego de convocatoria de los interesados deberá prever las condiciones estándar de contratación y, para contrataciones paralelas y no excluyentes o a criterio de terceros, ya deberá definir el valor del contrato. También con relación a las contrataciones paralelas y no excluyentes, cuando el objeto no permita la contratación inmediata y simultánea de todos los acreditados, se deberán adoptar criterios objetivos para la distribución de la demanda. Por su vez, para las

contrataciones en mercados fluidos, el órgano de contratación deberá registrar las cotizaciones de mercado vigentes al momento de la contratación. Finalmente, no se admitirá que terceros realicen el objeto contratado sin la autorización expresa de la Administración.

3.10.2. Precalificación

La precalificación es definida por el art. 6º, XLIV, como el procedimiento de selección previo a la licitación, convocado mediante pliego, para el análisis de las condiciones de habilitación, total o parcial, de los interesados o del objeto. El art. 80 profundiza este concepto al decir que se trata del procedimiento técnico-administrativo para seleccionar previamente: 1) licitadores que cumplan con las condiciones de habilitación para participar en una futura licitación; y 2) bienes que reúnan los requisitos técnicos o de calidad establecidos por la Administración.

Así, para la realización de una precalificación, el órgano de contratación publicará un pliego con las informaciones mínimas necesarias para la definición del objeto, la modalidad y la forma de la futura licitación y los criterios de adjudicación, pues, al contrario de lo que ocurre en la acreditación, existirá competencia entre los participantes[585]. La licitación o licitaciones que sucederán la precalificación pueden ser restringidas a licitadores o bienes precalificados. También por eso, la precalificación estar abierta permanentemente para nuevos interesados. La precalificación puede

[585] Vid. BRACARENSE LOPES, V. "Os instrumentos auxiliares à contratação: credenciamento e pré-qualificação". Ponencia en *Semana da Escola da AGU da Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 2021. Disponible en https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222229/os%20instrumentos%20auxiliares%20%C3%A0%20contrata%C3%A7%C3%A3o%20-%20virginia%20lopes%20-%20eagu.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

ser parcial o total, con algunos o todos los requisitos técnicos o de habilitación necesarios para la contratación.

La presentación de documentos se realizará ante un órgano o comité designado por la Administración, la cual deberá examinarlos en un plazo máximo de 10 días hábiles y determinar la rectificación o reenvío de documentos, en su caso, siempre buscando la ampliación de la competencia. Una vez aprobada, la precalificación del licitador o del objeto tendrá la validade máxima de 1 ano, pudiendo ser actualizada en cualquier momento, o hasta el plazo de validad de los documentos presentados por los interesados.

3.10.3. Procedimiento de manifestación de interés

De acuerdo con la Ley 14.133/202, el procedimiento de manifestación de interés (PMI) es una solicitación de la Administración al sector privado para la proposición y realización de estudios, investigaciones y proyectos de soluciones innovadoras que contribuyan a temas de relevancia pública, que se inicia con la publicación de un pliego de convocatoria pública. Sin embargo, tal procedimiento no es una novedad en el ordenamiento brasileño, pues ya disfrutaba de previsión en otras leyes, como en las concesiones de servicios públicos (Ley 8.987/1995) y las colaboraciones público-privadas (Ley 11.079/2004), entre otras.

Como resaltan FASIO y NÓBREGA[586], el PMI pretende reducir la asimetría informacional que aleja la Administración de sus contratistas,

[586] FASSIO, R. y NÓBREGA, M. "Procedimentos auxiliares na nova lei de licitações: o rating de fornecedores no registro cadastral e o procedimento de manifestação de interesse". *Ronny Charles*, 2021. Disponible en https://ronnycharles.com.br/procedimentos-auxiliares-na-nova-lei-de-licitacoes-o-rating-de-fornecedores-no-registro-cadastral-e-o-procedimento-de-manifestacao-de-interesse/.

reconociendo que el órgano de contratación no siempre podrá ver todas las soluciones a los problemas que pretende resolver. Aquí, la Administración pide la ayuda del sector privado para buscar soluciones para problemas o necesidades, cambiando la lógica del proceso de compra pública.

De esta forma, una vez que los participantes del sector privado presenten sus estudios y propuestas de soluciones en el PMI, la Administración elaborará un dictamen motivado con la demostración de que el producto o servicio entregado es el adecuado y suficiente para comprender el objeto, que los supuestos adoptados son compatibles con las necesidades reales de la Administración y que la metodología propuesta es la que más aporta ahorros y ventajas entre las otras posibles.

Por otro lado, la nueva ley impone que la realización del PMI: 1) no otorgará derechos de preferencia en el proceso de licitación; 2) no obligará la Administración a realizar un proceso de licitación; 3) no implicará, por sí mismo, el derecho al reembolso de los valores involucrados en su elaboración; y 4) será remunerada únicamente por el adjudicatario de la licitación, estando vedado el cobro de valores de la Administración en cualquier hipótesis.

En un claro incentivo a la innovación, la nueva ley también prevé que el PMI podrá se restringido a startups, así consideradas los microempresarios individuales y las PYMEs de carácter emergente y con gran potencial, dedicadas a la investigación, desarrollo e implementación de nuevos productos o servicios basados en soluciones tecnológicas innovadoras que puedan causar un alto impacto, requerido, en la selección definitiva de la innovación, una previa validación fundada en métricas objetivas, con el fin de demostrar el cumplimiento de las necesidades de la Administración.

3.10.4. Sistema de registro de precios

De todos los procedimientos auxiliares, no existe duda que, en la contratación pública brasileña, el sistema de registro de precios (SRP) es el más importante y el más largamente empleado por los órganos de contratación. Previsto en ley anterior y en varios otros diplomas legales en Brasil, el sistema de registro de precios es utilizado en gran parte de las contrataciones públicas brasileñas, principalmente en asociación con la subasta inversa electrónica.

En la nueva ley, su definición se encuentra en el art. 6º, XLV: es el conjunto de procedimientos para realizar, mediante contratación directa o licitación en las modalidades de subasta inversa o concurrencia, el registro formal de precios relacionados con la prestación de servicios, obras y la adquisición y arrendamiento de bienes para contrataciones futuras. Como explica TORRES[587], por intermedio del SRP, el órgano de contratación lleva a cabo una licitación en que el ganador tendrá registrados sus precios relativos al objeto licitado. Existiendo posteriores necesidades de contratación de ese objeto específico, durante la validad del registro, los contratos son adjudicadas directamente aquello vencedor.

BITTENCOURT[588] subraya el carácter del sistema de registro de precios como una herramienta de auxilio para la Administración, esencialmente en suministros de consumo frecuente, pero también para ciertos tipos de servicios, obras y arrendamientos. El mencionado autor considera que es una solución inteligente de planificación y

[587] TORRES, R. C. *Leis de licitações públicas comentadas, ob. cit.*, p. 170.

[588] BITTENCOURT, S. *Nova Lei de Licitações..., ob. cit.*, p. 129.

organización en la logística del sector público, principalmente en el caso de los suministros, pues reduce de manera drástica los costos de almacenamiento e inventario.

El licitante con la mejor oferta en la licitación con SRP no firma un contrato, pero sí un acta de registro de precios, que en art. 6º, XLVI, define como el documento vinculante y obligatorio, con la característica de compromiso para contratación futura, en el que se registra el objeto, precios, proveedores, órganos participantes y las condiciones a practicar, según lo dispuesto en el pliego de la licitación, en el aviso o instrumento de contratación directa y en las ofertas presentadas. Por lo tanto, el acta de registro de precios no es un contrato administrativo, pero sí el documento que eventualmente puede originar futuros contratos entre el órgano de contratación y el ganador de la licitación[589].

El art. 82 establece una serie larga de disposiciones que deben constar necesariamente en el pliego de licitación que utilice el SRP: 1) los especificidades de la licitación y su objeto, incluida la cantidad máxima que se puede comprar[590]; 2) la cantidad mínima a cotizar en unidades de bienes o, en el caso de servicios, en unidades de medida; 3) la posibilidad de prever diferentes precios cuando el objeto se ejecuta o se entrega a diferentes ubicaciones, o debido a la forma y ubicación del embalaje del producto, o cuando se permite una cotización variable debido al tamaño del lote, o por otras razones debidamente justificadas en el proceso; 4) la posibilidad de que el

[589] Vid. AMARAL GARCIA, F. *Licitações e contratos administrativos..., ob. cit.*, p. 175.

[590] Según HEINEN, la previsión de una cuantidad máxima sirve para protección del adjudicatario, que sabrá la demanda máxima que debe disponer, además de buscar la economía de escala ("Sistema de registro de preços na nova lei de licitações", *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2020. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/02/12/sistema-de-registro-de-precos-na-nova-lei-de-licitacoes/).

licitador ofrezca o no una oferta en una cantidad inferior al máximo previsto en el pliego, quedando vinculado por sus límites; 5) el criterio de adjudicación, que será el precio más bajo o el mayor descuento en una tabla de precios practicada en el mercado; 6) las condiciones para la modificación de los precios registrados; 7) el registro de más de un proveedor o prestador de servicios, siempre que acepten cotizar el objeto a un precio igual al del adjudicatario, asegurando preferencia de contratación de acuerdo con el orden de clasificación; 8) la prohibición de la participación del órgano o entidad en más de una acta de registro de precios con el mismo objeto dentro del período de vigencia de la que ya ha participado, excepto en la ocurrencia de acta que haya registrado una cantidad inferior a la máximo previsto en el pliego; y 9) las hipótesis de cancelación del acta de registro de precios y sus consecuencias.

La Ley 14.133/2021 también impone algunas condiciones prácticas para que el órgano de contratación utilice el SRP: 1) realización previa de un amplio sondeo de mercado; 2) selección de acuerdo con los procedimientos previstos en reglamento; 3) desarrollo obligatorio de una rutina de control; 4) actualización periódica de los precios registrados; 5) definición del período de validad del registro de precios; y 6) inclusión, en el acta de registro de precios, del licitante que acepta cotizar los bienes o servicios a precios iguales a los del licitador ganador siguiendo la clasificación de la licitación e inclusión del licitante que mantiene su oferta original.

El art. 83 expone una de las características principales del SRP, que la existencia de precios registrados implica un compromiso de fornecimiento o prestación en las condiciones establecidas, pero no obliga a la Administración a contratar. Todavía, la nueva ley restringe el denominado derecho de preferencia del signatario del acta de registro de precios, pues, en la legislación anterior, este signatario

tenía preferencia para la contratación en igualdad de condiciones[591]. Ahora está prevista una facultad para la Administración de realizar una licitación específica para la contratación pretendida, no utilizando el acta de registro de precios vigente, siempre que esta decisión esté debidamente motivada.

La nueva ley también establece que el plazo de vigencia del acta de registro de precios será de 1 año, siendo prorrogable por igual período, desde que exista comprobación que los precios son ventajosos. Por su vez, los contratos resultantes de las actas de registro de precios tendrán su vigencia establecida de acuerdo con las disposiciones contenidas en las mismas. Es importante hacer hincapié que son plazos de vigencia independientes, pues un contrato puede continuar vigente mucho tiempo después del fin de la vigencia del acta que lo originó[592].

Una gran polémica que la Ley 14.133/2021 intenta resolver es sobre la posibilidad o no de contratación de obras de ingeniería mediante el sistema de registro de precios. El punto del problema es exactamente cómo conciliar una herramienta pensada para compras estandarizadas con objetos de ingeniería, que casi siempre poseen características específicas en cada situación[593]. La posibilidad o no de esa utilización provocó decisiones contradictorias en la jurisprudencia brasileña a lo largo de los años[594].

---

[591] Vid. ANDRADE JÚNIOR, E. "Breves considerações sobre o sistema de registro de preços no PL nº 4.253/2020". *Inove*, 2021. Disponible en https://inovecapacitacao.com.br/breves-consideracoes-sobre-o-sistema-de-registro-de-precos-no-pl-no-4-253-2020/.

[592] Véase JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações...*, *ob. cit.*, RL-1.28.

[593] Vid. TORRES, R. C. *Leis de licitações públicas comentadas, ob. cit.*, p. 179.

[594] Véase CARVALHO, V. "O sistema de registro de preços e a nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-mai-06/carvalho-sistema-registro-precos-lei-licitacoes.

La nueva ley decide, el su art. 85, permitir expresamente que la Administración contrate la ejecución de obras y servicios de ingeniería por el SRP, pero exige el cumplimiento de dos requisitos: 1) la existencia de un proyecto estandarizado, sin complexidad técnica o operacional; y 2) la ocurrencia de una necesidad permanente o frecuente de la obra o servicio a ser contratado. Así, la posibilidad del uso del SRP para obras y servicios de ingeniería depende fundamentalmente de una amplia justificación en el proceso con relación a esos requisitos previstas en la nueva ley, demostrando que la opción busca la eficiencia y la economicidad[595].

Por fin, la ley también se ocupa de una otra gran ventaja del SRP: la posibilidad que otros órganos de contratación puedan adherir a una misma licitación o aún, posteriormente, utilizaren un registro de precios vigente para realizaren contrataciones mismo sin haber realizado aquella adhesión. En el primer caso, el llamado órgano gestor, responsable por la conducción del conjunto de procedimientos para el registro de precios y pela gestión del acta subsecuente, deberá, en la fase de preparación de la licitación, realizar el procedimiento de intención de registro de precios, posibilitando, durante un plazo mínimo de 8 días hábiles, la participación de otros órganos en la respectiva acta y determinar también la estimación total de las cantidades de la contratación, siendo tal procedimiento solamente dispensable cuando el órgano gestor sea el único contratante.

[595] Vid. SOBRAL ROLIM, D. "O sistema de registro de preços e sua aplicabilidade para obras e serviços de engenharia na nova lei de licitações". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica, p. 175.

Para FORTINI[596], el objetivo de la intención de registro de precios es evitar realizar procedimientos innecesarios por órganos públicos que tienen la misma demanda, lo que está en línea con el principio de eficiencia. La ventaja adicional está en la economía de escala, pues con la perspectiva de atender más contratos, los licitadores tienden a reducir sus precios

Además del órgano gestor y de los órganos participantes, que atienden a la intención de registro de precios y participan en los procedimientos iniciales para el registro de precios e integran la respectiva acta, la ley también permite que otros órganos no participantes realicen una adhesión tardía en el acta. Para eso, deberán comprobar los siguientes requisitos: 1) presentación de justificación de la ventaja de la adhesión, incluso en situaciones de probable escasez o discontinuidad del servicio público; 2) demostración de que los precios registrados son compatibles con los valores practicados por el mercado; y 3) consulta previa y aceptación del órgano gestor del acta y del proveedor.

La nueva ley impone algunos límites para las cuantidades que pueden ser adquiridas por órganos no participantes de la licitación, exactamente para garantizar que ese sea un procedimiento excepcional, pues, de cierta manera, es contrario al deber de licitar de la Administración, al principio de la competencia y a la debida planificación de las contrataciones. Así, las compras por órgano no participante no podrán exceder, por órgano o entidad, el 50% de la cantidad de los objetos del pliego registrados en el acta de registro de precios para el órgano gestor y para los órganos participantes.

[596] FORTINI, C. "O sistema de registro de preços: a União impõe suas regras". En FORTINI, C., OLIVEIRA, R. y CAMARÃO, T. (Coord.). *Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 8.

Además, el cuantitativo de las adhesiones no podrá superar, en su totalidad, el doble de la cantidad de cada objeto en el acta de registro de precios para el órgano gestor y los órganos participantes, independientemente del número de órganos no participantes que se adhieran.

3.10.5. El registro catastral

El último de los procedimientos auxiliares previstos en la Ley 14.133/2021 es el registro catastral. El art. 87 determina que los órganos y entidades de la Administración Pública deberán utilizar el sistema de registro unificado disponible en el Portal Nacional de Contrataciones Públicas (PNCP), a los efectos del registro unificado de licitadores, según reglamento. El sistema de registro catastral unificado será público y deberá ser ampliamente divulgado y abierto permanentemente a los interesados, y será obligatorio realizar una convocatoria pública vía internet, al menos anualmente, para actualizar los registros existentes y para el ingreso de nuevos interesados.

Actualmente, ya existe un sistema de registro en el ámbito federal, el denominado SICAF. Lo que hace la nueva ley es ampliar tal herramienta para un nivel nacional, pues ahora están incluidos los órganos de todos los entes federativos. En ese nuevo registro catastral, el licitante enviará los documentos relativos referentes a su habilitación jurídica, técnica, económico-financiera y fiscal, con el objetivo de simplificar y agilizar los procedimientos de licitación[597]. La ley aún permite que la Administración realice licitaciones restringidas a los licitadores registrados, en cumplimiento de criterios, condiciones y límites establecidos en reglamento, así como la amplia publicidad de

[597] Vid. BITTENCOURT, S. *Nova Lei de Licitações..., ob. cit.*, p. 131.

los procedimientos de registro. Sin embargo, en esas licitaciones restringidas, se permitirá que un licitador se registre dentro del plazo previsto en el pliego para la presentación de ofertas.

Una novedad relevante es la necesidad del órgano contratante en evaluar el desempeño del contratista en el cumplimiento de las obligaciones asumidas, emitiendo un documento acreditativo de la evaluación realizada, mencionando su desempeño en la ejecución contractual, con base en indicadores objetivamente definidos y medidos, y las eventuales sanciones aplicadas, que aparecerá en el registro catastral del contratista.

De acuerdo con FASSIO y NÓBREGA[598], esa medida es importante para crear incentivos positivos a los buenos contratistas, posibilitando que los órganos de contratación tengan acceso al pasado contractual de las empresas. Todavía, existe también el temor que esa herramienta pueda llevar a problemas de integridad, una vez que las empresas evaluadas intenten "captar" a los funcionarios responsables por las evaluaciones, así que el futuro reglamento debe crear mecanismos para evitar tales situaciones.

3.11. La contratación electrónica

La Ley 8.666/1993, incluso debido al año de su promulgación, no trataba de la contratación electrónica. La era de los procesos en papel y de los procedimientos presenciales de licitación empieza a cambiar en Brasil a partir de la Ley 10.520/2002, que creó la modalidad de subasta inversa, trayendo la previsión de posibilidad de una forma

[598] FASSIO y NÓBREGA, "Procedimentos auxiliares na nova lei de licitações...", *ob. cit.*

electrónica para su realización, cuya regulación ocurre con el Decreto 5.450/2005.

Como se mencionó anteriormente, poco a poco la subasta inversa electrónica se ha convertido en la modalidad de licitación predominante en la Administración Federal[599], abriendo espacio para que la contratación pública brasileña se volviese gradualmente más electrónica. Después del Decreto 5.450/2005, prácticamente todas las normas subsecuentes relacionadas a contratación pública han tratado del tema. Todavía, como apuntan ITO y SANTOS[600], esas nuevas leyes se han enfocado básicamente en la gestión de la fase externa del procedimiento de licitación, dejando de lado las posibilidades de innovación derivadas de las herramientas tecnológicas relacionadas tanto con la fase de planificación de la contratación como con la gestión de la relación contractual.

Durante la última década, la Administración Federal ha estado invirtiendo cada vez más en la transformación de sus procesos para los medios electrónicos, con la creación de un gran número de sistemas específicos, buscando una mayor digitalización de sus relaciones internas y externas. Con el Decreto 10.332/2020[601], que instituye la Estrategia de Gobierno Digital de los órganos federales para el período 2020 a 2022, fueran propuestos algunos objetivos importantes, como

[599] Según ROMANO PENA, "o pregão eletrônico propiciou uma atualização do sistema de licitação, possibilitando à Administração ter um meio mais acessível economicamente, rápido e eficiente para as contratações, aprimorando os procedimentos do certame, aumentando a competitividade entre os licitantes, alcançando fornecedores de diversas regiões do país, reduzindo os custos e os valores das propostas" ("Pregão Eletrônico: ferramenta para a manutenção e fortalecimento da governança digital". *Revista Defesa e Segurança*, vol. 4, 2019, p. 38).

[600] ITO, C. y SANTOS, F. "*E-Procurement* e Contratos inteligentes: desafios da modernização tecnológica da contratação pública no Brasil". *International Journal of Digital Law*, núm. 2, 2020, p. 59.

[601] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10332.htm.

transformar todos los servicios públicos en formato digital hasta 2022, consolidando esos servicios en un único portal con acceso para los ciudadanos y las empresas.

Esa creciente preocupación con la difusión de una Administración Pública electrónica también ha inspirado el legislador a aumentar la presencia de esos medios ahora en ley general de contratación pública. La Ley 14.133/2021 no limita más la contratación electrónica a la fase externa de la licitación, pero sí busca ponerla como la regla general desde la planificación hasta la ejecución contractual. Como explica OLIVEIRA[602], el uso de la tecnología es fundamental para garantizar una mayor eficiencia, isonomía y publicidad en las contrataciones públicas. Además de una mayor agilidad, la tecnología sirve como un instrumento eficaz para permitir una mayor participación de los interesados en la licitación, pues no son necesarios desplazamientos, así como para incrementar la publicidad de los actos estatales. mediante divulgación en sitios web oficiales.

En efecto, el art. 12, VI, establece que los actos de los procedimientos de contratación serán preferiblemente digitales, para que puedan ser producidos, comunicados, almacenados y validados electrónicamente. Igualmente, el párrafo 2º del art. 17 determina que las licitaciones deban ser preferiblemente realizadas en formato electrónico. Sin embargo, aún se permite el uso de la forma presencial desde que esté adecuadamente motivado, y que la sesión pública sea registrada en acta y grabada en audio y video, que luego deben adjuntarse en el proceso.

Por otro lado, en los procedimientos que se realicen por medios electrónicos, la Administración podrá determinar, como condición de

[602] OLIVEIRA, R. "*Nova lei de licitações e contratos administrativos...*", *ob. cit.*, p. 79.

validez y efectividad, que los licitadores realicen sus actos en formato electrónico. Sin duda, no habría sentido que, en un procedimiento electrónico, algunos participantes tuviesen la facultad de simplemente no utilizar los medios en ese formato, enviando documentos físicos para el órgano de contratación, por ejemplo. Para eso, se permite expresamente la identificación y firma digital por parte de persona física o jurídica a través de medios electrónicos, mediante certificado digital oficial (art. 12, § 2º).

Una otra novedad que trae la nueva ley para la utilización de los medios electrónicos es la posibilidad es la formalización electrónica de contratos y eventuales prórrogas o modificaciones, necesitando tal norma, todavía, de reglamentación. Para MEDEIROS[603], esa posibilidad ya debería haber sido aprobada anteriormente, pues confiere mucho más agilidad y eficiencia para los trámites contractuales. Además, como el uso de las firmas electrónicas ya encuentra una regulación bastante amplia en la legislación brasileña, para el citado autor la formalización digital de los contratos sería posible incluso sin la reglamentación prevista en la Ley 14.133/2021.

A pesar de estas novedades, no hay duda de que la gran herramienta de la nueva ley para el desarrollo de la contratación electrónica es el Portal Nacional de Contrataciones Públicas (PNCP), definido en el art. 174 como el sitio web oficial destinado a la divulgación centralizada y obligatoria de los actos exigidos por la ley, y a la realización facultativa de las contrataciones por parte de los órganos y entidades del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial de todos los entes federativos.

[603] MEDEIROS, I. "Formalização dos contratos". En NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, p. 176.

A diferencia de hoy, donde cada ente federativo (Unión, Estados y Municipios) publica individualmente la información relacionada con sus licitaciones y contratos, con el lanzamiento del PNCP todos estos datos serán centralizados en un solo sitio web, sin perjuicio de la divulgación por otros medios, inclusive en los mismos sitios web que existen en la actualidad. La intención del legislador es ofrecer más publicidad y transparencia a los participantes de licitaciones y a la sociedad, especialmente en Municipios pequeños y medianos, en los cuales las críticas sobre la publicidad de sus licitaciones y contratos son bastante frecuentes[604].

La ley define el contenido mínimo que debe ser publicado en el PNCP con relación a las contrataciones: 1) planes de contratación anuales; 2) catálogos electrónicos de estandarización; 3) pliegos de acreditación y precalificación, pliegos de contratación directa y pliegos de licitación y sus respectivos anexos; 4) actas de registro de precios; 5) contratos y sus modificaciones; y 6) facturas electrónicas, cuando corresponda. La propia ley prevé consecuentes para la ausencia de esas publicaciones, como en caso de los pliegos (art. 54) y de los contratos (art. 94), cuya publicación en el PNCP es condición necesaria para que produzcan efectos jurídicos.

Sin embargo, la idea no es que el PNCP sea un mero portal de publicidad, pero que también pueda ser un centro virtual de referencia

[604] Según FURTADO, M. y VIEIRA, J. la introducción del PNCP significa también la adopción de una visión gerencial en la gobernanza de las contrataciones públicas: "*É uma das principais iniciativas para superar a antiga visão legalista, procedimental e economicamente ineficiente, por uma nova visão gerencial, orientada para resultados, que promove os princípios da transparência (openness), integridade (integrity) e responsividade (accountability) típicos de uma boa governança pública* ("Portal Nacional de Contratações Públicas: uma nova lógica jurídica, gerencial e econômica para a Lei de Licitações e Contratos". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2021. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/05/13/portal-nacional-de-contratacoes-publicas-uma-nova-logica-juridica-gerencial-e-economica-para-a-lei-de-licitacoes-e-contratos/).
.

para las contrataciones brasileñas, desde la programación inicial de la licitación hasta el cumplimiento final del contrato[605]. Así, la ley prevé que el PNCP ofrecerá algunas importantes herramientas: 1) sistema de registro catastral unificado; 2) panel de consulta de precios, base de datos de precios de salud y acceso a la base nacional de facturas electrónicas; 3) sistema de planificación y gestión de contrataciones; 4) sistema electrónico para la realización de sesiones públicas; 5) acceso al Registro Nacional de Empresas No Aptas y Suspendidas (Ceis) y al Registro Nacional de Empresas Sancionadas (Cnep); y 6) sistema de gestión compartido con la sociedad de informaciones sobre la ejecución de los contratos.

Como ya mencionado, el concepto del PNCP prevé la realización facultativa de los procedimientos de contratación por parte de todos los órganos de los Poderes y entes federativos, permitiendo que exista una decisión discrecional sobre esa opción. Esa no obligatoriedad es garantizada en el art. 175, que admite que las contrataciones podrán realizarse a través de un sistema electrónico proporcionado por una persona jurídica de derecho privado. La única exigencia es que los posibles sistemas electrónicos privados mantengan una integración con el PNCP.

3.12. La contratación verde

La protección del medio ambiente está prevista en la Constitución brasileño, que, en su art. 225, establece que todas las personas tienen

[605] De acuerdo con CALHEIROS, la naturaleza del PNCP también como un portal de contratación puede generar un panorama de mayor competencia, concurrencia y uniformización en las licitaciones y contratos ("Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP", en LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*, *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica, p. 523).

derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común de la colectividad y esencial para una calidad de vida saludable, imponiendo al Poder Público y a la sociedad en general el deber de defenderlo y preservarlo. Igualmente, en su art. 170, VI, la Constitución impone como uno de los principios del orden económico defensa del medio ambiente, incluso a través del tratamiento diferenciado según el impacto ambiental de los productos y servicios y sus procesos de elaboración y prestación.

En su promulgación, la Ley 8.666/1993 no trataba del tema del medio ambiente en las contrataciones públicas, ocasionando, durante mucho tiempo, que la contratación pública ecológica fuera más una cuestión teórica que práctica en las licitaciones brasileñas. Sólo en el 2010, ocurre en una modificación legislativa en su art. 3º para acrecentar el "*la promoción del desarrollo nacional sostenible*" como uno de los objetivos de las licitaciones. A partir de este cambio, las compras públicas verdes toman un impulso real en Brasil, con nuevas normas como la Ley 12.305/2010[606], la Instrucción Normativa 01/2010 SLTI/MPOG y el Decreto 7.746/2012, que empezaran a reglamentar las adquisiciones ecológicas en la Administración Pública[607]. Igualmente, también fue importante la Instrucción Normativa 10/2012 SLTI/MPOG, que ha instituido las reglas para los Planes de Gestión de Logística Sostenible en la Administración Federal.

[606] La Ley 12.305/2010, que trata de la Política Nacional de Residuos Sólidos, es considerada un marco en la contratación pública ecológica en Brasil, pues, por primera vez, a través de su art. 7º, XI, una prioridad en las contrataciones gubernamentales de "*productos reciclados y reciclables*" y "*bienes, servicios y obras que consideren criterios compatibles con patrones de consumo social y ambientalmente sostenibles*". Sobre eso, véase MASTRODI, J. y BRITO, B. "Licitações públicas sustentáveis: vinculação ou discricionariedade do administrador?". *Revista de Direito Administrativo*, vol. 274, 2017. pp. 100-101.

[607] Vid. GRANDO, F. y DE BONA, C. "O aspecto jurídico da sustentabilidade – instrumentos normativos regulamentadores das licitações sustentáveis". *Revista de Direito e Sustentabilidade*, vol. 4, núm. 2, 2018, pp. 20-39.

Para PEREIRA JUNIOR, esa inclusión del desarrollo nacional sostenible ha causado una transformación completa en la contratación pública brasileña, pues ahora todas las fases de los procedimientos licitatorios necesitaban llevar en consideración las preocupaciones medioambientales, pues se trataba de un nuevo deber jurídico impuesto por la legislación:

> A rigor, nada escapa à necessidade de revisão e de ajustamento em todos os segmentos que configuram o devido processo legal da contratação, a que se devem adaptar órgãos, entidades e agentes, na administração direta e na indireta de qualquer dos poderes de todos os entes federativos, bem como fornecedores, prestadores de serviços e executores de obras que pretenderem participar dos certames licitatórios ou contratar com a administração estatal, no desempenho do compromisso jurídico-administrativo com o desenvolvimento sustentável[608].

Así, poco a poco, los órganos de contratación brasileños han comenzado a traer los aspectos medioambientales para la planificación de sus compras, aunque han continuado las discusiones sobre la obligatoriedad y la amplitud de ese enfoque[609]. Una práctica que ha auxiliado mucho la diseminación de la contratación verde, principalmente en la Administración Federal, fue la publicación de la Guía Nacional de Contrataciones Sostenibles, de la Abogacía General

---

[608] PEREIRA JUNIOR, J. "Sustentabilidade e planejamento: valores constitucionais reitores das contratações administrativas, no estado democrático de direito". *Revista de Direito Administrativo*, vol. 270, 2015, pp. 108-109.

[609] Recientemente, la Abogacía General de la Unión ha emitido el Parecer 00001/2021/CNS/CGU/AGU que reafirma la obligatoriedad de la adopción de criterios medioambientales en las contrataciones públicas:
"EMENTA: I. Os órgãos e entidades que compõem a administração pública são obrigados a adotar critérios e práticas de sustentabilidade socioambiental e de acessibilidade nas contratações públicas, nas fases de planejamento, seleção de fornecedor, execução contratual, fiscalização e na gestão dos resíduos sólidos;
II. A impossibilidade de adoção de tais critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações públicas deverá ser justificada pelo gestor competente nos autos do processo administrativo, com a indicação das pertinentes razões de fato e/ou direito".

de la Unión (AGU), actualmente en su cuarta edición[610], que trata de las normas específicas aplicables a las compras ecológicas, sus usos en los procedimientos de contratación y ejemplos prácticos de la utilización de criterios medioambientales con referencia a diferentes objetos a ser contratados.

La Ley 14.133/2021 refleja esa creciente atención con los criterios medioambientales en las compras públicas brasileñas, aunque se quede lejos de promover toda la potencialidad que una verdadera estrategia en esa política pública podría ofrecer[611]. El desarrollo nacional sostenible es considerado un principio general (art. 5º) y también un objetivo específico (art. 11, VI) de las contrataciones públicas, reafirmando el compromiso con la norma constitucional, además que insertar los aspectos ambientales en múltiples fases de la licitación y de la ejecución del contrato[612].

En la fase de planificación, la nueva ley determina que el estudio técnico preliminar debe los posibles impactos ambientales y las respectivas medidas de mitigación, incluidos los requisitos de bajo consumo de energía y otros recursos, así como la logística inversa para deshacer y reciclar bienes y desechos, cuando corresponda. Además, tanto el anteproyecto como el proyecto básico precisan tratar del impacto ambiental de las obras o servicios.

---

610 Disponible en https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/AGUGuiaNacionaldeContrataesSustentveis4edio.pdf.

611 SAVONITTI MIRANDA hace una crítica contundente a la nueva ley, diciendo que, lamentablemente, ella sólo hace referencias muy modestas a la sostenibilidad ambiental, no representando una evolución en relación al tratamiento que ya se le estaba dando al asunto, dejando la potestad reglamentar sobre la materia a la autoridad reguladora (*Licitações e contratos administrativos..., ob. cit.*, RB-2.20.).

612 Vid. BURMANN, A. y BRITO, F. "Desenvolvimento nacional sustentável e aspectos ambientais na Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/burmann-brito-aspectos-ambientais-lei-licitacoes.

Específicamente con relación a las obras y servicios de ingeniería, el art. 45 establece que esas contrataciones deben respetar las normas sobre disposición final ambientalmente adecuada de los residuos sólidos generados, mitigación por condicionantes y compensación ambiental y uso de productos, equipos y servicios que han demostrado favorecer la reducción del consumo de energía y recursos naturales[613].

Una de las novedades de la nueva ley es la admisión de certificaciones para la comprobación de la cualidad o de la conformidad del producto, algo que no era expresamente permitido en la Ley 8.666/1993, a pesar de la existencia de decisiones del TCU que eventualmente autorizan este tipo de requisito en el pliego[614]. Ahora, el art. 42, III, además de permitir la exigencia de certificados, también declara que ellos pueden servir para comprobar los aspectos ambientales del producto, desde que emitidos por institución oficial competente o por entidad acreditada.

Como anteriormente referido, en los criterios de adjudicación la ley estableció que los costos indirectos relacionados al ciclo de vida del objeto, incluso su impacto medioambiental, ahora pueden ser considerados para la definición del precio más bajo, siempre que sea objetivamente medible[615]. Esa norma necesitará recibir una reglamentación posterior para su efectividad, exactamente para

[613] Como apunta NIEBUHR, esas disposiciones siguen las normas ya previstas en la Ley del RDC y en la Ley de las Empresas Estatales ("As licitações sustentáveis na nova Lei de Licitações". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2019. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/12/04/as-licitacoes-sustentaveis-na-nova-lei-de-licitacoes/.

[614] Vid. NIEBUHR, P. "Licitações sustentáveis", en NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, pp. 96-111.

[615] De acuerdo con JUSTEN FILHO, esta determinación está relacionada con la amplia evaluación económica de la oferta más ventajosa, que precisa incluir el impacto ambiental del objeto (*Comentários à Lei de Licitações...*, *ob. cit.*, RL-1.9).

definirse la forma en que se dará tal calculo y también en que momento ocurrirá tal evaluación. Según CAMARÃO[616], con la consideración del ciclo de vida, la legislación brasileña ya no considera exclusivamente el precio como referente rector de la contratación pública, lo que significa un cambio de paradigma y una nueva era más justa y menos costosa para el erario público y para la sociedad.

Otra medida interesante está prevista en el art. 26, II, que es la posibilidad del órgano de contratación prever en el pliego un margen de preferencia de hasta el 10% de la oferta para compras de bienes reciclados, reciclables o biodegradables. Es decir, en el caso de estos bienes de perfil ecológico, el precio final de la oferta podrá ser hasta un 10% superior al de las ofertas de los bienes normales, lo que significa una ventaja relevante para las empresas que invierten en productos verdes.

La nueva ley también posibilita la inserción de criterios medioambientales durante la fase de ejecución de los contratos. El art. 144 señala que, en la contratación de obras, suministros y servicios, se podrá establecer una retribución variable vinculada al desempeño del contratista, en función de objetivos, estándares de calidad, criterios de sostenibilidad medioambiental y plazos de entrega definidos en la licitación y en el contrato. Así, el órgano de contratación puede instituir en el pliego ciertos criterios ambientales a ser observados en la ejecución del contrato. Si el contratista no cumple estos criterios ambientales, total o parcialmente, no recibirá la remuneración completa o la bonificación prevista en el contrato[617].

[616] CAMARÃO, T. "Compras públicas sustentáveis: ponderações necessárias", *Zênite*, 2021. Disponible en https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/04/ContratacoesSustentaveis_NovaLeiLicitacoes_TatianaCamarao.pdf.

[617] Véase NIEBUHR, P. "Licitações sustentáveis", *ob. cit.*, pp. 109-111.

3.13. La contratación social

Dentro de la contratación pública estratégica, los aspectos sociales de las compras públicas siempre han recibido un tratamiento marginal en la legislación brasileña. Como se mantiene la imposibilidad de valoración de criterios sociales en la fase de adjudicación, el ámbito social fica limitado a determinaciones legales que deben ser atendidas por las empresas, y verificadas por el órgano de contratación, y algunas posibilidades de inserción durante la fase de ejecución del contrato. De cualquier forma, son previsiones muy limitadas para un país tan desigual como Brasil, que podría utilizar las grandes cuantías de la contratación pública como una herramienta para intentar disminuir sus desigualdades.

La nueva ley trae una importante medida de protección de derechos fundamentales en su art. 14, V, que es la prohibición de participación en licitaciones o ejecución de contratos, directa o indirectamente, para las personas o empresas que, en los 5 años anteriores, hayan sido condenadas definitivamente por explotación del trabajo infantil, por sujeción de trabajadores en condiciones similares a las de esclavitud o contratación de adolescentes en casos prohibidos por la ley laboral.

La fiscalización del órgano de contratación sobre la observancia de la ley laboral por las empresas es especialmente enfatizada debido al art. 121, § 2º, que establece que, en las contrataciones de servicios continuos con régimen de dedicación exclusiva de mano de obra, la Administración responderá solidariamente por las deudas con la seguridad social y subsidiariamente por las deudas laborales, si se comprueba la falta de fiscalización del cumplimiento de las obligaciones

del contratista[618]. Además de esa fiscalización obligatoria en la ejecución del contrato, aún en la fase de habilitación de la licitación, de acuerdo con el art. 68, el órgano de contratación deberá exigir de las empresas la comprobación de regularidad con la Seguridad Social y la Justicia Laboral.

Uno de los rasgos positivos en el ámbito social de la Ley 14.133/2021 es la preocupación con las personas con discapacidad. El art. 6º, XXIV, e), determina que el anteproyecto debe contener parámetros de accesibilidad. Igualmente, el art. 45, VI, exige que las contrataciones de obras y servicios de ingeniería respecten las normas de accesibilidad para personas con discapacidad o movilidad reducida[619].

Anteriormente previsto en la Ley 8.666/1993 como un criterio de desempate entre ofertas en la licitación, la comprobación de la reserva legal de empleo para personas discapacitadas o en rehabilitación[620] ahora atinge otro nivel de importancia[621]. Según la nueva ley ya en la fase de habilitación de la licitación las empresas deberán declarar que cumplen con los requisitos para la reserva de puestos para personas

[618] Sobre el tema, véase FIGUEIRÔA JUNIOR, N. "As repercussões trabalhistas da nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opiniao-repercussoes-trabalhistas-lei-licitacoes.

[619] Vid. LIMA, L. H. "A nova lei de licitações e a acessibilidade". *Instituto Rui Barbosa*, 2021. Disponible en https://irbcontas.org.br/artigo/a-nova-lei-de-licitacoes-e-a-acessibilidade/.

[620] Esa obligación está en el art. 93 de la Ley 8.213/1991: "*A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência*".

[621] Vid. PEREZ, M. A. y MÓDOLO, L. "Diversidade nas contratações administrativas: novidades da Lei nº 14.133/2021". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diversidade-nas-contratacoes-administrativas-novidades-da-lei-no-14-133-2021-02062021.

con discapacidad y en rehabilitación de la Seguridad Social (art. 63, IV)[622]. Todavía, esa obligación ahora también es una cláusula necesaria de todos los contratos (art. 92, XVII). Esa cláusula, de acuerdo con el art. 116, debe ser respectada por el contratista durante todo el plazo de ejecución del contrato, pudiendo la Administración exigir la comprobación efectiva de su cumplimiento. Además, la violación de esa tal obligación de reserva de puestos por parte de la empresa es, según el art. 137, IX, un motivo para la extinción del contrato.

También con el objetivo social de promover la participación de personas con discapacidad en el mercado laboral, la Ley 14.133/2021 mantiene una regla de la ley anterior, que es la posibilidad que la Administración realice la contratación directa, por dispensa de licitación, de asociaciones de personas con discapacidad, siempre que el precio contratado sea compatible con el practicado en el mercado y los servicios contratados sean prestados exclusivamente por personas con discapacidad.

Una novedad de la nueva ley, aunque de manera tímida, es la introducción de cuestiones sociales de género en la contratación pública brasileña, asunto que era totalmente ignorado hasta el presente momento. El art. 60 coloca como tercero criterio de desempate entre as ofertas (después de una disputa final y de la evaluación del desempeño contractual previo de los licitadores) desarrollo por parte del licitador de acciones de equidad entre hombres

[622] Así, para VOLPI, con la nueva ley la empresa que no cumpla con el número de puestos para personas con discapacidad ni siquiera podrá participar en el proceso de licitación, funcionando tal adecuación como un verdadero requisito implícito de calificación en el proceso de licitación ("A função extraeconômica da licitação e a proteção ao deficiente na Lei 14.133/21". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-jul-14/volpi-licitacao-protecao-deficiente-lei-1413321).

y mujeres en el ambiente laboral, siendo que tal precepto todavía necesitará de reglamentación para su aplicabilidad[623].

Por fin, es importante destacar la posibilidad de previsión de cláusulas sociales en la ejecución del contrato, pero solamente para el órgano de contratación requerir que un porcentaje mínimo de la mano de obra responsable de la ejecución del objeto del contrato sea constituido por mujeres víctimas de violencia doméstica o personas egresas del sistema penitenciario (art. 24, § 9º). Mismo con la limitación a esos dos grupos, y de tal norma también precisar de reglamentación ulterior, la posibilidad de cláusulas sociales vinculadas directamente a la ejecución del contrato, a partir de una elección del órgano de contratación, indica una posible mejor aceptación de tales herramientas de políticas públicas en el futuro de la contratación pública brasileña.

3.14. La ejecución del contrato

Como antes mencionado, la Ley 8.666/1993 nasce dentro de una visión extremamente formalista y preocupada con la regulación minuciosa de las relaciones jurídicas entre la Administración y los licitadores y contratistas. Para ROSILHO[624], la referida ley significó la continuidad de un modelo legal maximalista, basado en la idea que normas precisas, detallistas y objetivas serían capaces de generar, casi

[623] MACÉA y ROST sugieren algunas posibles prácticas a ser valoradas en la futura reglamentación: 1) posibilitar un lugar adecuado para que las mujeres recojan y almacenen la leche materna o amamanten durante las horas de trabajo; 2) ofrecer un canal confiable para denunciar prácticas discriminatorias; 3) inversión en la formación de mujeres para el ejercicio de la gestión empresarial; y 4) fomentar el ascenso a puestos directivos de manera equitativa entre mujeres y hombres ("Licitação tem gênero? As regras da nova lei". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/licitacao-tem-genero-as-regras-da-nova-lei-22042021).

[624] ROSILHO, A. "Licitação no Brasil", *ob. cit.*, p. 129.

que automáticamente, buenas contrataciones públicas. La discrecionalidad decisoria de los órganos de contratación es rebajada al máximo, y sus contratos siguen clausulas extensamente descritas en la ley, sin margen para posibles adaptaciones a las situaciones concretas[625].

Obviamente, como no podría ser diferente, también en la doctrina brasileña los contratos administrativos reciben un tratamiento diverso de los contratos privados. Según AMARAL GARCIA[626], la principal diferencia reside en la existencia de un interés público vinculado a la ejecución objeto del contrato. Ese interés público justifica que los contratos administrativos tengan un régimen jurídico propio, con la presencia de prerrogativas y clausulas exorbitantes que no serían aceptables en los contratos privados. Eso ocurre exactamente debido a la supremacía del interés público sobre el interés privado.

La Ley 14.133/2021 no huye de ese concepto. El art. 89 establece que los contratos regidos por la nueva ley se regulan por sus cláusulas y por los preceptos de derecho público, utilizándose de manera sólo supletiva los principios de la teoría general de los contratos y las normas de derecho privado. Las prerrogativas de la Administración aún están presentes y la ley prevé, en su art. 92, una extensa lista de cláusulas necesarias para los contratos

[625] Para LESSA CARVALHO, es necesaria una reflexión sobre el retraso del modelo jurídico de contratación administrativa en Brasil, aún basado en valores incompatibles con el régimen jurídico-constitucional, como el autoritarismo y la desconfianza previa, o que precisan ser reinterpretados, como la burocracia y la indisponibilidad ("Novos paradigmas jurídicos para os contratos administrativos". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*, *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica, p. 211).

[626] AMARAL GARCIA, F. *Licitações e contratos administrativos..., ob. cit.*, pp. 353-354.

administrativos, que deben ser observadas por los órganos en sus contrataciones.

Todavía, como apuntan BINENBOJM y TOLEDO[627], la nueva ley también ha buscado traer más equilibrio entre las relaciones contractuales entre Administración y empresas. Disposiciones sobre división de los riesgos de los contratos, soluciones consensuales, fijación de plazos para las respuestas de la Administración y garantías expresas de la manutención del equilibrio económico-financiero de los contratos, colaboran para una relación más estable, segura y previsible en los contratos administrativos, lo que, por su vez, puede generar la participación de más empresas en las licitaciones y menores precios en los contratos[628].

3.14.1. Las prerrogativas de la Administración

El art. 104 de la nueva ley enumera las siguientes prerrogativas de la Administración en el régimen jurídicos de los contratos administrativos: 1) modificación unilateral de los contratos, para adecuarse mejor a los fines de interés público, respetando los derechos del contratista; 2) extinción unilateral de los contratos, en los casos especificados en la ley; 3) fiscalización de la ejecución contractual; 4) aplicación de sanciones por incumplimiento total o parcial del contrato; y 5) ocupación provisoria de bienes muebles e inmuebles y utilización de personal y servicios vinculados al objeto del contrato en caso de riesgo para la prestación de servicios esenciales o necesidad de

[627] BINENBOJM, G. y TOLEDO, R. "A exorbitância contratual na Nova Lei de Licitações". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021.

[628] Vid. OLIVEIRA, R. "*Nova lei de licitações e contratos administrativos...*", *ob. cit.*, p. 308.

garantizar la verificación administrativa de eventuales incumplimientos contractuales por parte del contratista, incluso después de la extinción del contrato.

Para CAMPOS JÚNIOR y CAMPOS[629], esas prerrogativas pueden ser considerados como principios de derecho público, derivados de la posición de supremacía de la Administración en las relaciones con los particulares, a través de un contrato administrativo que sirve como instrumento para la realización del interés público. No obstante, la utilización de las prerrogativas no es libre e ilimitado, debiendo ser usadas siempre de manera motivada y dentro de los términos de la legislación[630].

La propia Ley 14.311/2021 impone algunas restricciones en el uso de las prerrogativas, como en el párrafo primero del mismo art. 104, al decir que las cláusulas económico-financieras y monetarias de los contratos no pueden modificarse sin el consentimiento previo del contratista. Ya en el caso de que la Administración realice una modificación unilateral del contrato, las cláusulas económico-financieras del contrato deben ser revisadas para mantener el equilibrio contractual. Además, en la parte que trata de las modificaciones contractuales, que se verá a seguir, la ley prevé un gran número de reglas para que la Administración esté autorizada a modificar el contrato de forma unilateral.

---

[629] CAMPOS JÚNIOR, R. y CAMPOS, B. B. "Das prerrogativas da Administração na nova lei das licitações e contratos admnistrativos". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica, p. 319.

[630] Tal conclusión sigue el entendimiento pacífico del STF, como en la ADI 1746/SP, de 18 de septiembre de 2014: "*O poder de modificar unilateralmente o contrato constitui prerrogativa à disposição da Administração para atender ao interesse público, e não instrumento de arbitrariedade ou fonte de enriquecimento ilícito do Estado. Assim se depreende não apenas das garantias decorrentes da observância do ato jurídico perfeito, mas do artigo 37, inciso XXI, da Carta da Republica, o qual impõe à Administração o respeito às condições efetivas da proposta formalizada*".

3.14.2. La matriz de riesgos

La posibilidad de la previsión de una matriz de asignación de riesgos en el contrato es una novedad con relación a la antigua ley general, pero que ya tenía previsión en el ordenamiento brasileño, como en los casos de las concesiones públicas, de las colaboraciones público-privadas, de los contratos del RDC y en las contrataciones realizadas por las empresas estatales[631]. Trátase de otra herramienta de la nueva ley que busca proporcionar más previsibilidad y seguridad jurídica entre las partes del contrato, lo que posibilitaría más eficiencia y una diminución de litigios entre la Administración Pública y el contratista[632].

El art. 6º, XXVII, conceptúa la matriz de riesgos como una cláusula contractual definidora de riesgos y responsabilidades entre las partes y del equilibrio económico-financiero inicial del contrato, en términos de la carga financiera derivada de hechos supervinientes a la contratación. Tal cláusula debe contener, por lo menos, las seguientes informaciones: 1) listado de posibles hechos supervinientes a la firma del contrato que puedan afectar su equilibrio económico-financiero y previsión de la necesidad de modificación contractual por motivo de su ocurrencia; 2) en el caso de obligaciones de resultado, establecimiento de las fracciones del objeto en relación con las cuales los contratistas tendrán libertad para innovar en soluciones metodológicas o

[631] Véase BEZERRA DE OLIVEIRA, L. H. "Alocação de risco na nova lei de licitações". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica, p. 283.

[632] Vid. CUNHA PEREIRA, G. "A matriz de riscos na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-jul-16/gabriel-pereira-matriz-riscos-lei-licitacoes.

tecnológicas, en cuanto a modificar las soluciones previamente esbozadas en el anteproyecto o en el proyecto básico; y 3) en el caso de obligaciones de medio, establecimiento preciso de las fracciones del objeto respecto de las cuales no habrá libertad para los contratistas para innovar en soluciones metodológicas o tecnológicas, debiendo existir la obligación de adhesión entre la ejecución y la solución predefinida en el anteproyecto o en el proyecto básico, consideradas las características del régimen de ejecución en el caso de obras y servicios de ingeniería.

Por su vez, el art. 22 admite la previsión de una matriz de riesgos en el pliego, de forma a buscar una asignación eficiente de los riesgos en cada contrato y establecer la respectiva responsabilidad de las partes, así como los mecanismos para evitar la ocurrencia de los siniestros y la mitigación de sus efectos. Si el órgano de contratación optar por la utilización de una matriz de riesgos para el futuro contrato, el cálculo del valor estimado del contrato podrá considerar una tasa de riesgo compatible con el objeto de la licitación y con los riesgos atribuidos al contratista.

La utilización de la matriz de riesgos gana especial importancia en grandes obras y servicios de ingeniería, que costumbran generar muchas controversias económicas, principalmente debido a las grandes cifras involucradas en los contratos. Por eso, el párrafo tercero del art. 22 instituye la obligatoriedad de la previsión de matriz de riesgos en los pliegos de obras y servicios de gran bulto (más de R$ 200 millones, aproximadamente € 32 millones) o cuando se adopte el régimen de contratación integrada y semiintegrada[633].

[633] Vid. MORENO, M. "Com nova lei, licitações podem ter análise de riscos aprimorada". *Migalhas*, 2021. Disponible en https://www.migalhas.com.br/depeso/344864/com-nova-lei-licitacoes-podem-ter-analise-de-riscos-aprimorada.

El art. 103, que trata específicamente de la matriz de riesgo en los contratos, determina que la asignación de los riesgos, individuales o compartidos, entre la Administración y el contratista, debe considerar la naturaleza del riesgo, el beneficiario de las prestaciones y la capacidad de cada parte, pública o privada, en gestionarlo, siendo que los riesgos cubiertos por las compañías de seguros se transferirán preferentemente a los contratistas. Esa asignación también necesita ser compatible con las obligaciones y cargos estipulados a las partes en el contrato.

El principal objetivo de la utilización de una matriz de asignación de riesgos en el contrato es evitar el surgimiento de controversias de carácter económico y, casos estas ocurran, que puedan ser más fácilmente solucionadas[634]. Para eso, el párrafo cuarto del art. 103 establece que la matriz de asignación de riesgos definirá el equilibrio económico-financiero inicial del contrato en relación a posibles eventos supervinientes y será observada en la resolución de los eventuales reclamos de las partes. Por otro lado, cuando atendidas las condiciones del contrato y la matriz de asignación de riesgos, existirá el mantenimiento del equilibrio económico-financiero[635], renunciando las partes a las solicitudes de restablecimiento del equilibrio relacionadas con los riesgos asumidos, con excepción de modificaciones unilaterales realizadas por la Administración o cambio de los tributos pagos en razón del contrato.

[634] Véase CORDEIRO, A. "A matriz de riscos na nova Lei de Licitações aumentará a segurança jurídica?". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-ago-04/andre-cordeiro-matriz-riscos-lei-licitacoes.

[635] Según FERRAZ, tratase de una presunción legal vinculando el respeto a la matriz de riesgos y el mantenimiento del equilibrio económico-financiero, la cual, sin embargo, no sería absoluta ("Contratos na nova lei de licitações e contratos". En DI PIETRO, M. S. (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 195).

3.14.3. La modificación de los contratos y precios

La Ley 14.133/2021 prevé que los contratos públicos pueden ser alterados, siempre con la debida justificación, de forma unilateral por la Administración o de forma consensual entre las partes. La modificación unilateral del contrato por la Administración podrá ocurrir: 1) cuando existir un cambio en el proyecto o en las especificaciones, para una mejor adecuación técnica a sus objetivos; y 2) cuando sea necesario modificar el valor contractual como consecuencia de un aumento o disminución cuantitativa de su objeto, dentro de los límites permitidos por la ley.

Por su vez, la modificación por acuerdo entre las partes se permite: 1) cuando sea conveniente reemplazar la garantía de la ejecución del contrato; 2) cuando sea necesario modificar el régimen de ejecución de la obra o servicio, así como el modo de suministro, en vista de la verificación técnica de la inaplicabilidad de los términos contractuales originales; 3) cuando sea necesario cambiar la forma de pago por imposición de circunstancias sobrevinientes, mantenido el valor inicial actualizado y prohibido el pago anticipado en relación al cronograma financiero sin la contraprestación correspondiente de suministro de bienes o ejecución de obra o servicio; y 4) para restablecer el equilibrio económico-financiero inicial del contrato en caso de fuerza mayor, caso fortuito o hecho del príncipe o como consecuencia de hechos impredecibles o previsibles de consecuencias incalculables, que inviabilicen la ejecución del contrato según lo pactado, respectándose, en todo caso, el riesgo compartido objetivo establecido en el contrato.

La modificación unilateral del contrato, como ya visto, es una de las prerrogativas legales que posee la Administración. La ley establece que esa prerrogativa puede ser ejercitada para modificaciones cualitativas (cambio del proyecto o de las especificaciones) o modificaciones cuantitativas (aumento o disminución en la cantidad del objeto). Como mencionado, esa modificación debe ser adecuadamente justificada en el proceso administrativo, con la exposición de su necesidad y conveniencia para la Administración. Además, la razón de la modificación precisa ser superviniente a la licitación, para no configurar una violación a la competencia del procedimiento, por lo que, si la Administración ya sabe que necesita cambiar el objeto, esa alteración debe se dar antes de la realización de las ofertas, y no durante la ejecución del contrato[636].

La ley impone algunas restricciones a la realización de alteraciones unilaterales del contrato por parte de la Administración, con la finalidad de proteger la posición del contratista y también garantizar la integridad del procedimiento licitatorio, de forma a garantizar que no exista una posible manipulación del objeto y de las especificaciones durante la licitación para una posterior modificación durante la ejecución del contrato. La restricción inicial, prevista en el art. 126, es la prohibición de que las modificaciones unilaterales de carácter cualitativo vengan a transfigurar el objeto del contrato, exactamente eludiendo en procedimiento licitatorio[637].

[636] Vid. NÓBREGA, M. y OLIVEIRA NETTO, P. "Alterações contratuais na nova lei de licitação: preços e critérios de pagamento". *Ronny Charles*, 2021. Disponible en https://ronnycharles.com.br/alteracoes-contratuais-na-nova-lei-de-licitacao-precos-e-criterios-de-pagamento/.

[637] Véase ALTENBURG DE ASSIS, L. E. "Alteração dos contratos administrativos". En NIEBUHR (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, p. 191.

Otra restricción importante a las modificaciones unilaterales está en el art. 125, y se refiere a los límites de las adiciones o supresiones. La ley determina que, en las alteraciones unilaterales realizadas por la Administración, el contratista sólo estará obligado a aceptar, en las mismas condiciones contractuales, adiciones o supresiones de hasta el 25% del valor inicial actualizado del contrato que se realicen en las obras, servicios o compras, y, en el caso de renovación de edificios o equipos, el límite de adiciones será del 50%. Por otro lado, según HEINEN[638], tales límites son exclusivos para las modificaciones unilaterales, siendo posible que sean ultrapasados en alteraciones de común acuerdo, desde que exista justificativa en el proceso.

El art. 129 establece que, en las modificaciones de supresión, el contratista tiene derecho a la indemnización por los materiales ya adquiridos y colocados en el lugar de trabajo, así como otros daños que pueda comprobar. Por su vez, el art. 130 determina que, si una modificación unilateral del contrato aumente o disminuya los cargos del contratista, la Administración deberá restablecer el equilibrio económico-financiero inicial.

De las hipótesis de modificación del contrato por acuerdo entre las partes, la más importante es la alteración para restablecer el equilibrio económico-financiero inicial del contrato en caso de fuerza mayor, caso fortuito o hecho del príncipe o como resultado de hechos impredecibles o previsibles de consecuencias incalculables. Tratase de un cambio posterior e inesperado en las condiciones de hecho o normativas que inicialmente fueran consideradas en la estimación del valor contractual entre las partes.

[638] HEINEN, J. "*O reequilíbrio econômico-financeiro na nova Lei de Licitações*". *Consultor Jurídico,* 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-mai-11/heinen-reequilibrio-economico-financeiro-lei-licitacoes.

SAVONITTI MIRANDA[639] señala que esa revisión, que puede producirse en beneficio del contratante o del contratista, tiene como objetivo restablecer el equilibrio entre los derechos y obligaciones asumidos en el momento de formalizar el contrato. Todavía, como anteriormente visto, el art. 103 de la ley exceptúa el derecho al reequilibrio financiero cuando la matriz de riesgos haya definido el responsable económico y la solución de pleitos con relación a determinados eventos supervinientes, aunque impredecibles o previsibles de consecuencias incalculables[640]

Una disposición importante sobre la manutención del equilibrio económico-financiero, relacionada a hechos del príncipe, está en el art. 134, que fija que los precios contratados se modificarán, al alza o a la baja, según sea el caso, si con posterioridad a la fecha de presentación de la oferta, ocurrir creación, alteración o extinción de cualesquiera tributos o cargas legales o sobreviniendo disposiciones legales, con probada repercusión. sobre los precios contratados[641].

La ley prevé también la posibilidad de alteración de los precios del contrato sin que eso sea considerado como una forma de alteración contractual. Las dos posibilidades consideradas son el reajuste en sentido estricto y el realineamiento, siendo que su previsión, en cada caso concreto, son una cláusula necesaria del contrato, de acuerdo con el art. 92, V.

---

[639] SAVONITTI MIRANDA, H. *Licitações e contratos administrativos..., ob. cit.*, RB-12.12.

[640] FERRAZ, R. "Equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual". En NIEBUHR (Coord.), *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, p. 204.

[641] NOHARA, I. P. *Nova lei de licitações e contratos...*, *ob. cit.,* RL-1.36.

El reajuste en sentido estricto es definido en el art. 6º, LVIII, como la forma de mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato consistente en la aplicación del índice de ajuste por inflación previsto en el contrato, el cual debe reflejar la variación efectiva del costo de producción, permitida la adopción de índices específicos o sectoriales. Es utilizada preferentemente en contratos continuos de suministro o de servicios sin régimen de dedicación exclusiva de mano de obra o de uso intenso de mano de obra en su ejecución. Como apunta FERRAZ[642], la finalidad del reajuste en sentido estricto es garantizar la manutención del margen de beneficio inicialmente pactado.

Ya el realineamiento está conceptuado en el art. 6º, IX, como la forma de mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato utilizado para servicios continuos con un régimen de dedicación exclusiva de mano de obra o predominio de mano de obra, mediante el análisis de la variación de los costos contractuales, que debe estar previsto en el pliego con fecha vinculada a la presentación de las ofertas, para los costes derivados del mercado, y con fecha vinculada al convenio colectivo o negociación colectiva al que se vincula la oferta, para los costes derivados de la mano de obra. La principal diferencia con relación al reajuste es que este se aplica enteramente sobre el precio total del contrato, mientras el realineamiento es calculado individualmente, mediante demonstración de la variación efectiva, sobre cada elemento formador del precio.

3.14.4. La extinción de los contratos

[642] FERRAZ, R. "Equilíbrio econômico-financeiro...", *ob. cit.* p. 205.

La Ley 14.133/2021 utiliza en término "*extinción*" para tratar de la resolución de los contratos cuando el objeto no es enteramente ejecutado, no se llegando al fin del plazo inicialmente pactado y cuando todas las obligaciones contractuales no son cumplidas por las partes[643]. Esa extinción excepcional del contrato, cuando requerida pela Administración, debe ser adecuadamente motivada en el proceso, dándose oportunidad de contradictorio y amplia defensa para el contratista.

Dentro de la búsqueda de modernización y más equilibrio en las relaciones entre la Administración y las empresas, LIMA FILHO[644] afirma que el texto de la nueva ley intenta racionalizar las posibilidades de extinción de los vínculos contractuales, diluyendo las prerrogativas de la Administración y aproximando las posiciones de las partes en el contrato. Obviamente que el interés público continua a recibir un amparo especial, pero ahora la ley también proporciona más protección a los particulares en determinadas situaciones en que estes se vean perjudicados sin culpa.

Las hipótesis de extinción del contrato por culpa del contratista, por caso fortuito, fuerza mayor o interés público, y que pueden ser conducidas por la Administración, son las siguientes: 1) incumplimiento o cumplimiento irregular de las normas de los pliegos o de cláusulas contractuales, de especificaciones, de proyectos o de plazos; 2) incumplimiento de las disposiciones ordinarias emitidas por la autoridad designada para monitorear y fiscalizar la ejecución del

[643] Véase ALTENBURG DE ASSIS, L. E. "Extinção dos contratos". En NIEBUHR (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, p. 141.

[644] LIMA FILHO, J. F. "Primeiras impressões sobre o regime jurídico de extinção dos contratos na nova lei de licitações". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica, p. 396.

contrato o por una autoridad superior; 3) alteración social o modificación de la finalidad o estructura de la empresa que restrinja su capacidad para completar el contrato; 4) decreto de quiebra o insolvencia civil, disolución de la empresa o fallecimiento del contratista; 5) caso fortuito o fuerza mayor, regularmente probados, que impidan la ejecución del contrato; 6) retraso en la obtención de la licencia ambiental, o imposibilidad de obtenerla, o alteración sustancial del anteproyecto que resulte de la misma, aunque se obtenga dentro del plazo estipulado; 7) retraso en la liberación de áreas sujetas a expropiación, desalojo o servidumbre administrativa, o imposibilidad de liberar estas áreas; 8) razones de interés público, justificadas por la máxima autoridad del órgano contratante; y 9) incumplimiento de las obligaciones relativas a la reserva de puestos previstas en la ley, así como en otras normas específicas, para personas con discapacidad, personas rehabilitadas por la Seguridad Social o para aprendices.

Por su vez, la ley, en el párrafo segundo del art. 137, también garantiza el derecho del contratista en requerir la extinción del contrato cuando sucedieren las siguientes situaciones: 1) supresión, por parte de la Administración, de obras, servicios o compras que impliquen modificación del valor inicial del contrato más allá del límite permitido en la ley; 2) suspensión de la ejecución del contrato, por orden escrita de la Administración, por un período superior a 3 meses; 3) suspensiones reiteradas por un total de 90 días hábiles, independientemente del pago obligatorio de indemnización por las desmovilizaciones y movilizaciones sucesivas; 4) retraso superior a 2 meses, contados desde la emisión de la factura, de los pagos o cuotas de pagos adeudados por la Administración por gastos de obras, servicios o suministros; y 5) no liberación por parte de la Administración, dentro de los términos contractuales, de área, lugar u objeto, para la ejecución de obra, servicio o suministro, y de fuentes de materiales naturales especificadas en el proyecto, incluso por

demora o incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Administración relacionadas con expropiación, desocupación de áreas públicas o licenciamiento ambiental.

Según STROPPA[645], en estas hipótesis previstas por la ley, es suficiente que el contratista simplemente comunique, de manera formal y motivado, su voluntad para la extinción del contrato, no incumbiendo a la Administración Pública cualquier juicio de valor sobre lo solicitado. Todavía, en situaciones excepcionales, como en caso de calamidad pública, alteración grave del orden interno o de guerra, así como cuando resulten de un acto o hecho que el contratista haya cometido, en el que haya participado o al que haya contribuido, esos supuestos de extinción a pedido del contratista no serán admitidos. Por otro lado, el contratista tiene el derecho a optar por la suspensión del cumplimiento de las obligaciones asumidas hasta que la situación se normalice, siendo posible el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.

El art. 138 prevé las formas por las cuales se puede proceder a la extinción del contrato: 1) por acto unilateral y escrito de la Administración, salvo en el caso de incumplimiento derivado de su propia conducta; 2) de manera consensuada, por acuerdo de las partes, por conciliación, por mediación o por un comité de resolución de controversias, siempre que haya interés de la Administración; y 3) por decisión de arbitraje, como resultado de una cláusula de arbitraje o compromiso de arbitraje, o por decisión judicial.

[645] STROPPA, C. "Algumas questões relevantes sobre os contratos administrativos na Nova Lei de Licitações". En FORTINI, C., OLIVEIRA, R. y CAMARÃO, T. (Coord.). *Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 47.

Como apunta BITTENCOURT[646], la introducción del uso de medios alternativos (o apropiados) para prevenir y resolver disputas, en particular la conciliación, la mediación, el comité de resolución de disputas y el arbitraje, es una importante novedad en el tema de la extinción de los contratos administrativos. Una clara ventaja es una solución más célere de los litigios, pues ese tipo de controversia muchas veces llevaba a largos procesos judiciales, con la paralización de obras relevantes para a sociedad, por ejemplo.

La ley también establece algunas consecuencias para la extinción del contrato, a depender de la forma por la cual ella sucedió. Así, cuando la extinción resulte por culpa exclusiva de la Administración, el contratista será indemnizado por los daños debidamente comprobados que ha sufrido y tendrá derecho a la devolución de la garantía, a los pagos debidos por la ejecución del contrato hasta la fecha de extinción y al pago del costo de la desmovilización.

Por otro lado, cuando la extinción se determine por acto unilateral de la Administración, podrá implicar, sin perjuicio de las otras sanciones previstas en la ley, las siguientes consecuencias: 1) asunción inmediata del objeto del contrato, en el estado y en el lugar en que se encuentre, por acto propio de la Administración; 2) la ocupación y el uso de los locales, instalaciones, equipos, material y del personal empleado en la ejecución del contrato y necesarios para su continuidad; 3) la ejecución de la garantía contractual para la indemnización de la Administración Pública por los daños y perjuicios derivados de la no ejecución contractual, pago de valores debidos de naturaleza laboral y de seguridad social, pago de multas debidas a la Administración Pública, y exigencia de que el asegurador asuma la ejecución y cumplimiento del objeto del contrato, en su caso; y 4) la

[646] BITTENCOURT, S. *Nova Lei de Licitações..., ob. cit.*, p. 139.

retención de los créditos derivados del contrato, hasta el límite de los efectivos daños causados a la Administración Pública y de las multas aplicadas.

3.14.5. Medios alternativos de resolución de conflictos

Como comentado anteriormente, la nueva ley, en su art. 151, permite expresamente la utilización de "*medios alternativos para prevenir y resolver conflictos, en particular la conciliación, la mediación, el comité de resolución de disputas y el arbitraje*"[647]. Tal novedad es bastante relevante, una vez que el legislador brasileño siempre ha sido muy escéptico en el uso de esos medios alternativos en las controversias que envuelven a la Administración. La visión dogmática del concepto de "interés público", un posible temor a la corrupción por parte de árbitros privados y, específicamente en los contratos públicos, la conveniencia de utilizar cláusulas exorbitantes, provocaran que los conflictos derivados de la contratación pública siempre tuviesen el proceso judicial como un destino casi obligatorio en caso de divergencias entre las partes.

Sin embargo, principalmente a partir del 2015, el uso de tales medios alternativos ha ganado relevancia en el derecho público[648], con la Ley 13.129/2015, que permite expresamente el uso del arbitraje por

[647] MELO DE SOUZA explica que tal rol de procedimientos previsto en el art. 151 es meramente ejemplificativo, siendo posible que las partes adopten otras formas para solucionar sus controversias ("Os meios alternativos de resolução de controvérsias na nova lei de licitações e contratos administrativos". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica, p. 431).

[648] Véase FORTINI, C. "Solução extrajudicial de conflitos com a administração pública: o hoje e o porvir". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica.

parte de la Administración para resolver sus litigios, y de la Ley 13.140/2015, que trata de la autocomposición de conflictos en los cuales la Administración está involucrada. El propio Código de Proceso Civil, también del 2015, determina, en su art. 3º, § 2º, que el Estado promoverá, siempre que sea posible, la solución consensuada de los conflictos.

En la nueva ley, sin embargo, la permisión para la utilización de medios alternativos para la solución de controversias no es absoluta. De acuerdo con el párrafo primero del art. 151, el uso de tales medios está limitado a los derechos patrimoniales negociables, como el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, el incumplimiento de las obligaciones contractuales por cualquiera de las partes y el cálculo de eventuales indemnizaciones.

Por otro lado, la ley no explicita cuál método debe ser elegido en cada tipo contractual o caso concreto, dejando al criterio de las partes del contrato. Para JUSTINO DE OLIVEIRA y MOREIRA[649], esa elección del tipo de mecanismo variará según el objeto del contrato, el tipo y duración del contrato, nivel de litigio de las partes contratantes, etc., factores vinculados al carácter discrecional del uso de esos métodos alternativos en el ámbito contractual. Todavía, una exigencia prevista en el art. 154 es que el proceso de elección de árbitros, juntas arbitrales y comités de resolución de conflictos debe observar criterios igualitarios, técnicos y transparentes.

Además de la novedad sobre la propia posibilidad del uso de medios alternativos de resolución de conflictos en la contratación

[649] JUSTINO DE OLIVEIRA, G. y MOREIRA, M. "Quem tem medo da solução negociada de conflitos da nova Lei de Licitações?". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-jun-13/publico-pragmatico-governo-digital-caminhar-maos-dadas-rumo-transformacao-digital.

pública, la nueva ley también innova con la adopción de los llamados *dispute boards*, que la ley denomina de "*comité de resolución de conflictos*", casi sin uso en Brasil hasta hoy, exactamente por la inexistencia de una ley nacional con permiso expreso. Sin embargo, la nueva ley se limita a autorizar estos comités, sin una profundización sobre el tema. Por lo tanto, se debe esperar más regulación normativa hasta que el uso efectivo de los *dispute boards* se convierta en una realidad en los contratos públicos brasileños[650].

[650] Vid. BUENO, J. C. "Os dispute boards na nova lei de licitações econtratos administrativos". *Migalhas,* 2021. Disponible en https://www.migalhas.com.br/depeso/342966/dispute-boards-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos.

4. PREVENCIÓN A LA CORRUPCIÓN EN LAS LEYES DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ESPAÑA Y BRASIL

4.1. El fenómeno de la corrupción

Las innúmeras prácticas y actos vinculados a la noción general de corrupción[651] están presentes a lo largo de la historia y en todas sus culturas. Es una realidad que parece ser inherente a la condición humana[652], manifestándose en las diferentes sociedades dentro de su organización y progreso, con la práctica de actos de corrupción en sus centros de poder[653].

Como señala la propia *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*[654], la corrupción plantea graves problemas y amenazas "*para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley*", que está vinculada con otras formas de delincuencia y drenan importante parte de los recursos de los Estados.

---

[651] Para una lista meramente ilustrativa de esas prácticas y actos, véase ROSE-ACKERMAN, S. y PALIFKA, B. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. New York: Cambridge University Press, 2016, pp. 8-9.

[652] Vid. RODRÍGUZ-ARANA MUÑOZ, J. "La directiva de contratación pública y la lucha contra la corrupción". En RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GESTA LEAL, R. (Dir.). *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, p. 47.

[653] Véase BLANCHET, L. A. y MARIN, T. "A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei nº 12.846/13". *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 71, 2018, pp. 267-294.

[654] Disponible en https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf.

A pesar de esta larga historia y constante estudio, el concepto mismo de corrupción es objeto de discordancia entre los estudiosos sobre el tema, además sobre la posibilidad de su aplicabilidad como fenómeno solamente en el ámbito público o también en el ámbito de las relaciones entre particulares. Una de las causas más comunes es exactamente el desacuerdo en el uso de diferentes criterios para esta definición, con más enfoque en alguna faceta específica, como la legal, la cultural o la moral, aunque que todas ellas mantienen una relación estrecha, subrayando la necesidad de una visión interdisciplinar del asunto[655].

Aunque los diversos órganos e instituciones que estudian y combaten la corrupción tengan algunas definiciones diferentes sobre el concepto (y otras siquiera utilicen una definición, como las Naciones Unidas en su Convención contra la Corrupción), y también sobre las diferentes prácticas delictivas relacionadas a él, una de las fórmulas más difundidas es aquella adoptada por la Transparency International, que dice que la corrupción "*consiste en el abuso del poder para beneficio propio*"[656].

Examinando con más profundidad las diversas definiciones de la corrupción, basadas en la ilegalidad del acto, en el interés público o en la concepción económica de la corrupción, MIRANZO DÍAZ nos ofrece el siguiente concepto:

---

[655] Vid. COZZIO, M. "Introduzione alla prima sessione". En BENACCHIO, G. A. y COZZIO, M. (Dir.). *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato*. Trento: Universitá degli Studi di Trento, 2019, p. 5.

[656] TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, 2009. Disponible en https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf.

> Será considerado como corrupción todo acto de un empleado público que, de manera consciente o dolosa, contravenga el sistema normativo relevante, perjudicando al interés público en el beneficio de un interés privado, con la consecuencia de generar un beneficio privado o dar, a individuos o a grupos, 'medios de acceso o de influencia' en los procesos de decisión política y administrativa 'superiores' a los que dispondrían en un ejercicio abierto, y que podrían traducirse eventualmente en 'beneficios' tangibles, materiales o de otra clase, de carácter privado[657].

Esos tipos de actos significan para los países un valor de pérdidas anual de aproximadamente 2,6 billones de dólares, según las Naciones Unidas[658]. Como destaca MARTÍNEZ FERNÁNDEZ[659], al lado de las cuantías desviadas en la corrupción existen también otros "costes", como la calidad y seguridad de obras y servicios, y la disminución del valor de la ética y de la confianza en el sistema político[660]. Tratase de un problema trasnacional y su control ahora es concebido como un objetivo de política internacional[661], pues las empresas, las personas

---

[657] MIRANZO DÍAZ, J. *Hacia una configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020, p. 70.

[658] https://news.un.org/pt/story/2018/12/1651051.

[659] MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2016, p. 41.

[660] Según MENEGUETTI PEREIRA, "*a corrupção, ao possibilitar o desvio dos fundos destinados ao desenvolvimento, acaba por minar a capacidade dos governos na prestação de serviços básicos e essenciais, principalmente aqueles destinados à efetivação dos direitos fundamentais sociais (v.g. saúde, educação, segurança, infraestrutura, previdência etc.). Nesse ponto, os reflexos são inumeráveis: menos prosperidade, menos respeito por direitos, menos serviços, menos empregos, maiores índices de analfabetismo, maiores taxas de mortalidade, maiores índices de violência, menor inclusão social etc.*" ("A importância do direito internacional no combate à corrupção no Brasil". En MENEGUETTI PEREIRA, L. (Org.). *O Brasil e o direito internacional: temas contemporâneos*. Birigui: Boreal, 2016, p. 39).

[661] Véase ABADE, D. "Direito internacional anticorrupção no Brasil". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, vol. 7, núm. 13, 2019, pp. 213-232.

responsables y el dinero fruto de la corrupción se mueven rápidamente en un mundo globalizado.

Ese reconocimiento de la corrupción como una cuestión de nivel internacional, o no sólo materia interna de los países, gana definitiva importancia a partir de los años noventa, a través de varias iniciativas en ámbito penal, de cooperación entre los Estados y la busca por medidas preventivas[662]. Son creados importantes documentos, como la *Convención Interamericana contra la Corrupción*[663] de la OEA (1996), la *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*[664] de la OCDE (1997), además de la ya citada *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (2003).

En el ámbito europeo, el art. 83, apartado 1, del TFUE, considera la corrupción como una infracción penal de especial gravedad, con dimensión transfronteriza, siendo considerado como un "delito contra Europa"[665]. Entre los documentos europeos más importantes pueden ser citados el *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*[666] (1997), el *Convenio*

[662] Vid. FERRARIS, V. y SCOMPARIN, L. "Gli appalti pubblici tra criminalità organizzata e corruzione". En SCOMPARIN, L. (Org.). *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*. Torino: G. Giappichelli, pp. 24-25.

[663] Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp.

[664] Disponible en https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf.

[665] https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/fight_against_fraud.html?locale=es&root_default=SUM_1_CODED%3D22

[666] Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A41997A0625%2801%29.

penal sobre la corrupción[667] (1999) y el *Convenio civil sobre la corrupción*[668] (1999), siendo estes dos últimos promovidos por el Consejo de Europa. Más recientemente, debe ser mencionada la importante Comunicación de la Comisión Europea denominada *Lucha contra la corrupción en la UE* (COM(2011) 308 final)[669], que "*expone los objetivos del Informe Anticorrupción de la UE y la forma en que funcionará en la práctica, y explica que la UE debe conceder más importancia a la corrupción en sus políticas internas y externas*".

Una otra medida de extrema importancia fue la creación, en 1999, de Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), un órgano del Consejo de Europa con el objetivo de, segundo la propia Resolución (99) 5 que lo creó[670], mejorar la capacidad de sus miembros de luchar contra la corrupción, buscando, a través de un proceso dinámico de evaluación mutua y presión conjunta, el cumplimiento de los compromisos adquiridos en la materia. Por su vez, la Comisión ha creado, con la Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom[671], de 28 de abril de 1999, la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), para ejercer "*las competencias de la Comisión en materia de investigaciones administrativas externas, con el fin de reforzar la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de las Comunidades, así como a efectos de la lucha contra el fraude referente a cualquier otro hecho*

[667] Disponible en https://rm.coe.int/168007f3f5.

[668] Disponible en https://rm.coe.int/168007f3f6.

[669] Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52011DC0308.

[670] Disponible en https://rm.coe.int/16806cd24f.

[671] Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31999D0352.

o actividad por parte de operadores que constituya una infracción de las disposiciones comunitarias".

En España, el fenómeno de la corrupción es una gran preocupación de los ciudadanos en general, a pesar de que, para VILLORIA[672], España no tiene un problema de corrupción sistémica, siendo la percepción de la población incorrectamente aumentada debido a factores políticos, culturales y económicos. Un ejemplo de esa inquietud de los ciudadanos españoles se encuentra en el Eurobarómetro Especial 2020 sobre corrupción[673], publicado por la Comisión Europea, por lo cual 94% de los españoles creen que la corrupción está largamente diseminada en su país.

Por otro lado, de acuerdo con el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) del 2020, elaborado por la Transparency International, que "*otorga una puntuación y clasifica a los países/territorios según las percepciones que tienen expertos y ejecutivos de empresas sobre el grado de corrupción que existe en el sector público*"[674], España obtiene el 32º puesto entre los 180 países pesquisados, con un score de 62/100 puntos, lo que demuestra un poco esa visión amplificada que los ciudadanos españoles poseen de la corrupción en España.

Todavía, aunque que exista ese exagero e la sociedad sobre la real situación de la corrupción en España, se debe admitir que también no es un problema trivial, existiendo un gran número de casos

[672] VILLORIA, M. "Principales rasgos y características de la corrupción en España". En VILLORIA, M., GIMENO FELIÚ, J. M. y TEJEDOR BIELSA, J. (Dir.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 47-66.

[673] Disponible en https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2247.

[674] Según metodología disponible en https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl#.

noticiados en los últimos años. En las palabras de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, "*ningún rincón del país ni ningún partido político que hay gobernado en cualquier Comunidad Autónoma queda libre de hacer sido víctima o verdugo de algún caso de corrupción*"[675]. En caso español, todavía, la corrupción no es un mal diseminado entre los empleados públicos o que afecte los usuarios de los servicios públicos como en otros países, ocurriendo con más preponderancia en los niveles altos las élites políticas y empresariales, principalmente en la financiación irregular de los partidos políticos, en la contratación pública y en el urbanismo[676].

Por su vez, Brasil sí que puede ser considerado como un país en que la corrupción tiene un carácter sistémico, atingiendo todas las áreas de la Administración y todas las esferas de la sociedad. Nuevos casos de corrupción envolviendo los gobiernos de la Unión, Estados y Municipios se presentan prácticamente todas las semanas en los medios de comunicación. Pero, al contrario de España, la corrupción no está centralizada en las élites políticas y económicas, pero se alastra en todos los niveles sociales. Son recurrentes los casos de sobornos y pedidos de propinas en la policía, en centros de salud y en los demás servicios de la burocracia administrativa como un todo. Es la famosa cultura del "jeitinho", una expresión brasileña para la posibilidad de hacer algo ilegal, o incluso permitido pero que demandaría más tiempo o más labor, desde que sea efectuado un pagamento o un favor al funcionario o persona responsable[677].

---

[675] MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. *Contratación pública y transparencia..., ob. cit.,* p. 32.

[676] Véase JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. "Crisis y corrupción en España: mejorar la calidad de gobierno para moralizar la vida pública". En VILLORIA (Coord.). *Ética pública en el siglo XXI*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2021, pp. 73-90.

[677] Con relación a la relación entre los ciudadanos y el sistema legal brasileño, lleno de formalismo y con un número excesivo y confuso de reglas, BRAGA y BEZERRA afirman que: "*nesse contexto, o 'jeitinho brasileiro e sua irmã gêmea, a corrupção, surgem como uma solução, uma alternativa, um 'jeitinho', para se evitar o*

En el Índice de Percepción de la Corrupción del 2020, Brasil ha ocupado el 94º puesto entre los 180 países pesquisados, con un score de apenas 38/100[678], incluso menor que la media de los otros países de América Latina[679]. Aunque que el país se encuentre en una posición intermediaría en esa clasificación, la baja puntuación y la condición de nación democrática, en que las instituciones, en teoría, deberían funcionar con más libertad y eficiencia, demuestran que la corrupción brasileña es un problema muy grave, con raíces más profundas, y cuya solución no parece ser simples.

Para BRAUN[680], la formación del Estado brasileño se basa en una estructura patrimonialista, burocrática y autoritaria, comandada por élites políticas y económicas totalmente aisladas del resto de la población, donde la explotación colonial funcionaba como limitadora de la voluntad, de la autonomía y de la iniciativa de los brasileños. Esa situación histórica puede llevar a la conclusión que la gran incidencia de actos de corrupción que existe hoy proviene, de un lado, de la mentalidad de élites que se creen "dueñas" del Estado, y que por eso tienen "derecho" a recibir ventajas, y, de otro parte, de una noción generalizada en la sociedad de que el pago de sobornos (o otros tipos

cumprimento das obrigações legais, que, a despeito de serem justas ou não, estão inseridas em nosso ordenamento jurídico e devem ser observadas" ("O jeitinho brasileiro: as pequenas corrupções diárias e seus reflexos na morosidade da justiça". *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, vol. 3, núm. 1, 2017, p. 29.

678 https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=IPC%202019&utm_.

679 https://antissuborno.com.br/brasil-continua-mal-no-ranking-de-percepcao-da-corrupcao-da-transparencia-internacional/.

680 BRAUN, M. "O fenômeno corrupção: de suas raízes à revitalização da cidadania brasileira como forma de enfrentamento do vício social". En GESTA LEAL, R. y SILVA, I. (Org.). *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014, pp. 42-58.

de favores) es una actitud normal, incluso una forma de ser "más listo" que otras personas.

En el ámbito internacional, Brasil es signatario de las ya mencionadas *Convención Interamericana contra la Corrupción* de la OEA, de la *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales* de la OCDE y de *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Más actualmente, reafirmando con otras naciones latinoamericanas su compromiso en combatir la corrupción, se firmó el *Compromiso de Lima "Gobernabilidad democrática frente a la corrupción"*[681], donde se destocó la importancia de la prevención y del combate a la corrupción como medidas fundamentales para el fortalecimiento de la democracia y del Estado de derecho.

Ya en el ámbito interno, la normativa reciente más importante sobre el tema fue, sin duda, la Ley 12.846/2013[682], la llamada Ley Anticorrupción, que ha creado una serie de mecanismos para la responsabilización civil y administrativa de las empresas que hayan practicado actos de corrupción, en consonancia con las convenciones internacionales firmadas por Brasil[683]. Importantes puntos como la responsabilización objetiva de las empresas, la posibilidad de desestimación de la personalidad jurídica, la previsión de realización de acuerdos de lenidad, con la confesión sobre actos ilícitos a cambio de una reducción de las sanciones, y la adopción de medidas preventivas, como el *compliance*, fueran traídos por la Ley

[681] Disponible en http://summit-americas.org/viii/compromiso_lima_es.pdf.

[682] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm.

[683] Vid. GABARDO, E. y CASTELLA, G. "A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a Administração Pública". *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 60, 2015, p. 131.

Anticorrupción para dentro del derecho brasileño con el objetivo de modernizar el combate a la corrupción[684].

4.2. La corrupción en la contratación pública

De manera prácticamente universal, la contratación pública es considerada como una de las áreas más sensibles a ocurrencia de actos de corrupción. Estimase que aproximadamente 10% del gasto en contrataciones públicas es desperdiciado con corrupción y sobornos[685]. Como señala GIMENO FELIÚ, "*el mercado de los contratos públicos es donde existen «mayores tentaciones» y ofrecen mayores oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público*" [686]. Las grandes cuantías involucradas en obras, compras, servicios demandados por las Administraciones Públicas, bien como el hecho de ser un campo de gran interacción entre los sectores público y privado, produce múltiples oportunidades para corrupción, como subraya la OCDE[687].

El Parlamento Europeo reconoce que "*el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riegos de gestión irregular, fraude y*

[684] Véase CUÉLLAR, L. y PINHO, C. A. "Reflexões sobre a Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)". *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 46, 2014, pp. 131-170.

[685] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. "La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 47-132.

[686] GIMENO FELIÚ, J. M. "La corrupción en la contratación pública". En CASTRO MORENO, A. y OTERO GONZÁLEZ, P. (Dir.), y GRAFFE GONZÁLEZ, L. (Coord.). *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 15.

[687] OCDE. *Integrity in Public Procurement. Good practice from A to Z*", 2007. En https://www.oecd.org/gov/ethics/integrityinpublicprocurementgoodpracticefromatoz.htm.

corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea"[688]. En otra Resolución, de 25 de octubre de 2011, [P7_TA (2011) 0454] [689], el Parlamento Europeo también afirma que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos fundamentales de las directivas de contratación pública, que debe ser buscado con una mayor transparencia en los procedimientos y la garantía de una adecuada competencia[690].

Esa preocupación, que es prácticamente generalizada en casi todos los Estados democráticos, crea muchas intenciones y tentativas de mudanzas para buscar cambiar el estado de las cosas, pero que a menudo se encuentran con la resistencia de agentes políticos y empresariales que se benefician de la situación, en detrimento de los intereses de la sociedad. La manutención de una burocracia desmedida y desconectada de las novedades tecnológicas, y que no privilegia la transparencia y la eficiencia, frecuentemente ayuda a mascarar las

[688] Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7_TA(2010)0155. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010IP0155&from=ES.

[689] Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0454_ES.html.

[690] La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) también tienen conclusiones parecidas sobre el tema: "*A procurement system that lacks transparency and competition is the ideal breeding ground for corrupt behaviour and thus most important international codes on anticorruption and public procurement rest heavily upon these fundamental principles, in order to discourage corruption*" (*Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances. Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption*, 2013. Disponible en https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf.

prácticas ilícitas, pues un conjunto excesivo o incoherente de reglas de contratación favorece a los comportamientos corruptos[691].

Las consecuencias de la corrupción en la contratación pública son varias y ultrapasan la esfera económica. Según MEDINA ARNÁIZ[692], esa corrupción no genera simplemente daños al erario público con los pagos de sobornos, pero también es un fraude al principio de selección objetiva del contratista y debilita la confianza de la sociedad en el sistema contractual estatal y en las instituciones públicas.

Otra consecuencia muy común de la corrupción en los contratos públicos afecta la cualidad de las prestaciones contratadas por la Administración, pues, muchas veces, la propia selección de los tipos de proyectos a ser licitados puede esconder intereses personales de sus responsables, así como las ofertas ganadoras pueden intentar "compensar" los valores que deben desembolsar en sobornos u otras ventajas indebidas con una ejecución deficiente de las obras, servicios o suministros[693].

---

[691] Véase RACCA, G. y PONZIO, S. "La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione". En En SCOMPARIN, L. (Org.). *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*. Torino: G. Giappichelli, pp. 111-113.

[692] MEDINA ARNÁIZ, T. "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española". En FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.), *La contratación pública a debate: presente y futuro.* Cizur Menor: Civitas, 2014, p. 315.

[693] Comentando la "naturaleza especial" del soborno en los contratos públicos, ROSE-ACKERMAN y PALIFKA afirman que "*the very existence of a corrupt system affects the nature of the projects subject to bid as well as the number of the firms willing and able to bid. Both top officials and firms may modify their behavior in order to maximize overall corrupt benefits from infrastructure projects and to increase the share that they can appropiate. The result may be a distorted and inefficient choice of projects up front and of their implementation over time"* (*Corruption and government..., ob, cit.,* p. 99).

Al mismo tiempo, como recuerda GIMENO FELIÚ[694], el gasto con corrupción en la gestión de fondos públicos es mucha más dañina en un contexto de crisis económica y restricciones presupuestarias, pues, para financiar actos ilegales, se deja de utilizar recursos en políticas públicas importantes, agravando las desigualdades sociales. Así, por ejemplo, en vez de realizar inversiones en áreas como educación o sanidad, la Administración puede terminar financiando obras desnecesarias o que podrían haber sido ejecutadas con un presupuesto más bajo.

Por otro lado, además del gran volumen financiero que existe en la contratación pública, CARVALHO[695] también apunta la propia contraposición de los objetivos de las partes del procedimiento de adjudicación como un agravante para las posibilidades de corrupción en los contratos públicos. En cuanto el interés de la Administración es promover la competencia entre las empresas, buscando así adquirir suministros, servicios y obras por las condiciones más ventajosas, las empresas, por su vez, tienen como objetivo inmediato vencer la licitación a través de la forma que les proporcione el máximo de ganancia. En esa contraposición de intereses que pueden surgir incentivos a la corrupción, con un agente público demandando beneficios personales para auxiliar alguna empresa en la adjudicación del contrato.

Obviamente, tratándose de un proceso extremamente complejo dentro de la burocracia administrativa, la contratación pública puede

[694] GIMENO FELIÚ, J. M. "Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP". En GAMERO CASADO y GALLEGO CÓRCOLES (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 240.

[695] CARVALHO, V. A. "Corrupção nas contratações públicas: dois instrumentos analíticos para a detecção de indevidos incentivos". *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 1, núm. 2, 2018, p. 4.

sufrir riesgos de corrupción en diferentes ámbitos. CERRILLO i MARTÍNEZ[696] enuncia una lista de esos riesgos clasificados en diferentes categorías: 1) por limitación de la legislación (en materia de contratos o penal); 2) por falta de transparencia en la contratación pública; 3) en la tramitación de los procedimientos (corrupción en la preparación, en la adjudicación, en la ejecución del contrato y por falta de desarrollo de la contratación electrónica); 4) por falta de integridad de los cargos y empleados públicos (conflictos de intereses, politización de la contratación pública y falta de profesionalización); y 5) por problemas en los mecanismos de control (deficiencia en la gobernanza, en el control y por falta de canales de colaboración ciudadana).

Con una variedad tan grande de "caminos' por donde la corrupción pueda transitar en la contratación pública, no sorprende que las denuncias y casos de actos ilícitos sean frecuentes. En ese caso, España, específicamente, no es una excepción. De acuerdo con la Agencia Valenciana Antifraude[697], el 32% de todas las denuncias recibidas en el 2020 fueran sobre contratación pública, ocupando el primer puesto entre los temas con más denuncias presentadas. Los casos de colusión entre operadores económicos para fraudar a los procedimientos de licitación también son comunes, exigiéndose la intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para combatir los posibles cárteles entre las empresas[698]. Los medios de comunicación dedican mucho espacio a varios escándalos

[696] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 64.

[697] https://www.antifraucv.es/el-32-de-las-denuncias-presentadas-en-la-agencia-valenciana-antifraude-durante-el-ano-2020-fueron-sobre-contratacion-publica/.

[698] Por ejemplo, https://www.crisisycontratacionpublica.org/archives/16147.

relacionados a la corrupción en los contratos públicos y sus personajes[699].

Por su vez, Brasil aparece como un caso todavía mucho más grave. La cuantidad de denuncias de corrupción relacionados a licitaciones y contratos públicos, así como las altísimas cuantías involucradas, prácticamente tornaran la contratación pública como un sinónimo de corrupción y desvío de recursos en Brasil[700], una actividad donde la moralidad de sus agentes es siempre cuestionada. Es común decirse entre las personas que sólo es posible ganar una licitación si se paga un soborno a los responsables. Aunque la gran mayoría de los funcionarios públicos que trabajan en las contrataciones sean íntegros, así como los propios procesos, no hay duda de que existe un gravísimo problema de corrupción en la contratación pública brasileña.

Por ejemplo, en uno de los procesos judiciales más emblemáticos de los últimos años a nivel mundial, la denominada Operación "Lava-Jato", todas las actividades investigadas están relacionadas, en un grado mayor o menor, con contratos públicos firmados por empresas estatales[701]. La principal forma en que ocurrieron los hechos de corrupción investigados fue a través de licitaciones públicas y contratos

[699] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. "El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 2, 2016, p. 2.

[700] En un reportaje en su sítio web sobre la nueva ley de contratación pública, el propio Senado brasileño reconoce esa visión de la sociedad: "Uma das palavras que há bastante tempo levam o brasileiro a pensar em prejuízo aos cofres públicos e danos à sociedade é "licitação". Devido a grandes e pequenos escândalos, pairam suspeitas sobre todo tipo de contratação de obras e serviços, compra de equipamentos e materiais de expediente e sobre processos de escolha de construtores, prestadores de serviços e fornecedores".

[701] Vid. HACHEM, D. y MALDANER, A. "Corrupção e parcerias público-privadas". En RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GESTA LEAL, R. (Dir.). *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, p. 263.

de grandes obras públicas y las empresas estatales, controladas por el gobierno y con indicaciones políticas en su directorio, como la gigante petrolífera Petrobrás. Por lo general, los contratos públicos estaban dirigidos a la victoria de un determinado operador económico, con la ayuda de agentes corruptos que trabajaban en las empresas públicas. Posteriormente, este operador económico ganador pagaba sobornos a estos agentes y a los políticos involucrados que los indicaban, además de financiar a las campañas políticas de sus partidos. Hasta ahora, ya se han recuperado más de 5 mil millones de reales (cerca de 800 millones de euros) de estos actos de corrupción[702].

De esa forma, aunque vivenciando la corrupción en la contratación pública en grados muy distintos, tanto España como Brasil buscan, por intermedio de cambios legislativos y otras medidas, minimizar los efectos nocivos que los actos de corrupción causan a sus contratos públicos y a sus sociedades. En sus actuales legislaciones sobre contratación pública, la española del 2017 y la brasileña del 2021, ambos los países han reforzado sus mecanismos anticorrupción, de manera a intentar garantizar la integridad, la transparencia y la competencia en sus contrataciones.

4.4. El principio de la integridad

El concepto de integridad, así como los otros conceptos indeterminados, tiene una variedad de definiciones y de usos distintos que exige una mejor aclaración metodológica. El diccionario de la Real Academia Española, por ejemplo, vincula integridad a una cualidad de una persona "*recta, proba, intachable*". Por su vez, el diccionario brasileño Michaelis tiene una conceptuación muy similar, poniendo

[702] https://www.gazetadopovo.com.br/republica/lava-jato-dinheiro-recuperado-destino/.

integridad como "cualidad o carácter de una persona de conduta irreprensible, honestidad".

Según HUBERTS[703], es posible distinguir al menos ocho perspectivas diferentes relacionados al término "integridad": 1) rectitud de principios y valores; 2) responsabilidad profesional; 3) integración en un determinado ambiente; 4) acción consciente basada en reflexión moral; 5) determinados valores y virtudes, como justicia o honestidad; 6) conformidad con las leyes y códigos; 7) conformidad con relevantes normas y valores morales; y 8) comportamiento moral ejemplar.

Aunque todas esas perspectivas tengan su importancia para el entendimiento completo del concepto de integridad, en el ámbito jurídico, en que los sentimientos internos de las personas no son tan relevantes cuanto sus acciones externas, la noción de integridad está intrínsicamente relacionada con la obediencia a la ley, con el cumplimiento de los deberes enunciados en las normas jurídicas. Así, por ejemplo, la OCDE[704] dice que "*integridad se refiere a que el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno*". Por otro lado, la misma organización[705] ofrece una "versión negativa", basada en las violaciones de la integridad como corrupción,

[703] HUBERTS, L. "Integrity: What it is and Why it is Important". *Public Integrity*, núm. 20, 2018, pp. 18-32.

[704] Recomendación del Consejo sobre contratación pública. Disponible en https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf.

[705] Principles for integrity in public procurement. Disponible en https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf.

nepotismo, fraude, conflictos de intereses, colusión, discriminación de trato, entre otros.

En el ámbito específico del Derecho Administrativo, CERRILLO I MARTÍNEZ[706] distingue tres elementos característicos de la integridad: 1) la completitud, el cumplimiento del marco de referencia (valores, principios y normas éticas y jurídicas) por parte de los cargos y empleados públicos; 2) la coherencia, la actuación de un cargo o empleado público de manera consecuente, lógica y armónica con el marco de referencia; y 3) la rectitud, la actuación de los cargos y empleados públicos sin intereses, motivaciones o fines particulares por encima del interés general.

De esa forma, el citado autor definirá integridad como:

> la cualidad de los cargos y empleados públicos que consiste en la completitud, coherencia y rectitud en su actuación con el marco de referencia (valores, principios y normas) que guía su actividad y la orientación a las finalidades institucionales evitando cualquier influencia indebida de intereses personales en las decisiones públicas que suponga una desviación del interés general.

Todavía, la integridad no puede ser entendida como un sencillo conjunto de buenas intenciones, que no tiene coercitividad o aplicación práctica en el mundo real. Como señala GIMENO FELIÚ[707], su positivación en convenciones internacionales[708] y en la legislación de

[706] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública..., ob. cit.,* pp. 81-83.

[707] GIMENO FELIÚ, J. M. "Una primera valoración del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público desde la perspectiva de la integridad y prevención de la corrupción". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 2, 2016, pp. 1-5.

[708] La anteriormente citada *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, por ejemplo, coloca, en su art. 1, la promoción de la integridad como una de sus finalidades.

los países no es meramente formal, "*no es un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos*", tratase de un deber jurídico[709] a que están obligados a respectar todos los cargos y empleados públicos, y que cuya inobservancia llevará a la aplicación de sanciones[710].

Es importante subrayar que el principio de integridad no tiene un carácter únicamente represivo, de la lucha contra la corrupción, pero también posee una naturaleza de fomento a las mejores prácticas de actuación[711] y a la buena administración como un todo. De hecho, CERRILLO I MARTÍNEZ[712] enumera cuatro grupos donde pueden ser inseridos los instrumentos de integridad, clasificados por su finalidad específica: transparencia de la actividad pública, buena gestión, la prevención de los conflictos de interés y la rendición de cuentas.

---

[709] Para una visión más céticas sobre autonomía y efectividad del principio de integridad, véase GONZÁLEZ SANFIEL, A. "La integridad en la contratación pública: ¿un principio con substantividad propia? En HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (Dir.). *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia y Francia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 31-53.

[710] La necesidad de esa positivación es enfáticamente defendida por CERRILLO Y MARTÍNEZ: "*La importancia de formalizar jurídicamente el principio de integridad reside en el reconocimiento de que el estricto cumplimiento de la legalidad no es en ocasiones suficiente para alcanzar el interés general y por ello es necesario incorporar al ordenamiento jurídico el deber ético de ser coherente con el conjunto de valores que definen la actividad de los cargos y empleados públicos y, por ende, contribuir a la buena administración y prevenir la existencia de conflictos de interés y casos de corrupción"* (*El principio de integridad en la contratación pública..., ob. cit.,* p. 96).

[711] En las palabras de SANTANA SUÁREZ, "*el concepto de integridad es un concepto más amplio que el de ausencia de corrupción. En cualquier institución pública pueden existir actuaciones que, sin consistir corrupción, sean contrarias a los principios y valores que inspiran la organización (conductas impropias o malas prácticas). Por lo tanto, los riesgos de corrupción sólo son una parte de los riesgos para la integridad de las instituciones públicas"* ("La prevención de riesgos de corrupción por el Consello de Contas de Galicia. Primeras experiencias y resultados en la evaluación de los sistemas de prevención". En VILLAVERDE GÓMEZ, M. B. *El control externo y fomento de la integridad: experiencias en la prevención de la corrupción*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021, p. 111).

[712] CERRILLO I MARTÍNEZ, "Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos". En VILLORIA, M., GIMENO FELIÚ, J. M. y TEJEDOR BIELSA, J. (Dir.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, p. 186.

De esa forma, queda claro que la promoción de determinados mecanismos que protejan la integridad en la contratación pública es una condición indispensable para una contratación verdaderamente eficiente, capaz de promover políticas públicas a través del uso adecuado de los recursos de la sociedad[713]. En los últimos años, la mayoría de las legislaciones ya reconoce el principio de la integridad, y sus desdoblamientos en las diversas fases del procedimiento de compra pública, como la referencia más importante en la lucha contra la corrupción en la contratación pública.

4.3.1. España

Las directivas sobre contratación pública elevaran la integridad como un objetivo fundamental de la legislación europea sobre contratación pública, siendo considerado incluso como uno de motivos de la propia reforma[714]. El contenido de las directivas, por intermedio de varios principios e institutos, posibilita la realización una contratación más íntegra en sus diversos aspectos, como bien señala AYMERICH CANO:

> Los objetivos generales de las Directivas europeas en materia de contratación pública —asegurar el respeto a los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y prestación de servicios, igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad— así como las medidas en ellas contempladas —de publicidad y transparencia a nivel comunitario, en materia de recursos, de tratamiento de las ofertas anormalmente bajas o temerarias—

[713] Véase RACCA, G. "Public procurement and corruption: the EU challenges". En CARLONI, E. y PAOLETTI, D. (Ed.) *Preventing corruption through administrative measures.* Perugia: Morlacchi, 2019, p. 96.

[714] GIMENO FELIÚ, J. M. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia..., ob. cit*, pp. 24-31.

> tienen, per se, una incidencia positiva en la prevención de la corrupción[715].

Esa búsqueda por la integridad en la legislación europea está estrechamente vinculada a la anteriormente mencionada importancia económica, política y social que posee la contratación pública, como recuerda MORENO MOLINA[716], siendo fundamental prevenir "*prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción*". Así, la Directiva 2014/24/UE persigue tal objetivo haciendo hincapié en todo su texto sobre la importancia del respeto a principios como la igualdad, la no discriminación, la publicidad, la transparencia y la libre concurrencia.

En un punto de vista más práctico, la referida directiva ha reforzado los instrumentos de integridad que deben ser seguidos en las contrataciones realizadas por los Estados miembros, además de traer otras novedades importantes. MEDINA ARNÁIZ[717] cita algunas medidas generales, como la publicidad europea para contratos que superen determinados umbrales económicos, transparencia en los procedimientos de contratación, equivalencia de las especificaciones técnicas, homologación de las aptitudes de los contratistas, y objetividad en los criterios de adjudicación. Específicamente con relación a la reducción de oportunidades para la ocurrencia de conductas corruptas y el incentivo para la probidad de los operadores económicos, la misma autora cita el control de los conflictos de

[715] AYMERICH CANO, C. "Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, p. 214.

[716] MORENO MOLINA, J. A. "Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina". *Derecho & Sociedad*, núm. 44, 2015, p. 61.

[717] MEDINA ARNÁIZ, T. "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública*..., ob. cit*, pp. 321-335.

intereses y la exclusión de participantes en los procedimientos de contratación pública debido a actos de corrupción.

Esa exclusión está prevista en el art. 57.1 de la DCP, que determina que los poderes adjudicadores excluirán a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando ese operador económico haya sido condenado mediante sentencia firme por uno de los motivos allí listados. En la letra b) del mencionado artículo está consignada la práctica de actos de corrupción, "*tal como se define en el artículo 3 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*[718] *y en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo*[719]*, o corrupción tal como se defina en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico*".

En la transposición de las directivas de 2014 para su ordenamiento, a través de la Ley 9/2017, el legislador español ha citado expresamente el principio de la integridad ya en el art. 1,

[718] Art. 3.1: "*A efectos del presente Convenio constituirá corrupción activa el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función*".

[719] Art. 2.1: "*Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos intencionados constituyan una infracción penal cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales:*
a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones;
b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones".

poniendo su efectividad como una de las finalidades de la propia ley. La lucha contra la corrupción es mencionada desde su preámbulo, así como en varias otras partes del articulado. Es necesario marcar que el principio de integridad ya era mencionado en el ordenamiento español, pero esencialmente en normas relacionadas a cargos y empleados públicos, como en el art. 3 de la Ley 3/2015[720], de 30 de marzo, y en el art. 52 del Real Decreto Legislativo 5/2015[721], de 30 de octubre, empezando su previsión expresa en la legislación de contratos públicos solamente con la Ley 9/2017.

La ley española ha traído una serie de medidas específicas relacionadas con el principio de la integridad[722], como, por ejemplo, la regulación más estricta de convenios y encargos a medios propios, fin del procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, publicidad y control de las modificaciones contractuales, más transparencia a través de la Plataforma de Contratos del Sector Público, regulación de los conflictos de intereses, extensión de las prohibiciones de contratar, refuerzo del recurso especial, promoción de la profesionalización y de la gobernanza en las contrataciones públicas.

Específicamente con relación a la prohibición de contratar por la práctica de actos de corrupción, el art. 71.1.a) prevé esa posibilidad para los casos de personas condenadas mediante sentencia firme por delitos de esa naturaleza, alcanzando las personas jurídicas declaradas penalmente responsables y aquellas cuyos administradores o representantes, de hecho o de derecho, vigente su cargo o

[720] Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3444.

[721] Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719
.

[722] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017..., ob. cit.,* p. 78.

representación y hasta su cese, se encontraran en la situación relacionada a esos actos de corrupción.

4.3.2. Brasil

En comparación con España, el principio de integridad en Brasil, como valor jurídico autónomo, tiene mucho menos empleo. Su diseminación más frecuente ocurre a través de los documentos internacionales firmados por el país y en estudios realizados por órganos gubernamentales. Eso no significa, todavía, que los temas relacionados a la integridad sean desconocidos y sus diversos ámbitos no sean objeto de acciones para fomentar la lucha contra la corrupción en todos sus niveles.

Inicialmente, en Brasil, el concepto de integridad siempre estuve muy relacionado con el de gobernanza. El propio Tribunal de Cuentas de la Unión hace esa conexión[723], diciendo que los principios que guían la gobernanza en las organizaciones públicas deben ser la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas. En ese mismo sentido, el Decreto 9.203/2017[724], que dispone sobre la política de gobernanza en la Administración Pública federal, declara que la integridad es uno de los principios de la gobernanza pública, además de una práctica a ser seguida por los principales cargos de las organizaciones públicas.

[723] "Governança Pública: Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria", 2014. Disponible en https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24F0A728E014F0B34D331418D.

[724] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm.

En su *Guia de Integridade Pública. Orientações para a administração pública federal: direta, autárquica e fundacional*[725], la Contraloría General de la Unión, responsable por el control interno de la Administración federal, define integridad pública como "*o conjunto de arranjos institucionais que visam a fazer com que a Administração Pública não se desvie de seu objetivo precípuo: entregar os resultados esperados pela população de forma adequada, imparcial e eficiente*". En la misma guía, se hace hincapié en como esos resultados pueden ser comprometidos por la corrupción, que atinge la propia credibilidad de las instituciones. Para garantizar la integridad, la CGU hace sugerencias como la creación de códigos de conducta en los órganos, la inversión en formación de cargos, la transparencia en la gestión, entre otras.

En un documento posterior, denominado *Guía Prático de Gestão de Riscos para a Integridade. Orientações para a administração pública federal: direta, autárquica e fundacional*[726], la CGU lista una serie de riesgos para la integridad, como el abuso del poder para intereses privados, el nepotismo, los conflictos de intereses, las presiones ilegales contra agentes públicos, la solicitación o recibimiento de ventajas indebidas y la utilización de fondos públicos en intereses privados.

Con relación específicamente a la integridad en las contrataciones públicas brasileñas, el documento más importante publicado en los últimos años fue la guía *Integridade nas compras*

[725] Disponible en https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41665/12/2015_cgu_guia-de-integridade-publica.pdf.

[726] Disponible en https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf.

públicas[727], dentro de la acción denominada Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), que reúne un gran número de órganos federales y estaduales de los tres poderes con el objetivo de formular de políticas públicas y soluciones dirigidas a combatir la corrupción. En esa guía, se pone en relieve la importancia del mercado de compras pública y los innumerables riesgos existentes en términos de corrupción, bien como la necesidad de la promoción de la integridad para evitar los gastos desnecesarios de fondos públicos y de esa forma garantizar la adquisición de suministros, servicios y obras de calidad.

Lamentablemente, la nueva ley de licitaciones y contratos públicos de Brasil no hace referencia expresa al principio de integridad, perdiendo así una oportunidad valiosa para positivar definitivamente tal principio en la legislación brasileña sobre el tema. A pesar de esa omisión, la ley determina la observancia de varios principios estrechamente relacionados a la integridad, como la impersonalidad, la moralidad, la publicidad, el interés público, la probidad administrativa, la igualdad, la transparencia, entre otros. Así, mismo con la crítica de que la ley podría haber evidenciado más el papel de la integridad en las contrataciones públicas, es posible afirmar que el principio de integridad, aunque de manera implícita, está presente en la ley brasileña.

Por otra parte, el intento de prevenir la participación de operadores económicos corruptos está expresamente colocado en el art. 14, III, que determina que no podrán participar en licitación o en la ejecución de un contrato las persona físicas o jurídicas que tengan vigente una sanción con tal prohibición impuesta. El art. 156, § 5º,

[727] Disponible en https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/plataforma-mais-brasil/ajuda/manuais-e-cartilhas/cartilha-integridade-nas-compras-publicas.

prevé, en conjunto con el art. 155, XII, que aquellos operadores económicos que realizaren los delitos previstos en el art. 5º de la Ley Anticorrupción permanecerán impedidos de licitar o contratar con todas las Administraciones Públicas por un período mínimo de 3 años y un máximo de 6 años.

4.4. Los conflictos de intereses

La existencia de conflictos de intereses es uno de los grandes peligros con relación a la integridad de los procedimientos de adjudicación, pues puede vulnerar varios principios de la contratación pública, como la igualdad de trato y la competencia entre los licitadores[728]. Con la existencia de un conflicto de intereses en un determinado procedimiento, se abre la posibilidad de que las decisiones de las personas responsables con él se alejen de la necesaria imparcialidad e independencia, abriendo camino para la arbitrariedad y el favoritismo. Así, no hay duda de que, en se tratando de la lucha contra la corrupción en la contratación pública, una regulación adecuada sobre la existencia y prevención de los conflictos de intereses debe ocupar un lugar central[729].

Los maleficios de los conflictos de intereses no se restringen al campo ético y a la vulneración de la igualdad, pero también tienen consecuencias trágicas para la eficiencia de las compras públicas, una vez que pueden causar aumento del precio y peor cualidad de la

[728] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública..., ob. cit.,* pp. 240-243.

[729] GIMENO FELIÚ hace hincapié en tal problema, afirmando que "*una de las que explican la intensidad de la corrupción en la contratación pública es la interpretación flexible dada al principio de conflicto de intereses, visualizado más como una cuestión ética que jurídica*" ("La corrupción en la contratación pública", *ob. cit.*, p. 24).

prestación, como apunta MEDINA ARNÁIZ[730], que añade que la adulteración de la selección del contratista debido a un acuerdo previo realizado en troca de una dádiva o intereses personales ilícitos acaba con la objetividad de la adjudicación, llevando a la elección del operador económico más hábil en utilizar prácticas corruptas, y no de aquel que haga la oferta más ventajosa para la Administración.

Es importante señalar que, en el mundo moderno y en procesos complejos que involucran tantas personas como es el caso de la contratación pública, la existencia de conflictos de intereses puede ser una situación relativamente normal[731], y que no necesariamente implica en un efectivo acto de corrupción. Así, existen diversas clasificaciones sobre los tipos de conflictos de intereses y sus respectivas consecuencias. FOLGUERA FONDEVILA[732] indica tres especies principales de conflictos de intereses: 1) real, cuando un funcionario posee un interés particular vinculado a una determinada decisión y está en situación de realizar esa decisión; 2) potencial, el funcionario tiene un interés particular que podría influir en su actuación profesional futura, pero aún no tiene que realizar alguna decisión; y 3) aparente (o percibido), cuando no existe un conflicto de interés ni real ni potencial, pero sí que sería posible concluir razonablemente que tal conflicto existe[733].

---

[730] MEDINA ARNÁIZ, T. "Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Observatorio de los contratos públicos 2013.* Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 275-276.

[731] Vid. SOLOVEICIK, D. y SIMANSKIS, K. "The Evolving Concept of 'Conflict of Interests' in the EU Public Procurement Law". *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, núm. 2, 2017, pp. 112-131.

[732] FOLGUERA FONDEVILA, R. "La fiscalización de los conflictos de interés". *Auditoria Pública*, núm. 70, 2017, p. 98.

[733] Para un análisis de los conflictos de intereses aparentes, véase el trabajo de LAROCCA, A. C. *Los conflictos de intereses aparentes en el Estado Constitucional de Derecho*. Tesis de maestría en la Universidad Austral, Buenos Aires, 2019.

Todavía, MIRANZO DÍAZ critica esa diferenciación, exactamente por causar confusión entre conflictos de intereses y corrupción, una vez que "*en un conflicto de interés es irrelevante si realmente se pone en riesgo la integridad, lo realmente trascendental es si parece que la integridad está en entredicho*"[734]. Mientras la corrupción exige voluntariedad y al menos un intento de actuación, el conflicto de intereses es más bien una situación fáctica, que es externa a las personas involucradas, siendo completamente independiente de sus voluntades e intenciones.

Así, como apunta REED[735], los conflictos de intereses deben ser entendidos como fenómenos que ocurren naturalmente, pues son una consecuencia inevitable del hecho de que las personas ocupan más de un rol social al mismo tiempo. De esa manera, el desafío en la regulación de los conflictos de intereses no es intentar prevenirlos en todos sus casos, una vez que eso no sería viable, pero sí buscar evitar aquellos conflictos que pueden conducir a la corrupción. Aún según el citado autor, la única forma coherente de abordar el problema sería prohibir determinados conflictos de intereses en ciertas situaciones, previniendo por lo tanto los posibles riesgos de corrupción.

Esa preocupación está presente en diversos documentos de los organismos internacionales, como en la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, que, en su art. 7.4, establece que los Estados Partes procurarán adoptar, mantener y fortalecer sistemas destinados a prevenir conflictos de intereses. Según el art. 8.5, cada Estado Parte también exigirá que sus funcionarios entreguen

[734] MIRANZO DÍAZ, J. *Hacia una configuración de una estrategia eficiente..., ob. cit.*, p. 129.

[735] REED, Q. "Sitting on the fence: Conflicts of interest and how to regulate them". *U4 Issue Anti-Corruption Resource Centre*, 2008, p. 7.

declaraciones sobre sus relaciones externas que puedan dar lugar a eventuales conflictos de intereses.

Por su vez, en el 2003, la OCDE ha publicado una guía específica sobre la gestión de los conflictos de intereses en el servicio público[736], en lo cual define el conflicto de intereses como un conflicto entre el deber público y os intereses privados de un funcionario público, cuando ese funcionario tiene intereses privados que podrían influir indebidamente no ejercicio de sus deberes y responsabilidades oficiales. A partir de eso, la OCDE sugiere algunas directrices para combatir los conflictos de intereses, como la definición de situaciones específicas más relevantes, la previsión de procedimientos para la identificación de esos conflictos y reglas claras para la gestión y solución de ellos[737].

Con relación a los conflictos de intereses en la contratación pública, las directivas europeas de 2014 significaran un importante avance en dirección a una regulación más clara y adecuada del tema. La preocupación del legislador europeo ya aparece en el Considerando 16 de la Directiva 2014/24/UE y queda expresamente consignado en el art. 24, que no sólo manifiesta la importancia de los Estados miembros combatieren los conflictos de intereses como también ofrece un concepto de lo debe ser mínimamente entendido como un conflicto de intereses en la contratación pública:

> Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de

[736] *Managing Conflict of Interest in the Public Service*, 2003. Disponible en https://www.oecd.org/gov/ethics/48994419.pdf.

[737] Véase MOTTA, F. y BELÉM, B. "Persecução do interesse público em um cenário de múltiplos interesses: recomendações da OCDE e os conflitos regulados pela Lei nº 12.813/2013". *Revista de Direito Administrativo*, vol. 277, núm, 2, 2018, pp. 149-175.

> 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.
>
> El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

De esa forma, además de recibir expresamente un deber de integridad con relación a los conflictos de intereses en las contrataciones públicas[738], los Estados miembros de la Unión Europea ahora también tienen un concepto sobre lo cual moldar sus normas internas sobre el asunto. Tal concepto exige la concurrencia de una condición subjetiva y otra condición objetiva[739]. La condición subjetiva es la vinculación con el personal del poder adjudicador o del proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, desde que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado del procedimiento[740].

---

[738] La obligación de los poderes adjudicadores en realizaren medidas contra los conflictos de intereses es reconocida por el TJUE, como, por ejemplo, en la sentencia *eVigilio Ltd*, asunto C-538/13, de 12 de marco de 2015: "*el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses*".

[739] Véase FERNÁNDEZ MALLOL, A. L. "La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época,* núm. 2, 2012, p. 120.

[740] Para MIRANZO DÍAZ, esta es una noción amplía de aquellos que estarán sometidos a la prevención y control de conflictos de intereses, pues no exige una relación formal con la entidad adjudicadora, pero simplemente que la persona, de alguna forma, tenga la capacidad de influenciar el desarrollo o la adjudicación del contrato ("Los

Ya la condición objetiva requerida por la directiva es existencia de un interés, directo o indirecto, de naturaleza financiera, económica o personal que pudiera parecer que compromete la imparcialidad e independencia en el procedimiento. Aquí es importante destacar la posibilidad de la aceptación de conflictos de interés indirectos, esto es, cuando el beneficiario del eventual acto de corrupción no es aquel agente involucrado en el conflicto de intereses, pero sí un tercero, como algún familiar, amigo, o incluso alguien con quien se comparta afinidades políticas o de otra naturaleza, por ejemplo[741]. Por otro lado, la directiva incluye todos los tipos de conflictos de interés (reales, potenciales y percibidos) en su definición[742], bastando la situación "*pudiera parecer*" comprometer la imparcialidad o independencia del agente para que se utilice la regulación de conflicto de intereses.

Esa definición más amplia de un conflicto de interés no significa que, una vez detectado un conflicto, ocurra la exclusión automática del licitador. De acuerdo con el art. 57.4,e), la exclusión solamente ocurrirá si el conflicto de intereses "*no pueda resolverse por medios menos restrictivos*". Ya el art. 57.6 permite 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*

conflictos de interés tras las directivas de contratación de 2014". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Observatorio de contratos públicos 2016*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, p. 475).

[741] Vid. MEDINA ARNÁIZ, T. "Los conflictos de intereses llegan a las Directivas...", *ob. cit.*, p. 296.

[742] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. "El nuevo paquete legislativo comunitario...", *ob. cit.*, p. 190.

dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación".

La exclusión de un licitador de determinado procedimiento de adjudicación es siempre una vulneración al principio de libre concurrencia, poniendo en riesgo también la eficiencia del propio procedimiento[743], así que la directiva impone que esa exclusión es la medida para tomar si no hay otros medios para resolver el conflicto. Si existe, por ejemplo, la posibilidad de abstención del agente o la comprobación que no hay riesgo de incidencia de influencia indebida que perjudique la competencia, la exclusión no deberá ser realizada por el poder adjudicar[744]. Así, que tal decisión de exclusión debe siempre observar la proporcionalidad.

4.4.1. España

En el derecho estatal español[745], las incompatibilidades y los conflictos de intereses están regulados de forma general en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, que regula el ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Su art. 11 define que un alto cargo estará incurso en un conflicto de intereses cuando su decisión pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos. La ley también define qué serían eses intereses personales: 1) intereses propios; 2) intereses familiares, incluyendo de su cónyuge o

[743] Vid. MIZANDO DÍAZ, J. "Los conflictos de interés tras las directivas...", *ob. cit.*, p. 480.

[744] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. "La corrupción en la contratación pública", *ob. cit.*, pp. 25-26.

[745] Para un análisis de la legislación autonómica y local, véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública..., ob. cit.,* pp. 263-269.

conviviente y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad; 3) intereses de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente; 4) intereses de las personas con quien tengan amistad íntima o enemistad manifiesta; 5) intereses de personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento; y 6) intereses de personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares previstos en la letra b) estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo, siempre que la misma implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.

Específicamente en la contratación pública la Ley 9/2017 ha realizado la transposición de las disposiciones de la directiva europea. Así, el art. 64.1 impone a los órganos de contratación el deber de "*prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación*". En el apartado siguiente, ofrece la siguiente definición de un conflicto de intereses:

> A estos 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.

Inicialmente, llama la atención que la ley española sólo hace mención del personal al servicio del órgano de contratación, y no también del personal de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, como consta en la Directiva 2014/24/UE. Tal omisión podría dejar en abierto la posibilidad o no de

existir conflictos de intereses en relación a personas como expertos externos y asesores. Para MIRANZO DÍAZ[746], es discutible que los Estados miembros puedan excluir supuestos de configuración de conflictos de intereses, por lo que, al menos en los contratos sometidos a la regulación armonizada, la normativa europea debe ser aplicada en su integralidad.

Es interesante mencionar la última parte del art. 64.2, que establece el deber de cualquier persona o entidad que tenga conocimiento de un posible conflicto de interés de informar inmediatamente el órgano de contratación. Se trata de una valerosa oportunidad para el control social de las contrataciones, pero que necesita, obviamente, de la disponibilidad, por parte de la Administración, de eficaces y seguros canales de denuncias para que sea una herramienta efectiva.

Una vez que exista el conflicto de intereses, la LCSP lo coloca como una de las situaciones que pueden configurar una prohibición de contratar. Así, el art. 71.1.g) declara que las personas físicas o los administradores de personas jurídicas incursos en los supuestos de la ya mencionada Ley 3/2015, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, o en los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, no podrán contractar con las entidades del sector público listadas en el art. 3 de la ley. Tal prohibición también alcanza a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías legales, el personal, los altos cargos y los cargos electos al servicio de las mismas.

[746] MIRANZO DÍAZ, J. "Deficiencias e incoherencias en la transposición de la normativa europea sobre conflicto de interés por la Ley de Contratos del Sector Público". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 54, 2019, pp. 317-318.

Igualmente, la prohibición de contratar del art. 71.1.g) se extiende a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, y parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad, cuando ocurra un 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.

La redacción de la prohibición de contratar con relación a los conflictos de intereses ha causado muchas críticas, como por causar confusión entre incompatibilidades y conflictos de intereses, por no dejar claro si existe posibilidad del órgano de contratación no aplicar la prohibición caso el conflicto no influya en el procedimiento[747], y también por parecer dar a las causas de exclusión por conflictos de intereses una naturaleza de "*numerus clausus*", lo que es contrario a la normativa europea y al art. 64 de la propia LCSP[748]. Para MEDINA ARNÁIZ[749], la solución es que el órgano de contratación siempre adopte las medidas que prevengan la quiebra de los principios básicos de la contratación pública, en los términos del art. 64 de la LCSP.

4.4.2. Brasil

[747] Véase AYMERICH CANO, C. "Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contractos del Sector Público de 2017". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, 2019, pp. 306-343.

[748] Vid. MIRANZO DÍAZ, J. "Deficiencias e incoherencias en la transposición...", *ob. cit.*, pp. 320-321.

[749] MEDINA ARNÁIZ, T. "Las prohibiciones de contratar". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 780-783.

En la legislación brasileña, los conflictos de intereses en ámbito federal de los altos cargos están regulados por la Ley 12.813/2013[750]. En su art. 3º, I, se define un conflicto de intereses como la situación generada por la contraposición entre intereses públicos y privados, que puedan comprometer el interés colectivo o influir, de manera indebida, en el desempeño del servicio público. Es un concepto que claramente sólo trata de conflictos de intereses reales o potenciales, excluyendo los percibidos.

La ley también crea una confusión desnecesaria entre la mera existencia de una situación de conflictos de intereses y la práctica efectiva de actos de corrupción[751] al enumerar una serie de conductas, en el ejercicio del cargo o después, que configurarían un conflicto de intereses, como: 1) divulgar o hacer uso de información privilegiada, en beneficio propio o de un tercero, obtenido con motivo de las actividades realizadas; 2) ejercer actividad que implique la prestación de servicios o el mantenimiento de una relación comercial con una persona física o jurídica que tenga interés en la decisión del agente público; 3) ejercer, directa o indirectamente, actividad que, por su naturaleza, sea incompatible con las atribuciones del cargo o empleo; 4) actuar, incluso de manera informal, como procurador, consultor, asesor o intermediario de intereses privados en órganos o entidades de la Administración Pública; 5) realizar acto en interés de persona jurídica en el que el agente público, su cónyuge, pareja o parientes, consanguíneos o afines, participen, en línea recta o colateral, hasta el

[750] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm.

[751] Tal crítica fue también realizada por ARAÚJO REIS y ABREU al analizar el entonces proyecto de ley: "alguns dos atos previstos no projeto seriam melhor caracterizados como possíveis resultados de situações em que se verificam conflito de interesses e não como sendo, eles próprios, situações que configuram conflito de interesses" ("Administrando conflitos de interesses. Esforços recentes no Brasil". *Revista de Informação Legislativa*, vol. 45, núm. 180, 2008, pp. 168-169).

tercer grado, y que puedan beneficiar o influir en la gestión de sus actos; 6) recibir regalos de quien tenga interés en la decisión del agente público fuera de los límites y condiciones establecidos en reglamento; y 7) prestar servicios, aunque sean ocasionales, a empresa cuya actividad es controlada, supervisada o regulada por la entidad a la que está vinculado el agente público.

Con relación específicamente a los conflictos de intereses en la contratación pública, la nueva ley brasileña de licitaciones y contratos públicos mantiene la pobre regulación anterior, no adentrando mucho en conceptos y posibilidades de solución, y se limitando a vedar expresamente determinadas situaciones. La expresión "conflicto de intereses" es mencionada en sólo dos partes de la ley: 1) en el art. 9º, § 1º, cuando veda la participación, directa o indirecta, en licitación o ejecución de contrato, de agente público del órgano licitador o contratante, se debiendo observar las situaciones que puedan constituir un conflicto de interés en el ejercicio o posterior al ejercicio del cargo o empleo; y 2) en el art. 32, § 2º, cuando determina que los profesionales contratados para el asesoramiento técnico en el procedimiento de diálogo competitivo deberán abstenerse de actividades que puedan constituir un conflicto de intereses.

No obstante esa prácticamente inexistente referencia a los conflictos de intereses, la Ley 14.133/2021 establece algunas incompatibilidades y situaciones de conflictos de intereses que llevan a la prohibición de participación del agente público en el procedimiento, a la prohibición de contratar con la Administración o a prohibiciones dentro de la ejecución del contrato.

Con relación a los cargos y empleados, el art. 7º, III, de una manera preventiva, determina que el agente público designado para el sector de licitaciones y contrataciones no puede ser cónyuge o pareja

de licitadores o contratistas habituales de la Administración, o tener relación de parentesco, colateral o por afinidad, hasta el tercer grado, o relación de carácter técnico, comercial, económico, financiero, laboral y civil.

Ya sobre las llamadas prohibiciones de contratar, el art. 14 veda la participación de la licitación o en la ejecución del contrato de quien mantenga relación técnica, comercial, económica, financiera, laboral o civil con el titular del órgano o entidad contratante, o con agente público que participe en la licitación o actúe en la fiscalización o gestión del contrato, o que sea su cónyuge, pareja o pariente en línea recta, colateral o por afinidad, hasta el tercer grado.

Para SAVONITTI MIRANDA[752], estas situaciones de impedimento previstas en la ley brasileña tienen como finalidad eliminar un eventual riesgo de que se produzca cualquier tipo de conflicto de interés que pueda comprometer la equidad del procedimiento o de la ejecución contractual. Con relación a la ley anterior, el legislador ha inserido la prohibición relativa al cónyuge, pareja o parientes, en un intento de combatir el nepotismo en las contrataciones públicas, buscando evitar esos conflictos de intereses en razón de los vínculos familiares[753].

Por otro lado, según JUSTEN FILHO[754], no existe competencia discrecional de la Administración para eliminar el impedimento. De esa forma, de acuerdo con la ley brasileña, no sería posible adoptar el remedio de la normativa europea de intentar solucionar el conflicto de

[752] SAVONITTI MIRANDA, H. *Licitações e contratos administrativos..., ob. cit.*, RB-3.7.

[753] Vid. OLIVEIRA, R. "*Nova lei de licitações e contratos administrativos...*", *ob. cit.*, p. 82.

[754] JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações...*, *ob. cit.*, RL-1.6.

intereses sin la necesidad de prohibir la participación de la empresa. Esa manera tan radical de gestionar los conflictos de intereses obviamente puede significar una vulneración del principio de la amplia concurrencia, como ya mencionado.

4.1. Transparencia

En la definición de CERRILLO I MARTÍNEZ, "*la transparencia consiste en el conocimiento por parte de los ciudadanos de lo que sucede en el seno de las administraciones públicas. Como una casa de vidrio, la transparencia facilita que los ciudadanos vean lo que ocurre en el interior de las administraciones públicas*" [755].

Es esa posibilidad de acceso a la información que permite que la transparencia sea la gran aliada de la integridad en la lucha contra la corrupción, pues, de un lado, permite que terceros realicen un control de las actividades de la Administración, denunciando eventuales prácticas ilícitas, y, de otro parte, también ayuda a disuadir intentos de esas mismas prácticas, pues los posibles actores saben que, a través de la transparencia, podrán ser descubiertos.

Así, la transparencia está inexorablemente relacionada con la propia idea de democracia y Estado de Derecho[756], pues se trata del

[755] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública..., ob. cit.,* p. 140.

[756] Para CARLONI, aunque transparencia y prevención de la corrupción estén estrechamente relacionadas, la transparencia también posee otras funciones dentro de un sistema democrático: "*Imparzialità, responsabilità, integrità, buona amministrazione, che seppure non esaurendosi in questo rimandano direttamente ad un ideale anti-corruption principle; ma anche eguaglianza (che peraltro è un valore profondamente pregiudicato dalla corruzione), garanzia dei diritti e delle libertà, apertura: direttamente o indirettamente la trasparenza è antidoto alla corruzione, ma non si esaurisce in questa funzione, dialoga con numerosi principi costituzionali e ne permette la realizzazione, primo tra tutti lo stesso principio democratico*" ("Alla

instrumento para que los ciudadanos, de una manera general, puedan fiscalizar las acciones de sus gobernantes[757]. Transparencia y control, en ese sentido, no pueden ser comprendidas de forma aislada. Cuanto más opacas son las informaciones relativas a la Administración Pública, mayores son los riesgos de corrupción, pues queda afectado el control sobre las decisiones de los agentes públicos, permitiéndose la ocurrencia y la continuidad de abusos e irregularidades[758].

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en varias partes, cita la transparencia como uno de los instrumentos necesarios para combatir la corrupción, exactamente debido a esa capacidad de proporcionar un amplio control para los ciudadanos sobre las actividades de la Administración. Específicamente sobre los contratos públicos, la Convención, en su art. 9, declara que los Estados signatarios deberán establecer sistemas transparentes de contratación pública, con difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos.

De su parte, la OCDE también hace hincapié en la importancia de la transparencia en la contratación pública, poniéndola como fundamental para minimizar los riesgos de corrupción en los

luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione". *Diritto amministrativo*, vol. 27, núm. 3, 2019, p. 499).

[757] Según MELLADO RUIZ, "*el principio de transparencia y el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública constituyen las manifestaciones modernas más generalizadas, por su necesaria condición instrumental, de los ya asentados –al menos en los modelos democráticos occidentales– mecanismos de participación ciudadana y control democrático*" (*El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 32).

[758] Vid. GARCÍA GARRIDO, M. I. "Incumplimientos en la contratación pública: la transparencia como medida de prevención". En VILLAVERDE GÓMEZ, M. B. *El control externo y fomento de la integridad: experiencias en la prevención de la corrupción*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021, p. 156.

procedimientos de compras públicas[759], además de ayudar a igualar las condiciones de participación entre las empresas. En efecto, GIMENO FELIÚ[760] señala esa relación entre la transparencia y el principio de igualdad de trato de los licitadores, que también es subrayada por el TJUE, que considera la transparencia como "el corolario" del mencionado principio[761]. Al garantizar la igualdad entre los licitadores, la transparencia promueve la competencia en los procedimientos, pues todos los participantes disponen de las mismas informaciones para la formulación de sus ofertas, lo que también lleva a compras más eficientes.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ[762] apunta que la transparencia es un concepto ambivalente en la contratación pública, normalmente usada con dos sentidos diferentes, pero que no son opuestos. El primero sentido es el de la transparencia *ad intra* o material, en la relación entre el órgano de contratación y los licitadores dentro del procedimiento de contratación, sobre la ya mencionada necesidad de que todos los participantes tengan acceso a las mismas informaciones

[759] OCDE, *Compendium of Good Practices for Integrity in Public Procurement*, 2015. Disponible en https://www.oecd.org/gov/public-procurement/compendium-for-good-practices-for-integrity-in-public-procurement.pdf.

[760] GIMENO FELIÚ, J. M. "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Observatorio de contratos públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 46-47.

[761] Véase la STJUE *Reino de España vs. Comisión Europea*, asunto T-402/06, de 16 de septiembre de 2013: *"El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66* supra*, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66* supra*, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada)"*

.

[762] MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. *Contratación pública y transparencia..., ob. cit.*, pp. 50-51.

para garantizar la igualdad de trato. En un segundo sentido, la transparencia significa la apertura de la información *ad extra* o formal, vinculada a la publicación de los datos de los procedimientos y contrataciones realizadas por los órganos de contratación, no influyendo en los procedimientos en sí, pero se vinculado al derecho de información de los ciudadanos sobre la gestión pública.

Por otro lado, la transparencia también es comúnmente clasificada en tres especies de acuerdo con la forma por la cual la información es proporcionada: activa, pasiva y colaborativa[763]. La transparencia activa es la publicidad realizada por la Administración a través de las diversas formas de divulgación de sus informaciones, de forma a proporcionar a todos los ciudadanos, de manera generalizada, acceso a las actividades y decisiones de la Administración, sin necesidad de ningún pedido. Ya la transparencia pasiva, por otro lado, se vincula al derecho de acceso a archivos, procesos y registros administraciones que los ciudadanos poseen a partir de una solicitud a la Administración, estando ella obligada, si eventualmente cumplidos ciertos requisitos caso la ley los exija, a facilitar tal información. Por fin, la transparencia colaborativa es un concepto más moderno, vinculado a la reutilización de la información prestada por la Administración por parte de los ciudadanos, que añaden valor a la información administrativa original con nuevas informaciones o servicios, basado en la apertura y tratamiento de datos, esencialmente en formato electrónico.

No existe duda sobre la relación entre los distintos tipos de transparencia y sus relaciones con la lucha contra la corrupción en las compras públicas. Sea de forma activa, pasiva o colaborativa, la

[763] Véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local". *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2011, pp. 287-296.

transparencia ayuda a garantizar la igualdad de trato, la no discriminación, promover la competencia[764] y posibilitar la rendición de cuentas en los procedimientos de contratación pública. Es la información facilitada pela Administración a los licitadores o a los ciudadanos que posibilitará una contratación más eficiente y íntegra, evitando así la ocurrencia de favoritismos y proporcionando una gestión adecuada de los fondos públicos[765].

Las directivas de 2014 de la Unión Europea han reconocido y reforzado la importancia fundamental de la transparencia en la contratación pública. Ya en el Considerando 1 de la DCP la transparencia es colocada como uno de los principios que deben ser respectados por los Estados miembros en la adjudicación de los contratos públicos, siendo repetida su importancia a lo largo de toda la directiva, como forma de garantizar la competencia, la igualdad de trato y la no discriminación entre los licitadores. De otra parte, la relación necesaria entre transparencia e integridad es señalada por el Considerando 26: "*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 el fraude*".

Con relación específicamente a la publicidad y transparencia en los procedimientos, la DCP hace su regulación entre los artículos 48 y

[764] En ese sentido, véase la Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón: "*Por otro lado, es un principio de marcado carácter instrumental, pues su objetivo no es meramente formal, sino que busca generar competencia, de forma que una mayor concurrencia empresarial redunde en mayor eficiencia. La transparencia es un instrumento que ha de garantizar la eficiencia de los fondos públicos, de forma que en aras de ese principio de transparencia, los contratos tienen que someterse a una publicidad adecuada que permita abrir el mercado a la competencia y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación*".

[765] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. "Administración electrónica, transparencia y contratación pública...", *ob. cit.*, pp. 301-303.

55, tratando de las formas y de los medios tanto de transparencia activa como de la pasiva[766]. Son establecidas normas acerca de los anuncios de información previa, anuncios de licitación, anuncios de la adjudicación de los contratos, contenido y modalidades de publicación de los anuncios, disponibilidad electrónica de los pliegos de contratación, formas de invitación de candidatos en procedimientos no abiertos, y maneras de disponibilidad y acceso a la información por candidatos y licitadores.

La mejora de la transparencia en la contratación pública es frecuentemente considerada como uno de los objetivos más importantes de las directivas de 2014. Comentando esa reforma, GIMENO FELIÚ refuerza esa visión de la Unión Europea, por la cual "*la transparencia en la contratación pública, además de fomentar la concurrencia y la eficiencia de forma efectiva mediante medios electrónicos y corrigiendo la "dispersión" de la publicidad y la "oscuridad" en el diseño de criterios o exigencias en los pliegos de las licitaciones, debe servir como instrumento de rendición de cuentas*".

4.5.1. España

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), regula en España la transparencia de la actividad pública y el derecho de los ciudadanos en acceder a las informaciones relativas a esa actividad. El inicio de su Preámbulo enfatiza la importancia de la transparencia, marcando que "s*ólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a*

[766] Vid. GONZÁLEZ RÍOS, I. "La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 12, 2019, pp. 6-25.

escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos".

Para FERNÁNDEZ RAMOS[767], una de grandes virtudes de la ley de transparencia española es introducir un nuevo paradigma en el Derecho Administrativo del país, con el principio de transparencia de la actividad pública puesto en el mismo plano de los principios de la legalidad y de la eficacia. Además, la ley no ha se limitado a describir los derechos de los ciudadanos acerca del derecho de acceso a la información pública, pero ella también ha creado órganos de garantía para esos derechos.

La Ley 19/2013 impone a las administraciones públicas y demás sujetos obligados una serie de deberes de transparencia activa y pasiva, que son allí denominadas como publicidad activa y derecho de acceso a la información pública. Con relación a esa publicidad activa, existe un criterio general[768], por lo cual se exige la publicación periódica y actualizada de la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública, y un elenco de materias cuya publicación es obligatoria: 1) información institucional, organizativa y de planificación; 2) registro de actividades de

[767] FERNÁNDEZ RAMOS, S. "La transparencia pública: pasado, presente y futuro". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, 2018, p. 227.

[768] Vid. GUICHOT, E. "Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción". En VILLORIA, M., GIMENO FELIÚ, J. M. y TEJEDOR BIELSA, J. (Dir.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, p. 151.

tratamiento de datos personales; 3) información de relevancia jurídica; y 4) información económica, presupuestaria y estadística. El art. 10 determina la creación del Portal de la Transparencia para facilitar la información de la Administración General del Estado[769], siendo que tal información deberá observar los principios de accesibilidad, interoperabilidad y reutilización.

La obligación de transparencia activa relativa a los contratos públicos se encuentra en art. 8, relativo a la información económica, presupuestaria y estadística. Así, deben ser publicados "*todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente*".

De otra parte, con relación a la transparencia pasiva, el art. 12 garante a todas las personas el derecho a acceder a la información pública, respectándose los límites impuestos por el art. 14 y la protección de los datos personales (art. 15). La solicitud de acceso presentada no necesita ser motivada por el solicitante, pero este deberá estar identificado, disposición criticada por GUICHOT[770], pues esa identificación obligatoria puede causar temores de represalias en determinadas situaciones, además de no tener justificativa legal, pues la recusa de la información no está relacionada con la identidad de un

[769] https://transparencia.gob.es/.

[770] GUICHOT, E. "Transparencia y acceso a la información pública...", *ob. cit.*, p. 153.

solicitante, pero sí a las limitaciones materiales previstas en la propia ley.

Además de las disposiciones de transparencia de la LTBG, la LCSP también impone sus propias obligaciones de publicidad con relación a las contrataciones públicas. SANMARTÍN MORA[771] explica que la ley de transparencia y la ley de contratos públicos tienen objetivos distintos en relación a sus normas sobre transparencia, justificándose así regulaciones separadas. Mientras la finalidad de la ley de transparencia es permitir a los ciudadanos controlar la administración de los asuntos públicos, la publicidad de la ley de contratación pública está fundamentalmente dirigida a los operadores económicos que tienen intereses en licitaciones y en contratos públicos.

Ya en el Preámbulo de la LCSP se declara que lograr una mayor transparencia en la contratación pública es uno de los objetivos que inspiran la regulación prevista en la ley. Asimismo, el art. 1, entre otros objetivos, coloca la publicidad y la transparencia de los procedimientos como principio a ser garantizado a través de la ley. Como señala PUERTA SEGUIDO, "*la declaración de objetivos enumerados en la nueva LCSP no deja duda alguna acerca de su apuesta decidida por imponer los principios rectores de la contratación pública fomentando para ello la publicidad y la transparencia en las actuaciones contractuales y el principio de integridad en la actividad desarrollada en ese ámbito por sus actores*"[772].

[771] SANMARTÍN MORA, M. A. "Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Observatorio de los contratos públicos 2013.* Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 96.

[772] PUERTA SEGUIDO, F. "Las obligaciones de publicidad activa previstas en la nueva ley de contratos del sector público: una de las claves de bóveda para garantizar la transparencia en la actividad contractual". *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, p. 79.

Con efecto, la LCSP establece varias obligaciones de publicidad activa y pasiva para los órganos de contratación[773]. CERRILO I MARTÍNEZ[774] divide en tres grupos las medidas de la LCSP para mejorar la transparencia en los procedimientos de contratación: 1) mayores exigencias de justificación y motivación en la toma de decisiones; 2) mayor publicación de información de la actividad contractual; y 3) medidas para asegurar la igualdad de trato y la competencia efectiva en los procedimientos de adjudicación.

Aunque existan varios otros artículos que se vinculan a la necesidad de motivación de las decisiones, se puede decir que el más importante es el art. 116.4, que exige que se justifique adecuadamente en el expediente de contratación: 1) la elección del procedimiento de licitación; 2) la clasificación exigida de los participantes; 3) los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución del contrato; 4) el valor estimado del contrato; 5) la necesidad de la Administración a la que se pretende satisfacer con la contratación y su relación con el objeto del contrato; 6) en los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios; y 7) la decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.

Respecto a la mayor publicación de información de la actividad contractual, la LCPS ha incrementado de manera considerable el contenido de información que los órganos de contratación deben

[773] Vid. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ. P. "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 FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2018*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, pp. 93-130.

[774] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "La transparencia en la contratación pública". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 811.

publicar[775]. El art. 63 establece que los órganos de contratación difundirán su perfil de contratante exclusivamente a través de Internet, agrupando la información y documentos relativos a su actividad contractual para asegurar la transparencia y el acceso público. El acceso a la información será libre y no será necesaria identificación, debiendo toda información ser publicada en formatos abiertos y reutilizables (transparencia colaborativa), y accesible al público durante un periodo no inferior a 5 años.

El órgano de contratación puede incluir cualesquiera datos y documentos sobre sus licitaciones y contratos en su perfil de contratante[776], pero está obligado a publicar: 1) memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para procedimientos distintos del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, en su caso, y el documento de aprobación del expediente; 2) objeto detallado del contrato, su duración, el presupuesto base de licitación y el importe de adjudicación, incluido IVA; 3) los anuncios de información previa, de convocatoria de las licitaciones, de adjudicación y de formalización de los contratos, de modificación y su justificación, de concursos de proyectos y sus resultados; 4) los medios a través de los que, en su caso, se ha publicitado el contrato y los enlaces a esas publicaciones; 5) número e identidad de los licitadores participantes, actas de la mesa de contratación o de las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de

[775] Véase CAMPOS ACUÑA, C. "Transparencia en la contratación pública y prevención de los conflictos de intereses". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.), *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, p. 178.

[776] Vid. CAMPOS JIMÉNEZ, A. "Transparencia en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del sector público". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 160, 2019, pp. 24-33.

los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, en su caso, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad, la resolución de adjudicación del contrato, la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, el desistimiento del procedimiento de adjudicación, la declaración de desierto, la interposición de recursos y la suspensión de los contratos por interposición de recursos; 6) publicación al menos trimestral de la información relativa a los contratos menores, con su objeto, duración, importe de adjudicación, incluido IVA, y la identidad del adjudicatario; y 7) los procedimientos anulados, la composición de las mesas de contratación, la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados en los procedimientos en los que sean necesarios.

El art. 347 exige que los perfiles de contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal deberán obligatoriamente estar en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundiéndose exclusivamente a través de esta. Las páginas web de los órganos habrán un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla podrán establecer servicios de información similares a la Plataforma de Contratación del Sector Público, o podrán utilizar esta directamente.

GIMENO FELIÚ[777] señala que, para el cumplimiento de la obligación de esa publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la ley establece que la publicación de anuncios y otras informaciones relativas a los contratos en los perfiles de contratante

[777] GIMENO FELIÚ, J. M. *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017..., ob. cit.,* pp. 202-203.

sólo surtirá efectos cuando también estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas o de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Con relación a las medidas para asegurar la igualdad de trato y la competencia efectiva en los procedimientos de adjudicación, CERRILLO I MARTÍNEZ indica que existen una serie de disposiciones en la LCSP que buscan garantizar tales principios a través de la transparencia dentro de los diferentes trámites de los procedimientos de contratación[778]. Como regla general, la Administración Pública siempre deberá observar el comando del art. 132.1: "*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*".

Sobre la transparencia pasiva en la LCSP, existen divergencias sobre los límites de su alcance. El considerando 122 de la Directiva 2014/24/UE declara que "*los ciudadanos, las partes interesadas, organizadas o no, y otras personas y organismos que no tienen acceso a los procedimientos de recurso con arreglo a la Directiva 89/665/CEE sí tienen un interés legítimo, en tanto que contribuyentes, en procedimientos adecuados de contratación. Por consiguiente, debe brindárseles la posibilidad, de un modo distinto al del sistema de recurso contemplado en la Directiva 89/665/CEE, y sin que ello implique necesariamente que se les conceda legitimación ante los órganos jurisdiccionales, de señalar posibles infracciones de la presente Directiva a la autoridad o la estructura competente"*. Todavía,

[778] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "La transparencia en la contratación pública", *ob. cit.*, pp. 814-815.

tal tema no fue tratado en el articulado de la DCP, no estructurando una norma específica a ser cumplida por los Estados miembros[779].

En la LCSP, el derecho de acceso al expediente de contratación está previsto en el art. 52, pero se limita a los interesados, que son aquellos legitimados para la interposición de recurso especial, descritos en el art. 48. De esa forma, en teoría, el acceso al expediente de contratación estaría básicamente limitado a candidatos y licitadores[780]. Esa interpretación, que parece contradecir las disposiciones generales de transparencia, también se basa en el apartado 2 de la LTBG, que dice que "*se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información*".

Considerándose la LCSP como una normativa específica, cuya transparencia es dirigida especialmente a los operadores económicos y no a los ciudadanos en general como la Ley LTBG, el derecho de acceso a los expedientes en curso[781] podría ser restringido a los interesados, respectándose también los límites previstos en el art. 133 de la LCSP, que trata de las informaciones confidenciales fornecidas por los empresarios, como secretos técnicos y comerciales o los aspectos

[779] Vid. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, A. C. "Aspectos prácticos del principio de publicidad como mecanismo para garantizar la concurrencia y transparencia en la contratación pública". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 173, 2021, pp. 25-37.

[780] Así concluye, por ejemplo, MONTES DE OCA: "*lo destacable es que se debe presentar en calidad de interesado en el procedimiento administrativo para poder ejercer el derecho de acceso conforme a la LCSP, en caso contrario, es posible que la Administración niegue la información solicitada"* ("El derecho de acceso a la información pública generada en la contratación pública*". Revista Española de la Transparencia*, núm. 11, 2020, p. 141).

[781] El derecho de no interesados en obtener acceso a expedientes ya finalizados parece ser pacífico. En eso sentido, véase GONZÁLEZ RÍOS, I. "La transparencia como principio vertebrador...", *ob. cit.*, p. 21.

confidenciales de las ofertas, y que los órganos de contratación no pueden divulgar[782].

Sin embargo, FERNÁNDEZ ACEVEDO considera que esa limitación a los legitimados para recurrir no puede ser siempre justificada, especialmente en defesa de la integridad de los procedimientos: "*Aun en ausencia de la posibilidad de interponer recurso, es preciso reconocer el derecho de acceso al expediente para efectuar reclamaciones o denuncias en el foro que se estime oportuno: derecho de acceso al ciudadano*"[783].

4.5.2. Brasil

En Brasil, la deber de transparencia de la Administración Pública es reglado por la Ley 12.527/2011[784], conocida como Ley de Acceso a la Información (LAI). En la referida ley, son definidos las obligaciones de transparencia de la Administración Pública, así como el procedimiento que los ciudadanos pueden utilizar para tener acceso a las informaciones de carácter público. Es la reglamentación del art. 5º, XXXIII, de la Constitución, que establece que toda persona tiene derecho a recibir información de su interés privado, o de interés colectivo o general, de los órganos públicos, la cual será prestada en el plazo de la ley, bajo pena de responsabilidad, salvo aquellas cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de sociedad y Estado.

---

[782] Véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "Transparencia, acceso a la información y contratación pública". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 356-359.

[783] FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. "Los retos de la transparencia en la contratación pública". Ponencia en el II Congreso Anual del Observatorio de Contratación Pública "Por una contratación pública transparente y sostenible", Barcelona, 2018.

[784] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm.

Con relación a la transparencia activa, la ley brasileña determina, en su art. 8º, que es deber de los órganos y entidades públicas promover, independientemente de solicitudes, la divulgación en lugar de fácil acceso, en el ámbito de su competencia, de la información de interés colectivo o general que produzcan o se encuentre en su custodia. Esta norma está vinculada a uno de los principios de la ley, previstos en el art. 3º, que es exactamente la obligación de divulgación de la información de interés público, independientemente de las solicitudes. Como apunta BARCELLOS[785], el objetivo de la ley es retirar del individuo la carga de buscar la información pública deseada e imponer esa obligación a la Administración Pública.

El párrafo 1º de lo mismo art. 8º también lista una serie de informaciones mínimas que siempre deberán ser divulgadas por los órganos públicos, entre las cuales "las informaciones relativas a los procedimientos de licitación, incluidos los respectivos avisos, pliegos y resultados, así como todos los contratos celebrados. Esa colocación de las informaciones sobre los contratos públicos entre los temas obligatorios de transparencia activa que la Administración debe poner a disposición de los ciudadanos señala la preocupación del legislador con las posibles prácticas de corrupción que un eventual sigilo de esos procesos podría provocar[786].

[785] BARCELLOS, A. P. "Acesso à informação: os princípios da Lei nº 12.527/2011". *Quaestio Iuris*, vol. 8, núm. 3, 2015, pp. 1741-1759.

[786] Como insisten MULLER y RECK, "a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao emprego das verbas públicas" ("Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da Administração Pública". *Revista do Direito*, vol. 2, núm. 49, 2016, p. 114).

Además de la transparencia activa, la LAI también trata del procedimiento de acceso a la información por parte de los ciudadanos. El art. 10 establece que cualquier persona podrá presentar solicitud de acceso a información a los órganos y entidades públicas, por cualquier medio legítimo, debiendo contener la identificación del solicitante y la especificación de la información requerida, estando prohibidas exigencias relacionados con los motivos que determinaran la solicitud de información de interés público. El órgano solicitado tiene 20 días, prorrogables por más 10 días mediante justificación, para conceder la información, indicar las razones de la eventual recusa o comunicar que no dispone de la información. La ley también impone sanciones al agente público que negarse injustificadamente a proporcionar la información requerida, retrasar de manera deliberada su entrega o proporcionarla intencionalmente de manera incorrecta, incompleta o inexacta.

La Ley 14.133/2021 trae, entre sus principios, la publicidad y la transparencia. Con efecto, DI PIETRO y MARRARA[787], señalan que esa "duplicidad" sería una imprecisión técnica en la redacción de la ley, pues el uso de los dos principios juntos significaría una redundancia. JUSTEN FILHO[788] hace una crítica parecida, diciendo que existe una superposición entre los principios, estando la publicidad englobada en la transparencia. En cualquier caso, es clara la preocupación del legislador por anunciar su preocupación por la transparencia de los procedimientos de contratación.

Respecto a la transparencia activa, la gran novedad es el ya comentado Portal Nacional de Contrataciones Públicas, definido en el art. 174 como el sitio web oficial destinado a la divulgación centralizada

[787] DI PIETRO, M. S. y MARRARA, T. "Estrutura Geral da Nova Lei...", *ob. cit.*, p. 25.

[788] JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações...*, *ob. cit.*, RL-1.3.

y obligatoria de los actos exigidos por la ley. Allí, todos los órganos de contratación de la Unión, Estados y Municipios deberán publicar como contenido mínimo: 1) los planes de contratación anuales; 2) los catálogos electrónicos de estandarización; 3) los pliegos de acreditación y precalificación, los pliegos de contratación directa y los pliegos de licitación y sus respectivos anexos; 4) las actas de registro de precios; 5) los contratos y sus modificaciones; y 6) las facturas electrónicas, cuando corresponda.

Otra funcionalidad prevista para PNCP, que mescla transparencia activa y pasiva, es un sistema de gestión compartido con la sociedad de la información respecto a la ejecución del contrato, que debe permitir: 1) envío, grabación, almacenamiento y difusión de mensajes de texto o imágenes por parte de la persona previamente identificada; 2) acceso al sistema informático de seguimiento de obras, previsto en el art. 19 de la ley; 3) comunicación entre la sociedad y representantes de la Administración y del contratista designados para ofrecer informaciones relevantes y aclaraciones; y 4) divulgación de un informe final con información sobre la consecución de los objetivos que han justificado la contratación y las acciones a adoptar para mejorar las actividades de la Administración.

Ya particularmente sobre la transparencia pasiva, la ley brasileña de licitaciones y contratos públicos no se aparta de la ley de acceso a la información con relación al ámbito subjetivo en la transparencia de sus procesos, no existiendo diferenciación entre interesados y otras personas. El art. 13 declara que los actos realizados en el proceso de contratación son públicos, excepto en el caso de información cuyo secreto sea esencial para la seguridad de la sociedad y del Estado, en los términos la ley de acceso a la información, que regula las posibilidades de eso secreto en su art. 23. Por otro lado, la publicidad podrá ser diferida con relación al contenido de las ofertas, hasta la

respectiva apertura, y al presupuesto estimado por la Administración, en los casos admitidos en el art. 24.

4.6. Buena administración y profesionalización

En los últimos años, ha crecido el debate sobre los conceptos de "*buen gobierno"* y "*buena administración"*, donde, por el entendimiento general, el ejercicio del poder del Estado debe estar obligatoriamente dirigido al interés público, enfocada en la solución eficaz de los problemas de la sociedad, a través de formas de administración más eficientes y preocupadas con la realidad de los ciudadanos, poniéndose en relievo la dimensión ética que debe estar presente en la gobernanza del sector público[789].

PONCE[790] intentar hacer una depuración de esos conceptos y sus correlatos, una vez que ellos, muchas veces, son utilizados indistintamente. Para el citado autor, el "*buen gobierno*" está relacionado con la forma por la cual el gobierno, en cuanto parte integrante del poder ejecutivo, desarrolla sus funciones; la "*buena administración*", por su vez, se refiere al modo como el poder ejecutivo como un todo desenvuelve sus actividades administrativas, traduciéndose en una contraposición a una administración negligente o corrupta. Así, el *buen gobierno* caracterizase por un contenido eminentemente político, mientras la *buena administración* está

[789] Sobre el tema en sus diversas dimensiones, véase RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *El buen gobierno y la buena administración de las instituciones públicas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

[790] PONCE, J. "Reformas de buena administración y calidad normativa: un reto crucial, todavía en proceso". En VILLORIA (Coord.). *Ética pública en el siglo XXI*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2021, p. 171.

configurada por su carácter jurídico, relacionado a las leyes y a la jurisprudencia[791].

Esa "juridicidad" del concepto de *buena administración* aparece confirmado en el año 2000 por la legislación europea a través de su *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*[792], la cual, en el art. 41, reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos europeos a una buena administración, que es caracteriza en diversos aspectos, como el derecho de tener sus asuntos tratados de manera imparcial, equitativa y en un plazo razonable, derecho de ser oída por la Administración antes de sufrir medidas desfavorables, derecho de acceso a expedientes que le afecten, y la imposición a la Administración de la obligación de motivar sus decisiones.

El buen gobierno y la buena administración son considerados, en sus respectivos ámbitos, como fundamentales para un efectivo combate a la corrupción[793], pues la práctica de actos de corrupción es la propia negación de una buena administración, una vez que sobrepone los intereses privados a el interés público. Pero, esa lucha contra la corrupción también debe enfocarse mucho más en adecuadas medidas de prevención de carácter sistémico, vinculadas a una visión realmente eficiente de Administración Pública, que en tradicional actitud de "*combatir la corrupción luchando contra la corrupción*", que no costumbra presentar resultados positivos[794].

---

[791] Vid. MEILÁN GIL, J. L. "La buena administración como institución jurídica". *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87, 2013, pp. 13-50.

[792] Disponible en https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

[793] Véase PONCE, J. "La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)". *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2012, pp. 93-140.

[794] Vid. KAUFMANN, D. "Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción". *Finanzas y desarrollo: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial*, vol. 43, núm. 3, 2005, pp. 41-43.

Todavía, como apunta GIMENO FELIÚ[795], las ideas de buen gobierno y buena administración va más allá de la ausencia de corrupción, englobando también el compromiso con instituciones transparentes[796], objetivas y con reglas predecibles para todas las personas, reforzando la seguridad jurídica. Se trata, así, de una manera global de encarar la Administración Pública, no tanto en sus problemas puntuales, pero principalmente en sus objetivos y obligaciones fundamentales con relación a la sociedad y a todos los ciudadanos.

La contratación pública, por el tamaño de los recursos públicos involucrados y su importancia dentro de la Administración Pública, obviamente no podría quedarse aislada de ese movimiento hacía la buena administración y el refuerzo de los mecanismos de gobernanza. Exactamente por ser la contratación pública la forma principal por la cual los gobiernos pueden implementar las políticas públicas que buscan mejorar las condiciones sociales, su gobernanza necesita estar íntimamente relacionada con las mejores prácticas posibles de gestión administración.

En efecto, la buena administración tiene relación con la realización de varios de los principios de la contratación pública[797],

---

[795] GIMENO FELIÚ, J. M. "*La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*", *ob. cit.,* p. 337.

[796] Según MANNELLA, "*with a specific view to administrative transparency, the right to good administration enable private individuals to fully understand public decisions and to participate consciously in them, where the relevant right leads to the accountability of public bodies (political and administrative)*" ("Corruption and the right to good administration". En CARLONI, E. y PAOLETTI, D. (Ed.) *Preventing corruption through administrative measures.* Perugia: Morlacchi, 2019, p. 145).

[797] Tal relación es reconocida por el TJUE como, por ejemplo, en la sentencia *PC-Ware Information Tecnologies v. Comisión*, asunto T-121/08, de 12 de mayo de 2010.

como la libre concurrencia, la igualdad de trato, no discriminación, transparencia y eficiencia[798]. Además, como recuerdan RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y HERCE MAZA, las actuaciones de los órganos de contratación necesitan "*encaminarse en definitiva a promover directa o indirectamente a la consecución del bien de todos, de manera racional, dictando decisiones convenientemente motivadas y argumentadas para facilitar el derecho a recurrir y a conocer los hechos y fundamentos jurídicos que la justifican*"[799].

De esa forma, se puede listar una serie de medidas relacionadas a una buena administración de la contratación pública, que lleven a una gestión más eficiente de los recursos públicos y más integridad en los procedimientos. Acciones vinculadas a una mejor planificación de las contrataciones, más transparencia y publicidad, uso generalizado de medios electrónicos, amplia rendición de cuentas, refuerzos en los controles y supervisión de los procedimientos y de los contratos, pactos y programas de integridad, códigos de ética y de conducta en la Administración, y la profesionalización de los gestores y agentes públicos, todas esas medidas ayudan a reforzar la gobernanza tan necesaria en la contratación pública[800].

Algunas de esos temas ya han sido objeto de estudio en este trabajo, mientras otros aún serán examinados más adelante. En este momento, se buscará analizar con mayor detalle esa relación entre buena administración, profesionalización de la contratación pública y

[798] Véase GARRIDO MAYOL, V. "El principio de buena administración y la gobernanza en la contratación pública". *Estudios de Deusto*, vol. 68, núm. 2, 2020, pp. 115-140.

[799] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERCE MAZA, J. I. "La buena administración en la contratación pública...", *ob. cit.,* p. 44.

[800] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. "Nuevos paradigmas de la contratación pública: la transparencia y la integridad en un contexto de prevención de la corrupción". Ponencia en la I Jornada "Nuevos escenarios de la contratación pública: hacia un modelo plenamente profesional, estratégico y más eficiente", Zaragoza, 2017.

lucha contra la corrupción. El supuesto de tal razonamiento es que cualquier providencia relacionada al combate de actos corruptos en los contratos públicos está intrínsecamente vinculada con la capacidad de los gestores, funcionarios y empleados responsables por los órganos de contratación de efectivamente implementaren esas providencias. Una política "perfecta" contra la corrupción no tiene valor ninguno si el personal que la debe efectivarla no tiene las competencias necesarias para esa tarea.

De esa forma, la buena administración y la profesionalización del personal responsable es una clave para alcanzar más integridad y eficiencia en las contrataciones públicas. Para SANMARTÍN MORA[801], ese vínculo necesario demanda que los funcionarios no sean simples cumplidores de normas, pero sí que se tornen directores de la contratación, a través de una formación de los gestores en conocimientos y cualidades personales. Una falta de inversión en esa profesionalización abre espacio, por ejemplo, para que el sector privado se apropie indebidamente de la gobernanza de los contratos públicos, definiendo los niveles de calidad que deberían ser atribución de la Administración.

Esa también es la opinión de CANTERO MARTÍNEZ, que pone en evidencia la posibilidad de interferencias políticas cuando no existe la cualificación de los funcionarios:

> Evidentemente, en la medida en que se introduzcan elementos de profesionalización de los procedimientos de contratación y se refuercen los marcos de integridad de las personas encargadas de la contratación, se alejan estos riesgos de contagio de elementos relacionados con la política y la corrupción. No obstante, la necesidad

[801] SANMARTÍN MORA, M. A. "La profesionalización de la contratación pública...", *ob. cit.,* pp. 408=409.

de profesionalizar va más allá, es también una exigencia ineludible para una contratación estratégica y eficiente[802].

Tal necesidad de profesionalización de la contratación, también en el sentido de proporcionar más eficiencia para los procedimientos, no pasó desapercibida por la Comisión Europea, que ha elaborado la "*Recomendación (UE) 2017/1805, de 3 de octubre, sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública*"[803], en la cual se afirma que "*es necesario garantizar el uso más eficiente de los fondos públicos y los compradores públicos necesitan estar en condiciones de contratar de acuerdo con las normas más exigentes de profesionalidad. Mejorar y respaldar la profesionalidad entre los profesionales de la contratación pública puede ayudar a fomentar el impacto de esta en el conjunto de la economía*".

En la misma Recomendación, son presentadas algunas acciones que los Estados miembros deberían adoptar para efectivar ese objetivo: 1) elaboración de una política de profesionalización a largo plazo, adaptada a las necesidades, recursos y estructura administrativa de cada Estado miembro, buscando atraer, desarrollar y retener competencias, centrándose en el rendimiento y en los resultados estratégicos; 2) mejora de la formación y de la gestión profesional, con marcos de capacidades y competencias relacionadas a la contratación pública, promoviendo programas de formación inicial y permanente, así como programas de planificación de la carrera profesional y motivación específicos para las funciones de contratación; y 3)

[802] CANTERO MARTÍNEZ, J. "La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación". En MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J. A. (Dir.). *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*. Madrid: Iustel, 2020, pp. 198-199.

[803] Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H1805&from=HU.

estímulo y apoyo al desarrollo y aceptación de herramientas de TI accesibles para la simplificación y perfeccionamiento del funcionamiento de los sistemas de contratación, así como herramientas para garantizar el cumplimientos y la transparencia, códigos deontológicos, manuales de orientación, de metodologías y de buenas prácticas.

Más recientemente, con el objetivo de orientar esa necesaria profesionalización, la Comisión Europea ha creado el instrumento denominado *ProcurComp*^{EU} *– Marco Europeo de Competencias para los profesionales de la contratación pública*[804]*,* una herramienta voluntaria para valorizar la profesión de la contratación como una función estratégica, buscando ayudar los órganos de contratación, las autoridades y los organismos a identificar y abordar las competencias que precisan ser reforzadas. Son mencionados cuatro objetivos principales: 1) facilitar la contratación, la formación y el desarrollo profesional de los funcionarios; 2) permitir que las organizaciones orienten su gestión de recursos humanos de acuerdo con sus objetivos; 3) mejorar el nivel de competencia del personal de la contratación pública; y 4) lograr más valorización y atractividad para la función de contratación por su dimensión multidisciplinar y estratégica.

El paquete *ProcurComp*^{EU} se divide en tres elementos que poden ser utilizadas en conjunto o de manera independiente: matriz de competencias, autoevaluación y programa de formación. La matriz de competencias trata de 30 competencias vinculadas a las actividades, tareas y responsabilidades básicas normalmente desempeñadas por los profesionales de la contratación pública, con el objetivo de ayudar a evaluar los niveles existentes y favorecer el desarrollo y el refuerzo cuando necesario. Ya la autoevaluación es utilizada para que los

[804] https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/procurcompeu_ecf_for_pp_es.pdf.

profesionales valoren sus conocimientos y capacidades, así como para que las organizaciones puedan compilar los resultados individuales para obtener un resultado que apunte las eventuales deficiencias a ser corregidas. Por fin, el *Programa de formación de referencia de ProcurComp*^{EU} describe el contenido normalizado de la formación y los resultados del aprendizaje de los 30 módulos de formación basados en las 30 competencias de la matriz de competencias, con la descripción de la competencia, los temas de formación y los resultados de aprendizaje esperados al final de la formación.

Analizando la herramienta *ProcurComp*^{EU}, GUERRERO MANSO[805] concluye que existen aspectos positivos y puntos débiles. Es importante la preselección de las 30 competencias necesarias para los equipos de contratación pública, competencias estas que no precisan estar presentes en todos los individuos, pero sí deben estar en el conjunto de los miembros del equipo. Igualmente, es positiva la flexibilidad para la adaptación de los perfiles y de las competencias requeridas. Por otro lado, según la citada profesora, se puede mencionar como problemático el carácter subjetivo de la autoevaluación, que puede no ser fiel a la realidad, y también la necesidad de tiempo y conocimientos previos para realizar adecuadamente esta autoevaluación.

4.6.1. España

[805] GUERRERO MANSO, C. "La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública. La utilización de la herramienta ProcurComp^{EU}". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2020*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021, pp. 118-119.

La LCSP, como recuerda GARCÍA MELIÁN[806], establece su gobernanza general a través de tres órganos colegiados a nivel estatal: 1) la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, responsable por la cooperación con la Comisión Europea y por la remisión de los informes, además del ser el órgano específico de regulación y consulta sobre contratación pública en el ámbito estatal; 2) el Comité de Cooperación en materia de contratación, responsable por la coordinación con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, y por la elaboración de la Estrategia Nacional de Contratación Pública; y 3) la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que coordina la supervisión y la correcta aplicación de la legislación de contratación pública, siendo el órgano responsable por la aprobación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública.

De acuerdo con el art. 334.1 de la LCSP, la Estrategia Nacional de Contratación Pública es un instrumento jurídico vinculante, con duración de 4 años, que se basará en el análisis de actuaciones sobre contratación pública realizadas por todo del sector público estatal, autonómico o local. Según la letra e) del mismo artículo, la Estrategia Nacional deberá "*promover la profesionalización en contratación pública mediante actuaciones de formación del personal del sector público, especialmente en aquellas entidades que carecen de personal especializado, mediante el diseño de un plan específico en materia de formación en contratación pública y otras actuaciones complementarias de promoción de la profesionalización en la contratación pública*". Igualmente, es colocado en el art. 334.2.b), que es uno de los objetivos de Estrategia Nacional "*incrementar la*

[806] GARCÍA MELIÁN, J. C. "Buen gobierno y profesionalización de las compras públicas". En SÁNCHEZ DE DIEGO, M. y SIERRA RODRÍGUEZ, J. *Transparencia y participación para un gobierno abierto*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2020, pp. 273-274.

profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación".

De acuerdo con el último informe trienal de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado[807], la propuesta de la Estrategia Nacional de Contratación Pública del Comité de Cooperación en materia de contratación pública encuéntrase en proceso de elaboración. Todavía, en el *Plan estratégico de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación 2020-2024*[808], está presente como objetivo estratégico "*promover e incentivar la profesionalización, entendida como la mejora general de toda la gama de cualificaciones y competencias profesionales, conocimiento y experiencias de las personas que realizan o participan en tareas relacionadas con la contratación pública*".

En ese sentido, la OIReScon propone tres objetivos específicos: 1) supervisar y fomentar un adecuado dimensionamiento del personal y la dotación de las unidades de contratación de los poderes adjudicadores del sector público; 2) promover y fomentar la gestión del conocimiento en contratación pública por la consolidación de la carrera profesional, la formación y el reconocimiento; y 3) fomentar el reconocimiento de los profesionales e incentivar las buenas prácticas en la contratación pública.

---

[807] El informe relativo a los años de 2018, 2019 y 2020 puede ser consultado en https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/trienal2021.pdf. Para un análisis del documento, véase MORENO MOLINA, J. A. "El informe trienal de la JCCPE sobre la contratación pública en España 2018-2020 y la contratación social y estratégica". *Observatorio de Contratación Pública*, 2021, disponible en http://www.obcp.es/opiniones/el-informe-trienal-de-la-jccpe-sobre-la-contratacion-publica-en-espana-2018-2020-y-la.

[808] Disponible en https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/plan-estrategico/plan-estrategico-oirescon-2020-2024.pdf.

Un aspecto frecuentemente mencionado traído por la LCSP para una mayor profesionalización, alineada con la buena administración, fue con relación a la conformación de las Mesas de contratación[809]. La ley anterior era criticada por no establecer de manera clara los criterios para su composición, lo que llevaba muchas veces a nombramientos políticos y no técnicos, lo que podría vulnerar la integridad de los procedimientos[810].

Las Mesas de contratación, reguladas en al art. 326 de la LCSP como un órgano de asistencia técnica especializada a los órganos de contratación, tienen las siguientes funciones: 1) calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos; 2) exclusión de los candidatos o licitadores que no cumplan los requisitos o presenten ofertas anormalmente bajas; 3) valoración de las proposiciones de los licitadores; 4) propuesta al órgano de contratación de la adjudicación del contrato para el licitador que haya presentado la mejor oferta; y 5) la selección de los candidatos, cuando así se delegue por el órgano de contratación, en procedimiento restringido, diálogo competitivo, licitación con negociación y asociación para la innovación.

Así, queda clara la importancia capital de las Mesas de contratación, y de la necesidad de una adecuada profesionalización de sus integrantes, que pueda alejar eventuales criterios políticos y riesgos de conflictos de intereses. Para CANTERO MARTÍNEZ, la LCSP de 2017 "*regula su conformación intentando reducir al máximo*

[809] Véase FERRERA IZQUIERDO, J. M. "Análisis de diversos aspectos controvertidos de las Mesas de contratación en los ayuntamientos". *Revista Digital CEMCI*, núm. 49, 2021, pp. 1-29.

[810] Vid. MALARET. E. "El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, 2016, pp. 47-51.

cualquier riesgo de contaminación política del proceso de contratación, apostando por la composición técnica de la mesa, evitando la presencia en ella de vocales que tengan carácter político y «funcionarizando» sus miembros"[811].

El art. 326.3 determina que la mesa será constituida por un presidente, vocales[812] y un secretario. El secretario deberá ser un funcionario del órgano de contratación, siendo permitida la designación de otro tipo de personal dependiente del órgano cuando no sea posible designar un funcionario, y entre los vocales deberá estar un funcionario del asesoramiento jurídico del órgano y un interventor, o, no siendo posible, una persona al servicio del órgano con funciones de asesoramiento jurídico y otra con funciones de control económico-presupuestario[813].

Además de esas importantes exigencias sobre la participación de funcionarios en las mesas de contratación, la LCSP también fija que en ningún caso serán parte de las mesas, ni podrán emitir informes de valoración de las ofertas, los cargos públicos representativos y el personal eventual. Sólo se permite que formen parte de la mesa el

[811] CANTERO MARTÍNEZ, J. "La profesionalización de la contratación pública...", *ob. cit.*, p. 228.

[812] El art. 21 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, establece que al menos serán cuatro vocales.

[813] La formación de las mesas de contratación en las entidades locales está reglado en el apartado 7 de la Disposición adicional segunda: "*La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación*".

personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y se acredite tal situación en el expediente. Además, también se prohíbe que formen la mesa el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato, con excepción específicas para las entidades locales[814].

4.6.2. Brasil

La conexión entre buena administración y la inversión en la formación y profesionalización del personal responsable por la contratación pública también ha resonado en Brasil en los últimos años[815]. La complexidad del tema, los altos valores implicados, la dificultad en la aplicación correcta de las normas y las posibilidades de prácticas corruptas, abrieran discusiones sobre la cualificación de los agentes que realizan contrataciones públicas, una vez que la formación profesional nunca ha sido una de las prioridades dentro de las administraciones públicas brasileñas[816].

Los problemas de falta de conocimientos y de un adecuado entrenamiento en contratación pública son generalizados en todos los

[814] Vid. RODRÍGUEZ PÉREZ, P. "Organización administrativa de la contratación pública: órganos de contratación, responsable del contrato, órganos de asistencia y órganos consultivos". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES. I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 1015.

[815] Véase FORTINI, C. "Formação de agentes públicos como fator de mudança em licitações". *Consultor Jurídico*, 2019. Disponible en https://www.conjur.com.br/2019-abr-11/interesse-publico-formacao-agentes-publicos-fator-mudanca-licitacoes.

[816] Vid. SILVA SOUZA, M. "Compras Públicas Municipais: a importância de profissionalização nas pontas do processo". *Jus,* 2017. Disponible en https://jus.com.br/artigos/56245/compras-publicas-municipais-a-importancia-de-profissionalizacao-nas-pontas-do-processo.

ámbitos de la Administración, con una especial gravedad en los pequeños municipios. En el reciente documento *Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das compras públicas federais*[817], donde se analizó sólo la Administración federal (en teoría, la más bien preparada), la OCDE recomendó que Brasil mejorase las condiciones de trabajo y los incentivos para el personal de contratación pública, desarrollando una estrategia de profesionalización.

Ya en su Decisión 2622/2015, el Tribunal de Cuestas de la Unión había determinado que el gobierno federal efectuase providencias para crear "*un modelo de competencias para los actores de la función de adquisiciones, en especial de quienes desempeñan roles relacionados con la gobernanza y gestión de adquisiciones*" y también "*un programa de formación en gobernanza y gestión de adquisiciones*" para los agentes públicos.

Tal preocupación acabó por ser introducida en la Ley 14.133/2021. Entre los artículos 7 y 10 son establecidos varias disposiciones sobre los agentes públicos responsables por la realización de las contrataciones públicas, buscando exactamente promover la profesionalización del personal y garantizar más integridad a los procedimientos.

El art. 7º impone que corresponderá a la máxima autoridad del órgano o entidad, o a quien señalen las reglas de organización administrativa, promover la gestión por competencias y designar agentes públicos para el desempeño de las funciones esenciales para la ejecución de las contrataciones públicas. Aquí llama la atención la obligación de la "*gestión por competencias*", algo que era demandado

[817] Disponible en https://www.oecd.org/daf/competition/Combate-a-Carteis-em-Licitacoes-no-Brasil-uma-Revisao-das-Compras-Publicas-Federais-2021.pdf.

por los especialistas pero que todavía no tenía previsión normativa en la ley anterior. Según NOHARA[818], esa gestión por competencias, además de evaluar los conocimientos técnicos del personal sobre la legislación, también necesita analizar su perfil y otras habilidades que son importantes en el desarrollo de los procedimientos, como capacidad de negociación, extroversión, comportamiento bajo presión y sensibilidad.

Para BITTENCOURT[819], la práctica de esa gestión por competencias debe llevar en consideración dos etapas distintas: 1) evaluación de los conocimientos adquiridos por los agentes, a través de los cursos y capacitaciones internas y externas realizadas por ellos; y 2) apreciación del desempeño y del desarrollo de esos agentes en la realidad, mesurando los resultados atingidos en las contrataciones en las cuales tenga participado.

La ley también prevé tres requisitos para la elección de los agentes públicos responsables por las contrataciones públicas: 1) ser, preferentemente, funcionario fijo o empleado público del personal fijo de la Administración Pública; 2) tener atribuciones relacionadas con licitaciones y contratos o tener una formación compatible o calificación probada por una certificación profesional emitida por una escuela gubernamental creada y mantenida por el poder público; y 3) no ser cónyuge o pareja de licitadores o contratistas habituales de la Administración ni tener parentesco, colateral o afinidad, hasta el tercer grado, ni vínculo de carácter técnico, comercial, económico, financiero, laboral o civil.

---

[818] NOHARA, I. P. *Nova lei de licitações e contratos...*, *ob. cit.,* RL-1.5.
[819] BITTENCOURT, S. "A designação de agentes públicos para o desempenho de funções no âmbito das licitações e contratos". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2021. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/02/10/a-designacao-de-agentes-publicos-para-o-desempenho-de-funcoes-no-ambito-das-licitacoes-e-contratos/.

La busca por la "funcionarización" y los requisitos de formación compatible o capacitación adecuada demuestran bien la preocupación por una mayor profesionalización del personal de las contrataciones, no más como un empleado cualquiera, pero sí como alguien con un perfil específico para la realización de esas funciones. Es criticable, todavía, la exigencia de capacitación en escuela gubernamental, pues, además de alejar indebidamente competentes entidades privadas, también puede ocasionar problemas de demanda, una vez que, debido a las limitaciones del número y oferta de esas escuelas públicas, muchos funcionarios, principalmente de los Municipios, pueden quedarse sin la capacitación necesaria.

Una medida de buena administración que ya era obligatoria de acuerdo con varias decisiones del TCU ahora está elevada a principio en la nueva ley: la segregación de funciones. Así, según el párrafo primero del art. 7º, la autoridad del órgano deberá siempre observar la correcta segregación de funciones en el sector de contratación, estando prohibido el nombramiento de un mismo agente público para el desempeño simultáneo en funciones más susceptibles a riesgos, con el fin de reducir la posibilidad de encubrimiento de errores y la ocurrencia de actos ilícitos en la contratación[820].

En la ley anterior, las contrataciones eran dirigidas por la denominada comisión de licitación, compuesta por el mínimo de tres

[820] DI PIETRO y MARRARA explican la importancia y las ventajas prácticas de la segregación de funciones: "*quanto mais as informações sobre a contratação e a gestão de recursos públicos ficarem contidas nas mãos de um agente isolado, mais facilmente poderão ser ocultados erros, fraudes, falhas e infrações, sobretudo de corrupção. Ao se envolver vários agentes num processo de contratação, automaticamente as informações serão compartilhadas e a efetividade do controle se elevará. Tendencialmente, quanto mais agentes públicos participarem das etapas da contratação, mais fácil será o controle de falhas e de violações do ordenamento, o que certamente contribuirá para a moralização das licitações, da gestão dos contratos e dos gastos públicos*" ("Estrutura Geral da Nova Lei...", *ob. cit.*, p. 44).

integrantes, siendo dos funcionarios. Ahora, se crea la figura del "agente de contratación", siendo utilizadas las comisiones solamente en la contratación de bienes o servicios especiales[821]. En el art. 8º, se define el agente de contratación como el conductor de la licitación, como la persona designada por la autoridad competente, entre funcionarios fijos o empleados públicos del personal fijo de la Administración Pública, para tomar decisiones, monitorear la licitación, impulsar el proceso de licitación y realizar las demás actividades necesarias para el buen desarrollo del procedimiento hasta la adjudicación y homologación. El agente de contratación podrá ser auxiliados por un equipo de apoyo, pero mantendrá su responsabilidad individual sobre la licitación.

Notase aquí una diferencia fundamental con relación a los agentes "normales" indicados para trabajar con las contrataciones. Mientras esos deberían ser, "preferentemente", funcionarios fijos o empleados públicos del personal fijos, en el caso del agente de contratación se exige obligatoriamente ser funcionario fijo o empleado público del personal fijo de la Administración. Tal regla intentar exactamente disminuir el uso de cargos políticos o temporales en la contratación, buscando una menor presión externa para los responsables de las contrataciones y más integridad para los procedimientos[822].

---

[821] Véase CRUZ, J. y ALVES, P. J. "Das comissões na Lei 14.133/21". *Inove*, 2021. Disponible en https://inovecapacitacao.com.br/das-comissoes-na-lei-no-14-133-21/.

[822] En las palabras de MILECH, "*essa área deve ser constituída por agentes públicos efetivos de capacidade técnica, com autonomia e independência, evitando-se que esse conhecimento técnico se perda a cada eleição e alternância de poder, tendo em vista que a nova gestão poderá exonerar ad nutum o agente público comissionado que não atenda aos seus interesses*" ("O agente de contratação como servidor efetivo:norma geral constitucional". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-jun-28/marcelo-milech-agente-contratacao-servidor-efetivo).

Por otro lado, es necesario señalar que el agente de contratación no es propiamente responsable por actividades de control del procedimiento de licitación, aunque que también deba celar por la integridad de ese procedimiento por el deber funcional general. Él puede ser mejor considerado como un "gestor de la licitación"[823], que tiene por responsabilidad que el procedimiento tenga un flujo célere y cumpla sus objetivos en la adjudicación del contrato.

Por fin, además de las ya estudiadas situaciones que pueden configurar conflictos de intereses, el art. 9º lista una serie de conductas vedadas a los agentes públicos que actúan en licitaciones y contratos públicos: 1) admitir, prever, incluir o tolerar situaciones que comprometan, restrinjan o frustren la naturaleza competitiva del proceso de licitación, establezcan preferencias o distinciones en función del lugar de nacimiento, sede o domicilio de los licitadores, o sean impertinentes o irrelevantes para el objeto específico del contrato; 2) establecer trato diferenciado de carácter comercial, legal, laboral, de seguridad social o de cualquier otra índole entre empresas brasileñas y extranjeras, incluso en lo que se refiere a moneda, método y lugar de pago; y 3) oponer resistencia injustificada a la marcha de los procesos y, indebidamente, retrasar o dejar de realizar un acto oficial, o realizarlo contra disposición expresa de la ley.

4.7. Pactos de integridad y programas de cumplimiento

En las últimas décadas, la idea de que la prevención de la corrupción es mucho más efectiva que su mera punición ha ganado

[823] Vid. FONSECA AMORIM, F. C. "Agentes de contratação: quem eles são?". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica, p. 99.

cada vez más espacio. Y entre las inúmeras medidas en ese sentido, han surgido iniciativas dirigidas a la construcción de documentos en y entre administraciones públicas y empresas privadas para el refuerzo de prácticas contra la corrupción, a través del compromiso de observancia de las normas legales y también de un comportamiento ético en sus acciones[824]. Los dos tipos de documentos de esa naturaleza que han ganado más relevancia en el ámbito de la contratación pública fueran los pactos de integridad y los programas de cumplimiento.

Los pactos de integridad son un proyecto realizado por Transparency International a partir de los años 90 como una medida de prevención de la corrupción en la contratación pública, con el objetivo de "*garantizar la relación calidad-precio y la alta calidad de los productos adquiridos o contratados por el sector público*"[825]. Esos pactos pueden ser definidos como una especie de contrato que trata de los derechos y obligaciones de las partes en un proceso concreto de contratación pública. Esas partes serán la entidad contratante, un monitor independiente (en el caso, la Transparency International) y las empresas licitadoras.

Según ARRIBAS REYES[826], la finalidad de los pactos de integridad es aumentar el nivel de transparencia, equilibrar las condiciones existentes entre los distintos actores y mejorar la eficacia de los

[824] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. "Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época,* núm. 7, 2017, p. 51.

[825] Sobre el diseño de los pactos de integridad, véase el documento de la Transparency Interncional España denominado *Los pactos de integridad: involucrar a la sociedad civil para obtener mejores resultados en una contratación pública*, disponible en http://integridad.org.es/wp-content/uploads/2017/06/Pactos-de-Integridad-Sector-Publico.pdf.

[826] ARRIBAS REYES, E. "Pactos de integridad". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 17, 2019, pp. 328-348.

procedimientos de contratación pública, atajando el problema de la corrupción en la contratación pública, tornándola más íntegra, eficaz y eficiente. Más que un instrumento jurídico, pueden ser considerados acuerdos de índole ética y social[827]

Los pactos de integridad tendrán los siguientes elementos básicos: 1) compromiso de la entidad contratante de que sus funcionarios no exigirán ni aceptarán sobornos, regalos o pagos de ningún tipo, siendo sancionados en caso de infracción; 2) declaración de todos los licitantes de que no han pagado ni pagarán sobornos para conseguir la contratación; 3) compromiso de todos los licitantes de que revelarán los pagos efectuados en la contratación; 4) expresa aceptación de cada licitante de que los compromisos y obligaciones continuarán siendo de aplicación para el licitante seleccionado hasta la ejecución completa del contrato; 5) conjunto de sanciones aplicables en caso de que el licitante cometa cualquier infracción de su declaración o compromisos; 6) un mecanismo para la resolución de conflictos entre las partes; y 7) la identificación de un monitor independiente externo.

El pacto de integridad trae beneficios mutuos a la Administración y las empresas firmantes. La primera puede reducir los costos y pérdidas consecuencias de la corrupción y ganan un control suplementar por parte del monitor externo[828]. Ya los operadores económicos también obtienen ventajas, como refuerzo de la igualdad de trato, mejora de la reputación, protección contra la extorsión, vía

[827] Vid. COLOMBO, G. y PATATURO, C. "Patti di integrità 2.0: dalla sperimentazione all'applicazione diffusa nei contratti pubblici". En BENACCHIO, G. A. y COZZIO, M. (Dir.). *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato*. Trento: Universitá degli Studi di Trento, 2019, p. 147.

[828] Vid. FERRARIS, V. y SCOMPARIN, L. "Gli appalti pubblici tra criminalità organizzata e corruzione", *ob. cit.*, pp. 37-38.

fiable para denuncias, entre otras[829]. Obviamente, podrán también ocurrir consecuencias negativas, como la exclusión de los licitadores que se nieguen a firmar el pacto o la sanción de aquellos que lo incumplan[830].

Por otro lado, se debe señalar algunas posibles dificultades que la realización de pactos de integridad puede encontrar dentro de las diversas legislaciones. MIRANZO DÍAZ[831] apunta, por ejemplo, eventuales limitaciones debido a la naturaleza "no normativa' de los pactos de integridad, la ausencia de potestad legislativa o sancionadora de los firmantes y posibles cuestiones relativas al respecto a la competencia y a la confidencialidad.

No obstante esos obstáculos, los pactos de integridad tienen el potencial de se tornaren una importante herramienta de integridad en la contratación, no sólo por la posibilidad de mejor control de los procedimientos y de la ejecución de los contratos, previniendo prácticas corruptas (internas y externas), pero también por su relevante función formativa y educativa para los participantes, estimulando las mejores prácticas en las compras públicas y un cambio de la cultura en las relaciones entre los órganos de contratación y los operadores económicos[832].

---

[829] Véase el documento de Transparency Internacional *Los pactos de integridad: ventajas para las empresas*, disponible en http://integridad.org.es/wp-content/uploads/2017/06/Pactos-de-Integridad-Empresas.pdf.

[830] Vid. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "Los conflictos de intereses y los pactos de integridad...", *ob. cit.*, p. 198.

[831] MIRANZO DÍAZ, J. "Los nuevos agentes de control en los procedimientos de compra pública: pactos de integridad y canales de denuncia". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.). *Observatorio de los contratos públicos 2018*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, pp. 333-336.

[832] Véase ARRIBAS REYES, E. "Los pactos de integridad como herramienta para la prevención de la corrupción y el fomento de la integridad, la eficacia, la eficiencia y la competitividad a través de la transparencia de los procesos de contratación pública a nivel local". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito*

Por su vez, los programas de cumplimiento (*compliance*) son otro tipo de medida vinculada a esa necesidad de reforzar la observancia de las normas jurídicas y también los preceptos éticos dentro de las organizaciones, sean públicas o privadas, con la finalidad de evitar la realización de actos de corrupción. Más que una imposición del ordenamiento jurídico, la naturaleza de esos programas reside en la idea de *autorregulación*, que ha ganado fuerza, según ESTEVE PARDO[833], debido a nuevas tendencias en la sociedad y en propio Estado en fijar y aceptar, respectivamente, nuevas referencias que no aquellas con orígenes en el ordenamiento jurídico. Son normas que, aunque tengan origen fuera del proceso legislativo tradicional, son aceptadas y producen efectos jurídicos.

Aunque que tal fenómeno pueda tener varias explicaciones, pero en intento de la prevención de prácticas ilícitas y a las consecuentes sanciones posee un papel importante aquí. BERNAL BLAY[834] señala que el incumplimiento de las normas ocasiona diferentes resultados, desde las sanciones jurídicas hasta pérdidas financieras o de reputación en el mercado. Exactamente para tentar evitar eses efectos adversos que la figura del *compliance* surge, como una postura activa de las entidades para evitar el incumplimiento de normas y sus inúmeros riesgos. El rasgo distinguible del *compliance* es que, al contrario de un mero

local. Claves para una contratación electrónica y transparente. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 260-261.

833 ESTEVE PARDO, J. *Autorregulación. Génesis y efectos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, p. 21.

834 BERNAL BLAY, M. A. "Los efectos de los programas de *Compliance* en la contratación pública". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Observatorio de contratos públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 412-413.

programa interno, él tendrá valor jurídico que será considerado por los poderes públicos.

En los últimos años, los programas de cumplimiento han ganado espacio y relevancia en diversos ámbitos del Derecho, como el penal, el financiero, el ambiental y también en el administrativo. En lo que él llama de la "*era de la autorregulación regulada*", GÓMEZ-JARA DÍEZ[835] señala que la colaboración de las empresas para la efectividad de las leyes se tornó decisiva, y la implementación de los programas de cumplimiento es "*inexorable*", tornándose así una herramienta casi indispensable en las relaciones entre los actores privados y las administraciones públicas.

Al contrario de los pactos de integridad, que tienen un carácter contractual y son vinculados a un objeto específico (un procedimiento de adjudicación y la posterior ejecución del contrato), los programas de cumplimiento son elaborados internamente por las entidades y tienen una aplicación general, válida en todas las relaciones que se produzcan futuramente. No se trata de una obligación transitoria, pero sí un estándar de conductas que tiene la pretensión de servir como un guía para los integrantes de aquella entidad.

De otra parte, como mencionado antes, los programas de cumplimiento pueden ser creados tanto por empresas privadas cuando por órganos públicos, dónde reciben más comúnmente la denominación de *programas de integridad*[836]. Si en el sector privado,

[835] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programs "anti-corrupción" como exigencias legales de contratación pública?". En PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. *La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades: los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, p. 1236.

[836] Véase SANTANA SUÁREZ, "La prevención de riesgos de corrupción por el Consello de Contas de Galicia...", *ob. cit.*, p. 2014.

el objetivo principal es minimizar los riesgos de sanciones, pérdidas financieras y problemas de reputación, en el sector público los programas de cumplimiento normalmente se presentan como un importante instrumento de prevención a la corrupción, pero esas diferencias no impiden que las finalidades generales sean prácticamente las mismas. Como apunta JIMÉNEZ ASENSIO, "*la idea-fuerza que emparenta a ambos modelos (compliance e integridad institucional) es construir sistemas preventivos sólidos que eviten el delito o las malas prácticas, pues en ambos casos se daña inevitable e irreparablemente la imagen o reputación institucional*"[837].

A pesar de esas similitudes, los programas de cumplimientos y los programas de integridad también tienen diferencias relevantes, principalmente en su implementación. En el ámbito privado, por ejemplo, hay normas técnicas de amplia utilización, como las normas ISO y UNE, por ejemplo, así como recomendaciones de organizaciones y herramientas sobre *compliance* dirigidas concretamente a las empresas privadas. Por su vez, los programas de integridad en el sector público también tienen documentos específicos, como los diversos manuales de la misma OCDE[838].

En el documento *Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento. Manual para Empresas*[839], elaborado en conjunto por la OCDE, la UNODC y el Banco Mundial, se presenta un camino para la implementación de un eficiente programa de cumplimiento contra la

---

[837] JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Cómo prevenir la corrupción. Integridad y transparencia*. Madrid: Catarata, 2017, pp. 64-65.

[838] Entre otros, el *Manual de la OCDE sobre Integridad Pública*, disponible en https://www.oecd.org/publications/manual-de-la-ocde-sobre-integridad-publica-8a2fac21-es.htm.

[839] Disponible en https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf.

corrupción. El primer paso es evaluar los riesgos involucrados en las actividades de la empresa. A partir de la identificación de esos riegos y su clasificación por probabilidad e impacto potencial, será moldado el programa de *compliance* que pueda minimizarlos.

Así, son presentadas algunas acciones que deben ser realizadas por las empresas: 1) compromiso de la alta gerencia en la prevención de la corrupción; 2) desarrollo de un programa de lucha contra la corrupción; 3) vigilancia del programa; 4) política clara de prohibición a la corrupción; 5) políticas detalladas para áreas de riesgos específicas; 6) aplicación del programa a los socios comerciales; 7) refuerzo del control interno; 8) comunicación amplia y capacitación de los funcionarios; 9) promoción del comportamiento ético; 10) detección y denuncia de violaciones; 11) adecuado manejo de las violaciones; 12) evaluación y revisión periódica del programa.

En el área específica de la contratación pública, los programas de cumplimiento también han ganado importancia. La justificativa es clara: debido a los altos valores económicos de los contratos públicos, así como los grandes riesgos de corrupción, los programas de cumplimiento como medida de prevención a actos ilícitos surgen como una herramienta a más de protección a la integridad en la contratación pública[840]. Para CERRILLO I MARTÍNEZ[841], tales programas llevan a los

[840] Según PELLICER GARCÍA, "*resulta necesario que nuestro sector público utilice la contratación pública, no sólo como eficaz instrumento de lucha contra la exclusión social, de generación de empleo de calidad, de impulso de la igualdad efectiva de hombres y mujeres y de preservación del medio ambiente, sino también de lucha contra la corrupción y las malas prácticas. Compliance es, sobre todo, una herramienta ética, jurídica y de integridad institucional al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines y valores fundamentales*" ("Herramientas y propuestas para luchar contra la corrupción en el Sector Público: Ética, transparencia y compliance". *Revista internacional de transparencia e integridad*, núm. 5, 2017, p. 8).

[841] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública..., ob. cit.,* p. 319.

órganos de contratación y a los operadores económicos a la adopción voluntaria de medidas que pretenden evitar irregularidades, conflictos de intereses y corrupción en las contrataciones. En la opinión de GÓMEZ-JARA DÍEZ[842], a futuro, las administraciones públicas deberían exigir que las empresas, para acceder a los contratos públicos, tuviesen un programa de cumplimiento.

La Directiva 2014/24/UE trata de los programas de cumplimiento empresarial como una forma de "*self-cleaning*" para operadores económicos que hayan sufrido puniciones anteriores[843]. Su considerando 102 enuncia que:

> Debe contemplarse la posibilidad de que los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltas que hayan cometido y a prevenir eficazmente que vuelvan a producirse conductas ilícitas. En concreto, podría tratarse de medidas que afecten al personal y la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización. Cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se debe dejar de excluir por estos motivos al operador económico de que se trate

Concretamente, en su art. 57.6, se permite que el operador económico involucrado en uno de los motivos de exclusión enumerados en los apartados 1 y 4 del mismo artículo (como la práctica de

[842] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público...", *ob. cit.,* p. 1251.

[843] Véase RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. "Compliance y self-cleaning en la contratación pública (Una aproximación europea). *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 95, 2016, pp. 13-51.

corrupción, por ejemplo) presente pruebas que: 1) ha tomado medidas suficientes para demonstrar su fiabilidad, siendo necesario comprobar el pago de eventual indemnización, o su compromiso, por los daños de infracción penal o falta; 2) ha aclarado los hechos y las circunstancias de manera exhaustiva, colaborando activamente con las autoridades investigadoras; y 3) ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

La DCP también establece que, con relación específicamente a las medidas adoptadas por los operadores económicos, estas deberán ser evaluadas llevando en consideración la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o falta. Si las pruebas y medidas tomadas fueren consideradas suficientes por el poder adjudicador, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

Así, explica BERNAY BLAY[844], la DCP obliga a los Estados miembros a prever una excepción a la exclusión automática en caso de una prohibición de contratar, otorgando un derecho a los operadores económicos de presentaren pruebas de las medidas adoptadas, que deberán ser analizadas por los poderes adjudicadores u otro órgano responsable. Esa excepción, además de fomentar el desarrollo de los programas de cumplimiento, también busca evitar la inviabilidad de empresas que fueran sancionadas y promueve la mayor competencia posible en las licitaciones, principalmente cuando estas envuelvan mercados restringidos y grandes empresas, pues permite que los

[844] BERNAL BLAY, M. A. "Los efectos de los programas de *Compliance* en la contratación pública", *ob. cit.*, pp. 416-417.

operadores económicos que estaban previamente excluidos también presenten sus ofertas[845].

4.7.1. España

La experiencia de pactos de integridad en España fue llevada a cabo en conjunto con la Transparency International por el Ayuntamiento de Madrid, la Generalitat Valenciana y la Junta de Castilla-La Mancha[846]. En Madrid, el primer pacto de integridad firmado en España, se trata del proceso de licitación del contrato de servicios de "Apoyo a la gestión de la Atención Telefónica y Presencial a través de los Canales de Atención al Ciudadano de Línea Madrid". En la Generalitat Valenciana, está relacionado con el seguimiento y supervisión de un contrato de obras de la Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, en concreto, la construcción de una escuela en la población de Aldaia. Ya la experiencia en la Junta de Castilla-La Mancha es con dos pactos diferentes: el monitoreo del procedimiento de contratación de las asistencias técnicas para la sustitución del centro de educación especial "cruz de mayo" de Hellín y el monitoreo del procedimiento de licitación, adjudicación y posterior ejecución del contrato de obras para la construcción de un gimnasio en el centro rural agrupado "Miguel Delibes" en Mariana.

En un extenso análisis de esos pactos, GUERRERO MANSO[847] concluye que, efectivamente, los pactos de integridad pueden

[845] En ese sentido, véase AYMERICH CANO, C. "Exclusión por corrupción y fraude en la contratación pública: diferencias y convergencia". *Revista Administración & Cidadanía EGAP*, vol. 15, núm. 1, 2020, pp. 265-284.

[846] Véase http://integridad.org.es/pactos-de-integridad/.

[847] GUERRERO MANSO, C. "La subscrición de pactos de integridad como mecanismo de lucha contra la corrupción en la contratación pública". En GIMENO FELIÚ. J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 260-262.

colaborar para la transparencia y la integridad en la contratación pública, así previniendo la corrupción. Todavía, la citada profesora apunta algunas posibilidades para mejor aplicación de los pactos de integridad, como su uso en la fase previa de la licitación, la delimitación adecuada de los compromisos entre las partes, un sistema más transparente de selección de monitores, un régimen más amplio de publicidad para los informes de los monitores, una información completa a los posibles licitadores sobre los pactos de integridad, entre otras observaciones.

Por su vez, los programas de cumplimiento empiezan a recibir positivación en el ordenamiento jurídico español a través de la reforma del Código Penal de 2010, con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la atenuación de esa responsabilidad cuando la empresa "*haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*". Posteriormente, en el 2015, se ha producido nueva reforma, con la expansión y desarrollo de la importancia de los programas de cumplimiento, con el objetivo de, según LÓPEZ DONAIRE, *"poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, identificando exactamente y clarificando lo que debe incorporar un correcto sistema de debido control o prevención de delito en la empresa"*[848].

La actual redacción del art. 31 bis.2 se prevé que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad mediante las siguientes condiciones: 1) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización

[848] LÓPEZ DONAIRE, M. B. "Los programas de Compliance y su reflejo en la contratación pública". *Gabilex*, núm. 6, 2016, pp. 133-158.

y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y 4) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano responsable. Caso esas condiciones se cumplan sólo parcialmente, tal circunstancia será valorada para atenuación de la pena.

De otra parte, el art. 31 bis.5 impone una serie de requisitos para la valoración de los programas de cumplimiento: 1) identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos; 2) protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y su correcta ejecución; 3) modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos; 4) obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del programa de cumplimiento; 5) sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el programa de cumplimiento; y 6) verificación periódica del programa y su eventual modificación en caso de infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada.

La Ley 9/2017, con la transposición de la DCP, también ha contemplado los programas de cumplimiento dentro de las normas relativas a la contratación pública. En consonancia con la legislación europea, el art. 72.5 permite que no se declare la prohibición de contratar, o se la revise en cualquier momento de su vigencia, cuando "*la persona incursa 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 la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas*".

Una diferencia relevante entre los textos de Directiva 2014/24/UE y de la Ley de Contratos española que apunta HUERGO LORA[849] es el requisito de haber aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva en colaboración activa con las autoridades investigadoras, que es exigido en la Directiva, pero no tiene presencia en la ley española. Así, parecería que la LCSP sólo demanda el pago relativo a las sanciones y la adopción de medidas de cumplimiento. Por otro lado, también no existe mención al desarrollo de un procedimiento administrativo contradictorio sobre la rehabilitación o no del operador económico.

Además, la LCSP excepciona la adopción de medidas de autocorrección como forma de eludir la prohibición de contratar, que son los casos derivados de condenas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o

[849] HUERGO LORA, A. "La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia". *Revista española de derecho administrativo,* núm. 182, 2017, pp. 223-259.

grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los 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 comercio.

Aunque la LCSP no enumere los requisitos para un adecuado programa de cumplimiento que sea considerado una "autocorrección", se puede creer que la utilización del anteriormente citado art. 31 bis.5 del Código Penal puede ser un buen balizador para los órganos de contratación que deben realizar esa evaluación. Para MEDINA ARNÁIZ[850], las medidas de cumplimiento en la contratación pública, aunque puedan levantar dudas sobre su necesidad o conveniencia, son coherentes con el estímulo normativo para la implementación de mecanismos de prevención a la corrupción y otras irregularidades, y con la adopción de programas de *compliance* que incrementen los controles internos de las organizaciones.

Por fin, con relación al uso de esas herramientas de autorregulación en España, es destacable la previsión del Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR). En su art. 6º, se exige que "*toda entidad, decisora o ejecutora, que participe en la ejecución de las medidas del PRTR deberá disponer de un «Plan de medidas antifraude» que le permita garantizar y declarar que, en su respectivo ámbito de actuación, los*

[850] MEDINA ARNÁIZ, T. "Las prohibiciones de contratar", *ob. cit.*, p. 798.

fondos correspondientes se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses".

Como apunta BERNAL BLAY[851], la necesidad de ese plan se justifica por la obligación de proteger los intereses de la Unión Europea, en consonancia con el Reglamento (UE) 241/2021 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia), tratándose, por lo tanto, de una acción singular, que se suma a los otros mecanismos de prevención de la corrupción en la legislación española. Por otro lado, aunque tengan la naturaleza de *compliance*, se difieren de los programas de integridad ordinarios de las entidades públicas, que tiene un alcance general, mientras aquellos sólo valen para la ejecución del PRTR. Todavía, tampoco pueden ser considerados pactos de integridad, pues no se vinculan a una contratación específica, pero sí a todas las eventuales contrataciones relativas al PRTR, lo que parece confirmar su naturaleza especial.

4.7.2. Brasil

La representación de la Transparency International en Brasil todavía no ha intentado implementar pactos de integridad en contrataciones públicas brasileñas. No queda claro si inexiste una disposición de las autoridades brasileñas en firmar compromisos de ese género o si la Transparency International encontró problemas de orden

[851] BERNAY BLAY, M. A. "La contratación de los "planes de medidas antifraude" para la gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia". *Observatorio de Contratación Pública*, 2021. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/la-contratacion-de-los-planes-de-medidas-antifraude-para-la-gestion-del-plan-de.

normativa que podrían perjudicar la conformidad o la eficiencia de los pactos de integridad en Brasil.

Si los pactos de integridad son desconocidos en la práctica en Brasil, lo mismo no se puede decir de los programas de cumplimiento, más conocidos allí como programas de integridad de forma indistinta, tanto para empresas como para instituciones públicas. Su introducción en la legislación brasileña ocurre con la Ley 12.846/2013, la llamada Ley Anticorrupción, que, en su art. 7º, VIII, establece que la existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoría y fomento de la denuncia de irregularidades y la aplicación efectiva de códigos de ética y conducta en el ámbito de la persona jurídica deben ser llevados en consideración en la aplicación de las sanciones previstas en la referida ley.

Esa posibilidad de la existencia de un programa de *compliance* como atenuante de sanciones es visto por CAVALIERI[852] como un estímulo para las empresas vengan a instituir programas de integridad en sus estructuras internas, se incentivando así la adopción de conductas empresariales éticas y comprometidas con el combate a la corrupción. Todavía, en un primer análisis, parece un poco contradictorio que la persona jurídica sea premiada con la atenuación de su pena debido a la existencia de un sistema de cumplimiento que, en teoría, no ha funcionado.

Esa impresión se desfaz con la edición del Decreto 8.420/2015[853], que viene para reglamentar la Ley Anticorrupción. En su art. 41, ese decreto define programa de integridad como el conjunto

[852] CAVALIERI, D. "O compliance como mecanismo de combate à corrupção". *Revista Fórum Administrativo*, núm. 227, 2020, pp. 18-22.

[853] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm.

de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoría e incentivo a la denuncia de irregularidades, y la aplicación efectiva de códigos de ética y conducta, políticas y directrices con el fin de detectar y subsanar desvíos, fraudes, irregularidades y actos ilícitos contra la administración pública, nacional o extranjera.

Asimismo, para efectos de aplicación del atenuante previsto en la Ley Anticorrupción, el decreto establece que la evaluación del programa de integridad de la empresa deberá observar los siguientes parámetros: 1) compromiso de la alta dirección de la persona jurídica; 2) estándares de conducta, código de ética, políticas y procedimientos de integridad, aplicables a todos los empleados y administradores; 3) estándares de conducta, código de ética y políticas de integridad extendidas, cuando sea necesario, a terceros; 4) capacitación periódica sobre el programa de integridad; 5) análisis de riesgo periódico para hacer los ajustes necesarios al programa de integridad; 6) registros contables que reflejen de manera completa y precisa las transacciones de la empresa; 7) controles internos que aseguren la pronta preparación y confiabilidad de los informes financieros corporativos; 8) procedimientos específicos para prevenir fraudes y actos ilícitos en el contexto de procesos de licitación, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier interacción con el sector público; 9) independencia, estructura y autoridad del órgano interno responsable por aplicar el programa de integridad y monitorear su cumplimiento; 10) canales de denuncia de irregularidades, abiertos y ampliamente difundidos a los empleados y terceros, y mecanismos diseñados para proteger a los denunciantes de buena fe; 11) medidas disciplinarias en caso de incumplimiento del programa de integridad; 12) procedimientos que aseguren la pronta interrupción de las irregularidades o infracciones detectadas y la reparación oportuna de los daños generados; 13) la debida diligencia en la contratación y, en su caso, supervisión de terceros; 14) verificación, durante los procesos

de fusiones, adquisiciones y reestructuraciones societarias, de la comisión de irregularidades o actos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas; 15) seguimiento continuo del programa de integridad con el objetivo de su mejora en la prevención, detección y combate de la ocurrencia de los actos de corrupción; y 16) transparencia de la persona jurídica con respecto a las donaciones a candidatos y partidos políticos.

Como se puede observar, los requisitos para los programas de integridad exigidos por el Decreto 8.420/2015 son bastante extensos, colocando un alto nivel que debe ser seguidos por las empresas y por responsables de la implementación de tales programas, y se tornando la estructura más detallada en la legislación brasileña, hasta el presente momento, sobre el tema, sirviendo, incluso, como referencia para las legislaciones de los Estados[854].

En el sector público también fueran creadas normas para la adopción de programas de integridad en las administraciones públicas. En el ámbito federal, por ejemplo, el Decreto 9.203/2017[855], en su art. 19, impone que los órganos y entidades de la administración directa, autárquica y fundacional, deben instituir programas de integridad, "con el objetivo de promover la adopción de medidas y acciones institucionales para la prevención, detección, sanción y subsanación de fraudes y actos de corrupción". Además, esos programas deben ser estructurados a partir de cuatro ejes: 1) compromiso y apoyo de la alta dirección; 2) existencia de unidad responsable de la implementación en el órgano o entidad; 3) análisis, evaluación y gestión de riesgos

[854] Vid. FERREIRA, T. J. "Fomento à integridade: o *compliance* como exigência nas contratações públicas". *Revista Direito em Debate*, núm. 52, 2019, pp. 267-283.

[855] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm.

asociados al tema de integridad; y 4) seguimiento continuo de los atributos del programa de integridad.

Específicamente en el área de la contratación pública, sucedió algo bastante raro para la realidad jurídica brasileña: las legislaciones de los Estados empezaron a crear previsiones relativas a los programas de cumplimiento antes que la legislación federal, la cual normalmente costumbra presentar las innovaciones jurídicas en la materia, que posteriormente, son inseridas en leyes de los Estados o, en su caso, simplemente aplicadas directamente. Así, Rio de Janeiro (Ley 7.753/2017), Rio Grande do Sul (Ley 15.228/2018), Amazonas (Ley 4.730/2018), Goiás (Ley 20.489/2019) y el Distrito Federal (6.112/2018)[856], crearon leyes con la exigencia de que las empresas que firmen contratos públicos a partir de un determinado valor y por un cierto período mínimo de vigencia, dispongan de programas de integridad[857].

Una crítica recurrente a esas leyes es que, por requerir la existencia de programa de integridad en el momento de la celebración del contrato, aunque no durante la fase licitación, existiría un beneficio en favor de las grandes empresas, una vez que las PYMEs tienen un menor grado de organización administrativa y menos recursos para costear esos programas. Esas leyes prevén valores relativamente bajos a partir de los cuales el programa de integridad es obligatorio[858],

[856] Vid. CARVALHO, V. A. "Programas de integridade em contratações públicas: boas intenções, resultados incertos". *Jota,* 2020. Disponible en https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/programas-de-integridade-em-contratacoes-publicas-boas-intencoes-resultados-incertos-17032020.

[857] Véase PIRONTI, R. y ZILIOTTO, M. "A exigência de programas de compliance nas relações contratuais com a administração pública: uma análise de constitucionalidade". En MOTTA, F. y GABARDO, E. (Coord.). *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Curitiba: Íthala, 2019, pp. 225-236.

[858] Vid. NEVES, C. y RIBEIRO NAVES, F. "Prevenção à corrupção como desafio constitucional: programa de integridade como condição de habilitação nas licitações". En COELHO, S., NEVES, C. y MOTTA, F. (Org.). *Direito e administração pública nos*

atingiendo una parte del mercado de la contratación donde concurren muchas PYMEs. Para PINHO[859], tal tipo de norma lleva a una menor competencia en las licitaciones, exactamente porque menos empresas disponen de los recursos y de los profesionales para montar un programa de integridad completo, llevando a menos postulantes para los contratos públicos.

Con la Ley 14.133/2021, finalmente la idea del *compliance* es regulado en la legislación general de contratación público, permitiendo una mayor diseminación de su aplicación. La nueva ley prevé la utilización y la valoración de los programas de integridad empresariales de cuatro maneras distintas: 1) obligación en contrataciones de gran envergadura; 2) criterio de desempate de las ofertas en la adjudicación; 3) factor atenuante en la imposición de sanciones; y 4) condición para la rehabilitación de empresas sancionadas.

El art. 25, § 4º, establece que, en la contratación de obras, servicios y suministros de gran envergadura, el pliego deberá prever la implementación obligatoria de un programa de integridad por parte del adjudicatario, dentro de 6 meses a partir de la celebración del contrato, siguiendo reglamento que dispondrá sobre las medidas a adoptar, las formas de comprobación y las sanciones por su incumplimiento. Esas contrataciones de gran envergadura son definidas por la propia ley como aquellas cuyo valor estimado supera R$ 200 millones (aproximadamente 32 millones de euros).

30 anos da constituição: experiências e desafios no direito administrativo brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 47-71.

[859] PINHO, C. A. "Contratação pública e *compliance*: uma proposta para a efetividade dos programas de integridade em contratações públicas". *Revista de Contratos Públicos*, núm. 13, 2018, pp. 90-91.

La obligatoriedad a partir de un valor tan elevado ha provocado elogios y críticas. Los elogios se refieren a los comentarios anteriormente mencionados sobre los problemas que la exigencia de programas de integridad para contratos de valor relativamente bajo podrían traer para las PYMEs y también para la competitividad de las licitaciones. De otra parte, las críticas son que el valor previsto es excesivamente alto, siendo aplicable sólo a pocos contratos, lo que perjudicaría el uso de los programas de integridad como mecanismo de prevención a la corrupción[860]. Quizá un valor intermediario pueda ser adoptado en una futura alteración legislativa.

Como visto, el reglamento sobre las exigencias de esos planes aún está pendiente de aprobación, pero debe seguir la extensa forma ya descrita del Decreto 8.420/2015. Una opción positiva de la ley, principalmente para favorecer la competencia y la amplia participación de las empresas, es que el plan de integridad no es una condición para la participación en la licitación, y si una exigencia que debe ser cumplida hasta seis meses después del contrato firmado, tiendo, por lo tanto, una naturaleza contractual que no inviabiliza cualquier empresa en la fase de adjudicación[861].

Un segundo uso del *compliance* en la nueva ley es como criterio de desempate. El art. 60 coloca "*el desarrollo por parte del licitante de un programa de integridad, según orientaciones de los órganos de control*" como el cuarto (y último) criterio de desempate en caso de ofertas igualadas. Aunque, en la práctica, difícilmente tal criterio será

[860] Véase MAGAMI JUNIOR, R. "A nova Lei de Licitações e os desafios dos programas de integridade". *Consultor Jurídicoi,* 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-jun-09/opiniao-lei-licitacoes-desafios-programas-integridade.

[861] Véase MOSIMANN, I. y PEIXOTO, B. "O *compliance* na nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-mai-21/opiniao-compliance-lei-licitacoes.

utilizado, la norma no deja de ser una demonstración de la preocupación del legislador brasileño en fomentar la adopción de programas de integridad por parte de las empresas.

Por su vez, la existencia de programas de integridad como atenuante en la aplicación de sanciones, como en la Ley Anticorrupción, tiene previsión en el art. 156, § 1º, V, que dice que debe ser considerada en la punición "la implementación o perfeccionamiento de programa de integridad, de acuerdo con las normas y orientaciones de los órganos de control". La idea aquí es proporcionar un tratamiento más blando aquellas empresas que se preocupen con la integridad de sus negocios, a través del uso del *compliance.* Es importante resaltar que la propia norma exige que, para servir de atenuante, tales programas sigan las directrices de los órganos de control, en una clara mensaje a los intentos de programas de integridad fraudulentos (*sham programs*).

Por fin, como una importante innovación en la legislación brasileña, la nueva ley también prevé el *compliance* en la llamada rehabilitación de licitantes y contratados. En caso de empresas penalizadas administrativamente, el art. 163 establece que ellas pueden plantear el fin de los efectos de las puniciones ante la propia autoridad que aplicó la sanción, siendo exigido, acumulativamente: 1) reparación integral de los daños causados a la Administración Pública; 2) pago de la multa; 3) transcurso del plazo mínimo de 1 año desde la aplicación de la sanción, en caso de impedimento para licitar y contratar, o de 3 años desde la aplicación de la sanción, en caso de declaración de falta de idoneidad; 4) cumplimiento de las condiciones de rehabilitación definidas en el acto punitivo; y 5) análisis jurídico previo, con posición concluyente sobre el cumplimiento de todos los requisitos.

Pero, en el caso de las sanciones debido a presentación de declaración o documentación falsa o de los actos lesivos previstos en la Ley Anticorrupción, la ley impone una exigencia más para la rehabilitación: la implementación o perfeccionamiento del programa de integridad por parte de la empresa responsable. Comentando el procedimiento de la rehabilitación, y el uso del *compliance* en particular, CORDEIRO[862] señala que el legislador quiso velar por el principio de buena fe, creyendo que la sanción previa, en conjunto con las medidas de integridad, pueden servir para evitar más ilícitos y, por tanto, se permite la rehabilitación y que más empresas compitan en las licitaciones. Por otro lado, es posible criticar la nueva ley por restringir la exigencia de medidas de *compliance* solamente para las puniciones más graves, cuando sería más aconsejable propagar el máximo posible los programas de integridad entre empresas con un histórico de malas conductas[863].

4.8. Canales de denuncias y *whistleblowing*

Una de las medidas siempre presentes en los programas de cumplimiento y en los programas de integridad es la previsión de determinados canales para que sean realizadas denuncias sobre eventuales actos ilícitos practicados dentro de la entidad. Tal opción no es baladí, pues, sólo con relación a los procedimientos de contratación pública, aproximadamente el 40% de los fraudes detectados provienen de denuncias realizadas por los propios empleados del órgano de

[862] CORDEIRO, A. "A importância dos programas de *compliance* na nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-jun-26/cordeiro-importancia-compliance-lei-licitacoes.

[863] Vid. TONIN, M. "Procedimento de reabilitação de licitantes e contratados na nova Lei de Licitações". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/procedimento-de-reabilitacao-de-licitantes-e-contratados-na-nova-lei-de-licitacoes-29012021.

contratación[864]. Así, queda claro que la disponibilidad de canales de denuncias efectivos y seguros[865] es una herramienta extremamente importante para la promoción de la integridad en cualquier organización, pública o privada.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ya en el 2003, establecía varias disposiciones para facilitar la realización de denuncias contra actos ilícitos. En su art. 8.4, se pleitea que los Estados Partes posibiliten medidas y sistemas para que los funcionarios públicos puedan realizar denuncias sobre corrupción. En el art. 13.2, se instituye que, en el caso de los órganos de lucha contra la corrupción, se debe facilitar el acceso al público para la denuncia, incluso anónima, sobre delitos de corrupción. El art. 33, por su vez, sugiere que los Estados Partes incorporen medidas de protección a los denunciantes de corrupción.

En efecto, son dos tipos de acciones que deben ser realizadas de forma concomitante por los gobiernos para cumplir adecuadamente los mandamientos de la Convención: primero, poner a la disposición canales de denuncias para que funcionarios o el público en general puedan realizar reportar actos de corrupción, y segundo, al mismo tiempo, ofrecer un tratamiento seguro a esos denunciantes, de manera que ellos no vengan a sufrir represalias futuras debido a sus denuncias. Según SIERRA RODRÍGUEZ, "*la esencia de estos sistemas está la filosofía de la prevención y de la protección del denunciante (whistleblower), mediante garantías como la confidencialidad y la prohibición de represalias ante el ejercicio de una actuación que debería ser considerada cívica. Por ello, los sistemas de whistleblowing*

[864] Véase MIRANZO DÍAZ, J. "Los nuevos agentes de control...", *ob. cit.*, p. 342.

[865] Vid. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, G. "Riesgos de corrupción en contratos públicos. Cómo prevenir malas prácticas". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 5, 2017, p. 5.

deben estar respaldados por una regulación y debe existir algún tipo de autoridad que vele por la protección de los denunciantes y la eficacia del sistema"[866]*.*

Todavía, esa protección no se refiere únicamente al sigilo o anonimato sobre la identidad del denunciante, pero también a una amplía protección y la busca por la propia efectividad de la denuncia, de forma a no desmotivar posibles alertadores[867]. Como apunta CERRILLO I MARTÍNEZ[868], son necesarias otras medidas: 1) el reconocimiento del estatus jurídico del denunciante; 2) la eventual creación de un órgano independiente para gestionar las denuncias, evitando la interferencia de relaciones; 3) un sistema para evitar y responder eventuales represalias sufridas por los denunciantes; 4) garantías de inmunidad contra sanciones penales y civiles relativas a las denuncias; 5) posibilidad de recibir indemnización por daños derivados de las denuncias realizadas; 6) uso de medios electrónicos para la tramitación de las denuncias; y 7) apoyo a entidades de la sociedad civil que canalicen las denuncias ante los órganos responsables.

El uso de esa importante herramienta de integridad tiene relevancia fundamental en la contratación pública, un área, como ya comentado, extremamente susceptible a actos de corrupción. La Unión Europea ha hecho referencia a la creación de canales de denuncias y

[866] SIERRA RODRÍGUEZ, J. "Impulso europeo al *whistleblowing* y las autoridades de integridad". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, pp. 65-66.

[867] PÉREZ MONGUIÓ relata los cuatro principales obstáculos para la realización de denuncias: dificultad de reunir pruebas suficientes, miedo de las represalias, creencia que el responsable no será castigado y desconocimiento sobre dónde realizar la denuncia ("Whistleblower y las dificultades para su implantación en España y Itália". En SÁNCHEZ DE DIEGO, M. y SIERRA RODRÍGUEZ, J. *Transparencia y participación para un gobierno abierto*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2020, p. 243.

[868] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública..., ob. cit.,* pp. 361-363.

protección de los denunciantes para ayudar a combatir la corrupción en la contratación pública, como en el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*[869] y en la Comunicación *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*[870].

Todavía, el verdadero impulso europeo a los canales de denuncias y a la protección a los denunciantes ocurre a través de la *Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre de 2019, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión*[871]. El su Considerando 1, la referida directiva ya explica la necesidad de promover una efectiva protección de los denunciantes:

> Las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por whistleblowers) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad. Sin

[869] *"Se podría plantear también el desarrollo de herramientas específicas, como un teléfono gratuito o sistemas de notificación del fraude basados en Internet, para animar a los participantes u otras personas a proporcionar información sobre las faltas o irregularidades que se detecten"* y *"promover normas claras sobre las obligaciones de información y la protección de las personas que denuncien los comportamientos ilícitos puede ser útil para la implantación de prácticas más eficientes"*.

[870] "*Permitir la notificación de corrupción mediante el establecimiento de mecanismos de notificación eficaces y la protección de los denunciantes contra represalias también puede contribuir a mejorar la transparencia de la contratación pública y ahorrar dinero público".*

[871] Disponible en https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf.

> embargo, los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes.

De esa forma, la directiva busca ofrecer los mecanismos y las normas mínimas comunes que deben ser respectadas en todos los Estados miembros, también como una forma de garantizar el cumplimiento del propio Derecho de la Unión, una vez que este es vulnerado por los actos ilícitos que se intenta combatir. El art. 2 lista una serie de temas dónde el cometimiento de infracciones demanda la aplicación de las normas de la directiva para la protección de los posibles denunciantes, siendo uno de esos temas exactamente la contratación pública. Esa inclusión está justificada en el texto del Considerando 2:

> La protección de los denunciantes es necesaria para mejorar la aplicación del Derecho de la Unión en materia de contratación pública. Es necesaria, no solamente para prevenir y detectar el fraude y la corrupción en la contratación pública en el contexto de la ejecución del presupuesto de la Unión, sino también para abordar la insuficiente ejecución de las normas en esta materia por los poderes adjudicadores nacionales y las entidades adjudicadoras en relación con la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios. Las infracciones de esas normas falsean la competencia, incrementan los costes para las empresas, vulneran los intereses de inversores y accionistas y, en general, hacen menos atractiva la inversión y sitúan en una posición de desigualdad a todas las empresas de la Unión, lo que repercute en el correcto funcionamiento del mercado interior.

Con relación a los denunciantes, el art. 4 prevé la aplicabilidad de las normas tanto para los trabajadores del sector público como para aquellos del sector privado, sin diferencias, que hayan obtenido información sobre infracciones dentro de su contexto laboral. Este

contexto, dentro de la sistemática de la directiva, es bastante amplío[872], buscando facilitar las denuncias y la protección de las personas involucradas, bastando, de una forma general, que tenga existido algún tipo de relación laboral por la cual el denunciante haya conocido los actos ilícitos[873].

Para tener derecho a la protección, los denunciantes deberán tener motivos razonables para creer en la veracidad de las informaciones sobre las infracciones y haber hecho la denuncia por los canales internos y externos previstos en la directiva o a través de una revelación pública. La directiva faculta a los Estados miembros exigir o no de las entidades y autoridades que acepten denuncias anónimas. El anonimato es una cuestión controvertida dentro de la sistemática de los canales de denuncias[874], una vez que encoraja a los denunciantes que tienen miedo de represalias o no confían en el sigilo de los canales disponibles, pero, por otro lado, también puede originar denuncias fraudulentas, con el objetivo de perjudicar a las personas falsamente imputadas[875].

---

[872] Vid. BENÍTEZ PALMA, E. "La propuesta de directiva europea de protección de los denunciantes: un avance importante con algunas matizaciones". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 9, 2019, p. 4.

[873] El art. 5.7) resume esa definición amplía de denunciante: "*una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales"*.

[874] El Tribunal Supremo, en su sentencia 35/2020 - ES:TS:2020:272, ha aceptado la realización de una denuncia anónima relativa a una fraude en una empresa, incluso citando la nueva directiva y la importancia de los canales de denuncia: "*Debe destacarse, en consecuencia, que la implantación de este canal de denuncias, forma parte integrante de las necesidades a las que antes hemos hecho referencia del programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien pretenda, o planee, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma*".

[875] Véase AMOEDO BARREIRO, D. "Elementos esenciales para un sistema de protección de denunciantes". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 4, 2017, p. 7.

La directiva privilegia la denuncia por canales internos de las entidades públicas y privadas, por los cuáles son realizadas la mayoría de las denuncias, siendo considerados como "más cómodos" para los denunciantes[876]. Esas entidades están obligadas a crear sus sistemas de denuncias internos, con excepción de las empresas privadas con menos de 50 empleados, pudiendo los Estados miembros dispensaren de esa obligatoriedad también a los municipios de menos de 10.000 habitantes y las entidades públicas con menos de 50 trabajadores[877]. Las entidades privadas que tengan entre 50 y 249 trabajadores podrán compartir recursos para la recepción de denuncias y su investigación. Por otro lado, los Estados miembros pueden, después de una evaluación de los riesgos (principalmente al medio ambiente y a la salud) y teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades, imponer que entidades privadas con menos de 50 trabajadores establezcan canales de denuncias.

El art. 11 determina que los Estados miembros también deberán establecer canales de denuncia externa, independientes y autónomos, que garanticen la exhaustividad, integridad y confidencialidad de la información, así como el almacenamiento duradero de información. Aunque la propia directiva "favorezca" los canales de denuncia internos, se debe permitir la denuncia a través de canales externos. Para SIERRA RODRÍGUEZ[878], muchas veces los canales externos son más efectivos, pues los denunciantes pueden se sentir más seguros con una mayor distancia de su entorno laboral y personal, y probablemente exista una actuación más imparcial y libre de cualquier

[876] Vid. el Considerando 33 de la directiva.

[877] Vid. SÁEZ HIDALGO, I. "Los canales internos de denuncia en el sector público". *Actualidad Administrativa*, núm. 7, 2021, versión electrónica.

[878] SIERRA RODRÍGUEZ, J. "Impulso europeo al *whistleblowing*...", *ob. cit.*, p. 69.

influencia por parte de aquellos que deben tramitar y decidir sobre las denuncias.

La directiva prevé un tercero camino para la realización de denuncias, que es la revelación pública. Todavía, para tener derecho a la protección establecida en la directiva, es necesaria la ocurrencia de una de esas condiciones: 1) denuncia anterior por canales internos o externos, sin la tomada de medidas en los plazos previstos en la directiva; 2) motivos razonables para pensar que la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, como una situación de emergencia o riesgo de daños irreversibles; o 3) en caso de denuncia externa, motivos razonables para creer en riesgo de represalias o pocas probabilidades de un tratamiento efectivo a la infracción debido a las circunstancias particulares del caso.

Uno de los puntos más destacables de la directiva está en el conjunto de protecciones para los denunciantes, como manera de garantizar la inexistencia de represalias de cualquier especie. Como señala RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, "*se pretende otorgar protección contra toda forma de represalia, en el sentido de cualquier acto u omisión que se produzca en el contexto laboral y cause un perjuicio a la persona*"[879]. Así, en el art. 19 es exigido que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para prohibir todas las formas de represalias contra los denunciantes, como despido, denegación de ascensos, cambio en las condiciones laborales, evaluaciones negativas, sanciones disciplinarias, discriminación, entre muchas otras.

[879] RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. "La protección de los informantes – whistleblowers – y las garantías de los investigados. Análisis de la propuesta de directiva de la Unión Europea y en España de la proposición de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes". *Revista de Estudios Europeos,* núm. extraordinario monográfico 1, 2019, p. 235.

Además de esas prohibiciones de represalias, la directiva prevé, en el art. 20, también medidas de apoyo que deben ser puestas a la disposición por parte de las autoridades competentes a los denunciantes, como información y asesoramiento gratuitos, asistencia efectiva contra represalias, asistencia jurídica en los procesos penales y civiles. Incluso se permite la prestación de asistencia financiera y medidas de apoyo, incluido apoyo psicológico, en el marco de un proceso judicial.

Por otro lado, la directiva también busca garantizar los derechos de las personas afectadas por las denuncias. El art. 21 declara que los Estados miembros precisan velar a fin de que las personas afectadas tengan pleno derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, incluido el derecho a ser oídos y el derecho a acceder a su expediente, así como la protección de su identidad durante el curso de cualquier investigación desencadenada por la denuncia. En caso de denuncias falsas, además de las eventuales sanciones al falso denunciante, los falsamente denunciados podrán tener derecho a indemnizaciones por daños y perjuicios, de acuerdo con el art. 23[880].

4.8.1. España

La Directiva 2019/1937/UE, en su art. 26, establece que el plazo de su transposición por parte de los Estados miembros es hasta el 17

[880] Según FERNÁNDEZ AJENJO, "*se puede decir que la Directiva (UE) 2019/1937 se rige por un conjunto de valores axiológicos tendentes a garantizar la aplicación del principio democrático de respeto al ordenamiento jurídico. Para ello, establece normas sustantivas y procedimentales que tienen como protagonista principal al denunciante, pero que no olvida, en un adecuado equilibrio de equidad, los derechos de los denunciados y las autoridades encargadas de recibir las denuncias*". ("Estatus axiológico de la Directiva de Protección del Denunciante". *Revista Administración & Cidadanía EGAP*, vol. 15, núm. 1, 2020, p. 260).

de diciembre de 2021, con excepción de la obligación de creación de canales de denuncia interna para las entidades jurídicas del sector privado que tengan de 50 a 249 trabajadores, que podrá tardar hasta el 17 de diciembre de 2023. Todavía, hasta la presente fecha, España no ha realizado esa transposición de las normas europeas para su ordenamiento jurídico nacional[881].

No obstante, las figuras de los canales de denuncias y del whistleblowing no es desconocida en la legislación española estatal. Un ejemplo de su previsión está en Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, que ha añadido el art. art. 26 bis en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Por esa norma, los sujetos obligados (descritos en el art. 2 de la ley) deberán establecer "*procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado*". También esos sujetos deberán adoptar las medidas para garantizar que los denunciantes de las infracciones cometidas en la entidad sean protegidos frente a represalias, discriminaciones y cualquier otro tipo de trato injusto.

Otra normativa con previsión en eso sentido, aunque menos elaborada, es la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que, a partir de su modificación por el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, dispone, en su art. 119, sobre la posibilidad de denuncias junto al Banco de España sobre el incumplimiento de las obligaciones en materia de supervisión prudencial de entidades de crédito previstas en

[881] https://www.newtral.es/ley-proteccion-denunciantes-corrupcion/20211101/.

la ley y su normativa de desarrollo. Las denuncias podrán ser realizadas por cualquier vía, pero deberán traer la identidad del comunicante. De su parte, el Banco de España está obligado a facilitar, en su página web, la información básica sobre el procedimiento de comunicación de infracciones, especialmente las medidas de protección de la identidad del comunicante.

Por otro lado, varias Comunidades Autónomas han desarrollado, dentro de sus competencias, medidas que abordan, directa o indirectamente, canales de denuncias y prescripciones sobre el tratamiento a los denunciantes[882]. En eso sentido, se puede citar Aragón (Ley 5/2017), Asturias (Ley del Principado de Asturias 8/2018), Castilla y León (Ley 2/2016), Islas Baleares (Ley 16/2016) y la Comunidad Valenciana (Leyes 11/2016, 22/2018 y 25/2018). Además, el Ayuntamiento de Barcelona ha creado el "Buzón Ético y de Buen Gobierno", para denuncias confidenciales o anónimas de "*conductas llevadas a cabo por la Administración municipal que resulten contrarias a derecho, a los principios o a las reglas éticas y de buen gobierno y administración determinados en el marco normativo vigente*", a través de un canal de denuncias electrónico[883]. Todos esos canales pueden ser utilizados también para denuncias relativas a ocurrencia de ilícitos en la contratación pública[884].

[882] Véase PÉREZ MONGUIÓ, J. M. "Whistleblower y las dificultades para su implantación...", *ob. cit.,* pp. 237-238.

[883] https://ajuntament.barcelona.cat/bustiaetica/es.

[884] En efecto, la OIReScon usa los datos fornecidos por algunas de esas agencias anticorrupción en sus informes anuales. Véase, por ejemplo, el *Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública 2021. Módulo IV: la prevención y lucha contra la corrupción en la contratación pública*, disponible en https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2021/ias2021-modulo4.pdf

La LCSP establece, en su art. 64.2, que "*aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación*", pero no hace referencia a ningún procedimiento específico para esas denuncias[885]. Así, en teoría, se debería seguir el procedimiento del art. 62 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que exige la identificación del denunciante y no dispone nada sobre el sigilo y medidas de protección para los denunciantes, lo que, evidentemente, puede desestimular la realización de denuncias.

Aunque la perspectiva de la transposición de la directiva sea positiva, no hay duda de que existen dificultades prácticas para esa tarea. Como apunta VILLORIA[886], se trata de una norma que afecta a miles de organizaciones y a millones de personas insertas en esas entidades públicas y privadas, exigiendo un cambio organizativo y cognitivo bastante profundo, lo que inevitablemente llevará a reglamentos, órdenes, decisiones administrativas, sentencias judiciales, las revisiones en función de consecuencias imprevistas y efectos indeseados, etc. De toda forma, es un camino que, mismo con grandes retos[887], precisa ser tomado para combatirse la impunidad en casos de corrupción.

[885] Véase CAMPOS ACUÑA, C. "Compliance en la LCSP. Una visión de los canales de denuncia para prevenir la corrupción en la contratación". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 159, 2019, pp. 30-35.

[886] VILLORIA, M. "Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación". *Revista Española de la Transparencia*, núm. 12, 2021, pp. 15-24.

[887] Vid. TORRENT I SANTAMARIA, J. M. y PÉREZ GIL, L. "Análisis de la Directiva Europea de whistleblowing y principales retos de la nueva regulación. El caso de España". *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 85, 2020, pp. 79-114.

4.8.2. Brasil

Hasta recientemente en Brasil, la figura del *whistleblower*, como la persona que alerta sobre actos ilícitos a partir de sus relaciones laborales en una entidad pública o privada, no era separada de otros tipos de denunciantes, como los delatores participantes de organizaciones criminosas y los testigos judiciales[888], perjudicando un tratamiento más adecuado a ese tipo especial de denunciantes. Todavía, a partir de la Ley Anticorrupción del 2013 y de la diseminación de los programas de cumplimiento en entidades públicas y privadas, el estudio y la preocupación con una gestión particular para los *whistleblowers* ha surgido[889].

En el comúnmente denominado "Paquete Anticrimen", traído por la Ley 13.964/2019, hubo cambios en la Ley 13.608/2018[890], que trataba originalmente sólo del servicio telefónico para recibir denuncias criminales y sobre recompensas por información que auxiliase las investigaciones policiales. Así, fueran añadidas algunas disposiciones sobre la creación de canales de denuncias y medidas de protección de los denunciantes, pero todavía sin el tratamiento específico del concepto de *whistleblower*. Aunque las nuevas normas conduzcan a una concreta evolución en el ordenamiento jurídico brasileño sobre o asunto, todavía quedan muchos perfeccionamientos para que se venga

[888] Vid. CÔRTES, P. "A Quem Você é Leal? Motivações para o whistleblowing". *Revista da CGU*, vol. 13, núm. 23, 2021, p. 143.

[889] Véase PASSOS DE FREITAS, V. "O whistleblower (informante do bem) na ordem jurídica brasileira". *Consultor Jurídico*, 2019. Disponible en https://www.conjur.com.br/2019-nov-03/whistleblower-informante-bem-ordem-juridica-brasileira.

[890] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm.

a asegurar una ampliación efectiva de las denuncias y un amparo adecuado a los denunciantes[891].

El art. 4º-A de la Ley 13.608/2018 determina que la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios y sus autarquías y fundaciones, empresas públicas y sociedades de capital mixto mantendrán oidorías o defensores del pueblo para asegurar a cualquier persona el derecho a denunciar información sobre delitos contra la administración pública, ilícitos administrativos y cualesquiera acciones u omisiones lesivas al interés público, entre los cuáles se encuentran aquellos practicados en las contrataciones públicas. NAWA[892] apunta que la ley es extremamente amplía, no limitando quiénes son los denunciantes y posibilitando la denuncia sobre prácticamente cualquier tema, lo que se puede considerar positivo, pero que puede causar problemas prácticos en los procedimientos y también en los costos para atender las demandas de naturalezas tan diversas.

Siendo considerado razonable el relato por la autoridad responsable, será iniciado el procedimiento de apuración, garantizándose al denunciante la protección integral contra retaliaciones e inmunidad civil y criminal por su denuncia, a menos que esta tenga sido presentada con informaciones o pruebas que él sabía ser falsas. La ley no permite la realización de denuncias anónimas, pero reconoce al denunciante el sigilo de su identidad, que solo se revelará en caso de interés público relevante o interés concreto para la investigación de los hechos, y sólo se realizará con una previa

[891] Véase SOUZA, L. I y LEAL, P. "Whistleblower no Brasil: a importância de olharglobal na busca de melhores práticas". *Consultor Jurídico,* 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/inacio-leal-whistleblower-brasil.

[892] NAWA, R. "Uma breve introdução aos programas de reportantes do Brasil". En CARNEIRO, C. y AYRES DELLOSO, A. (Coord.). *Compliance aplicado ao Direito*. ComplianceLab, 2021, edición electrónica.

comunicación al informante y con su consentimiento formal para esa divulgación.

Asimismo, la ley asegura protección contra acciones u omisiones practicadas en represalia por el ejercicio del derecho de denuncia, tales como despido arbitrario, cambio injustificado de funciones o deberes, imposición de sanciones, retiro de beneficios, directos o indirectos, o la negativa de proporcionar referencias profesionales positivas, siendo también aplicables las medidas de protección previstas en la Ley 9.807/1999, que, por su vez, trata de la protección de víctimas de crímenes y de testigos amenazados. En caso de la práctica de represalias contra denunciantes, el agente público responsable por esos actos podrá ser sancionado por conducta disciplinaria grave e incluso ser despedido.

La ley garantiza al denunciante que sufrió represalias indemnización en doble por cualquier daño material sufrido, además de una posible indemnización por daño moral a ser arbitrada. Por otro lado, en una disposición polémica, cuando la información puesta a disposición dé como resultado la recuperación de valores relativos al delito contra la administración pública, se podrá fijar una recompensa a favor del denunciante de hasta el 5% del monto recuperado. Aunque existan importantes dilemas éticos en esa "recompensa", es cierto que, como bien señala PAIVA[893], en un país como Brasil significa un importante incentivo para los denunciantes en vista de los riesgos involucrados.

[893] PAIVA, A. "Whistleblower no Brasil: o informante do bem". *Jota*, 2020. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/whistleblower-no-brasil-o-informante-do-bem-20042020.

4.9. Recursos

La posibilidad de recurrir, en el ámbito administrativo o judicial, contra la decisión de una autoridad administrativa es, quizá, la forma más directa de control sobre los actos de la Administración Pública, pues es la posibilidad de defensa de los ciudadanos e interesados contra posibles arbitrios y ofensas al ordenamiento jurídico y a la legalidad, además de, consecuentemente, configurarse también en una valiosa medida de prevención de la corrupción, pues posibilita que otras autoridades vengan a revisar las decisiones anteriores realizadas en el seno de la Administración Pública, y que eventualmente podrían ter sido tomadas debido a intereses ilícitos.

La posibilidad de recurrir a la propia Administración contra la decisión de uno de sus agentes é omnipresente en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos. Para CERRILLO I MARTÍNEZ[894], los recursos administrativos ostentan una finalidad doble: son un mecanismo de autocontrol de la Administración Pública, para la reconsideración de la decisión sin la intervención de tribunales, y también son un instrumento de garantía de los derechos de los particulares frente a la actuación administrativa. Así, en su conformación clásica, el ciudadano o interesado que se sienta perjudicado por un acto administrativa puede presentar su inconformidad ante la misma Administración, para que esa reevalúe la decisión anterior y la modifique.

Ese sistema, aunque detenga una lógica plausible, en la práctica presenta numerosos problemas. Así los apunta SANTAMARÍA PASTOR, analizando los recursos administrativos en España:

[894] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública..., ob. cit.,* pp. 408-409.

> Tales medios han gozado de una eficacia prácticamente simbólica, por no decir nula: salvo en escasísimas ocasiones, la interposición del recurso no paraliza la ejecución del acto administrativo que se impugna, lo que permite a la Administración emprender y consumar, en ocasiones, la ejecución de lo ordenado por él. Y, además, es rigurosamente excepcional que el procedimiento de recurso finalice con una resolución favorable al recurrente: las que llegan a dictarse son, en un altísimo porcentaje, de sentido desestimatorio, y son también abundantes los recursos que no llegan siquiera a resolverse, quedando desestimados por silencio administrativo y limitándose la Administración a remitir el expediente al juez o tribunal contencioso para que enjuicie el acto original[895].

Obviamente, un sistema de recursos que no sirve para efectivamente revisar decisiones no cumple con su tarea de proteger la legalidad y la integridad. Además de no tutelar la adecuada aplicación de las normas jurídicas, infringiendo el principio de la legalidad, ese sistema defectuoso vulnera también el principio de la buena administración, pues compromete la eficacia y la eficiencia de aquellas normas, lo que afecta directamente la gestión de la contratación pública[896].

Aún más grave es el descrédito que tal situación causa en la confianza de los ciudadanos en las instituciones, pues no ve una real oportunidad de defensa de sus derechos a través de un recurso meramente formal. Esa fue, incluso, una de las justificativas de la Unión Europea para la Directiva 2007/66/CE[897], que ha modificado las

[895] SANTAMARÍA PASTOR, J. A. "El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales". *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 32, 2015, pp. 43-44.

[896] GIMENO FELIÚ, J. M. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia..., ob. cit*, pp. 196-197.

[897] Considerando 36: "*La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos*

Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, que tratan de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras y de los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, respectivamente.

Las nuevas exigencias de la Directiva 2007/66/CE, que busca "*la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos*", así como la necesidad de dar cumplimiento a las determinaciones del TJUE en la sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, asunto C-444/06, de 3 abril de abril de 2008[898], llevaran España a la promulgación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que modificó el sistema de recursos en contratación, incluyendo, entre otras disposiciones, una sensible mejora en el recurso especial en materia de contratación pública, previo a la interposición del contencioso-administrativo, a ser conocido y decidido por "un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias", creándose, así, los tribunales administrativos de recursos en materia de contratación pública[899].

Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, la presente Directiva pretende garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a una audiencia imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo, de la Carta".

[898] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. "Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?". En FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.), *La contratación pública a debate: presente y futuro.* Cizur Menor: Civitas, 2014, p. 29.

[899] Véase HERNANDO RYDINGS, M. "El reglamento de procedimientos de revisión en materia contractual como intento de depuración formal de este tipo de procedimientos". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Observatorio de los contratos públicos 2013.* Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 333-334.

Dentro de esa nueva sistemática, las personas físicas o jurídicas con derechos o intereses legítimos perjudicados, o que puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso, pueden, dentro de ciertos supuestos, acceder a un órgano independiente para buscar la revisión de las decisiones administrativas en materia de contratos públicos, sin sufrir los anteriormente expuestos problemas de los recursos administrativos ordinarios.

Por otro lado, en una comparación específica con el uso directo de recursos a los tribunales judiciales, la experiencia de los tribunales administrativos también ha sido mucho positiva en España, como señala RAZQUIN LIZARRAGA[900], basando su análisis en diversos factores, como la especialización de los tribunales administrativos, su independencia, la agilidad del procedimiento, la celeridad en la resolución de los recursos, la tasa de éxito del recurso y la calidad y fiabilidad de las resoluciones.

Así, de una forma general, la introducción de esos tribunales administrativos fue valorada como un caso de éxito. En las palabras de GIMENO FELIÚ, "*la creación y puesta en funcionamiento de estos órganos de recursos contractuales ha supuesto un notable avance en la necesidad de un efectivo control que, además de garantizar el derecho a la tutela, permita una gestión más eficiente de los fondos públicos y posibilite la eficacia del derecho a una buena administración*"[901].

[900] RAZQUIN LIZARRAGA, M. "El recurso especial en materia de contratación en la nueva Ley de contratos del sector público". *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018, pp. 149-190.

[901] GIMENO FELIÚ, J. M. "La experiencia del funcionamiento del recurso administrativo especial y de los tribunales administrativos de contratación pública en España". *Justiça Administrativa*, núm. 115, 2016, p. 12.

4.9.1. España

Como mencionado, la Ley 34/2010, de 5 agosto, ha introducido la nueva sistemática para el recurso administrativo especial y los tribunales administrativos de contratación pública, modificando la LCSP de 2007. Posteriormente, con la aprobación del TRLCSP, hubo algunas alteraciones puntuales, como explica CANDELA TALAVERO[902]. Todas esas disposiciones fueran objeto del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, el reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Con la nueva LCSP de 2017, hubo la ampliación del objeto del recurso especial en materia de contratación, con la inclusión de nuevos subjetos legitimados, la previsión de más actos y decisiones susceptibles de recurso, la rebaja de los umbrales económicos para recurrir, entre otras novedades[903]. Para HERNÁEZ SALGUERO[904], se debe aplaudir el legislador español con relación a esa ampliación del ámbito del recurso especial, tanto desde la óptica de la tutela administrativa de los derechos de los sujetos implicados en la licitación, pero también a la mayor seguridad jurídica sobre la posibilidad de recurrirse de ciertos actos.

---

[902] CANDELA TALAVERO, J. E. *El recurso especial en materia de contratación: instrumento de protección al licitador y mecanismo de vigilancia a la Administración en la contratación pública*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2019, pp. 84-85.

[903] Véase GALLO SALLENT, J. A. "El recurso especial en materia de contratación". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 759-784.

[904] HERNÁEZ SALGUERO, E. "El éxito del recurso especial y los retos y problemas que lleva consigo". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pp. 138-146.

SANTIAGO FERNÁNDEZ[905] enumera algunas de las principales características del recurso especial previsto en la LCSP. Trátase de un recurso administrativo de peculiar carácter revisor, cuya decisión del tribunal se limita a declarar la legalidad o no del acto. Tiene carácter potestativo, pues su interposición no es obligatoria para posteriormente se acceder a la vía contenciosa. Es gratuito, no siendo permitido el cobro de tasas para su interposición. Posee carácter de exclusividad, o sea, en los casos en que cabe el recurso especial no se permite la interposición de otro recurso administrativo, sólo recursos contenciosos.

El art. 44 de la LCSP lista los tipos de contratos, de las Administraciones Públicas o de entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores, cuyos actos y decisiones, enumerados en el mismo artículo, que pueden ser objeto de recurso especial[906]. Son: 1) contratos de obras con valor estimado superior a 3 millones de euros, y de suministro y servicios, con valor estimado superior a 100 mil euros; 2) acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición para la celebración de aquellos tipos de contratos, así como sus contratos basados; 3) concesiones de obras o de servicios con valor estimado superior a 3 millones de euros; 4) los contratos administrativos

[905] SANTIAGO FERNÁNDEZ, M. J. "Recurso especial en materia de contratación". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES. I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 839-847.

[906] La existencia de umbrales económicos para el recurso especial siempre ha sido muy criticada desde la legislación anterior. Aunque en la LCSP de 2017 se han rebajado tales umbrales, la cuestión de fondo, la diferencia de tutela en razón del importe del contrato, continua. Para DÍAZ BRAVO, "*la nueva normativa de contratos públicos de España se ha quedado corta en su modificación, la existencia de las cuantías como elemento de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva en materia de recursos en contratación pública, por intermedio de la herramienta procesal adecuada como es el recurso especial, constituye un óbice para la tutela de los derechos de aquellos que participan en procedimientos de contratos inferiores a las cuantías de acceso, donde el legislador ha fundado únicamente la distinción de tutela jurídica por medio de un criterio económico, que no encuentra soporte racional dentro del marco del derecho europeo*" (*El recurso en materia de contratación pública en el derecho europeo y su aplicación en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 214).

especiales, cuando no sea posible fijar su precio de licitación o cuando tenga valor estimado superior a 100 mil euros; 5) los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada; y 6) los encargos, cuando no sea posible fijar su importe, o cuando este importe, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a 100 mil euros.

Dentro de esos contratos y sus previas licitaciones, son recurribles: 1) los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales de las condiciones que regirán la contratación; 2) los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos; 3) los acuerdos de adjudicación; 4) las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la LCSP, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación; 5) la formalización de encargos a medios propios que no cumplan los requisitos legales; y 6) los acuerdos de rescate de concesiones.

No reuniendo los requisitos previstos en la LCSP para el uso del recurso especial, los actos pueden ser impugnados, además de la vía contenciosa, por los recursos administrativos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el recurso de alzada y el recurso potestativo de reposición. El recurso de alzada, previsto en el art. 121 de la referida ley, es utilizado para impugnar las resoluciones y actos que no ponen fin a la vía administrativa, ante el órgano superior jerárquico del que los dictó. Por su vez, el recurso potestativo de alzada, descrito en el art. 123, será usado para los actos que pongan fin a la vía administrativa, ante el mismo órgano que los dictó.

Criticando esos recursos administrativos en comparación con el recurso especial, GRACIA ROMERO afirma que:

> Ante los datos que el Informe sobre la Justicia Administrativa nos suministra año tras año cabe preguntarse si los recursos administrativos clásicos tienen alguna eficacia, y concretamente si puede dejarse al recurso de reposición la tutela de los candidatos y licitadores en los ámbitos en que no llega el recurso especial —precisamente contratos que cuentan con menos controles formales y licitan poderes adjudicadores con poca capacidad de gestión—. La respuesta valorando estos datos en frío debería ser negativa, y llamaría a la extensión del recurso especial a todos los contratos del sector público o, en caso contrario, a una revisión de los recursos administrativos clásicos[907].

El art. 48 de la LCSP establece aquellos legitimados para la interposición del recurso especial, que son las personas físicas o jurídicas "*cuyos derechos o intereses legítimos[908], individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*". La ley también otorga expresamente legitimidad para las organizaciones sindicales en actuaciones o decisiones recurribles que pueden, en el proceso de ejecución del contrato, llevar el empresario a incumplir las obligaciones sociales o laborales de los trabajadores que realizan la

[907] GRACIA ROMERO, L. "Las fisuras del sistema especial de protección de los candidatos y licitadores en la nueva ley de contratos del sector público". *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 46, 2018, p. 85.

[908] Sobre la definición de "interés legítimo", ORTIZ ESPEJO afirma que se debe entender como "*un interés en sentido propio, cualificado o específico, y que comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo, un beneficio o evitación de un efecto negativo y/o perjuicio, actual o futuro, pero cierto, y presupone, por tanto que la resolución administrativa pueda repercutir directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento*" ("La legitimación activa en la interposición del recurso especial en materia de contratación". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 171, versión electrónica).

prestación, no siendo admisible, por lo tanto, que las entidades sindicales recurran en la defensa genérica de intereses colectivos de los trabajadores sin invocar el perjuicio concreto[909]. De otra parte, se extiende la legitimación a la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

Como regla general, el plazo para la interposición del recurso especial es de 15 días hábiles, contados de acuerdo con las disposiciones del art. 50[910], debiendo ser presentado por escrito, constando el acto recurrido, el motivo del recurso, los medios de prueba que se pretende utilizar, además del documento que acredite la representación del compareciente, del documento o documentos que acrediten la legitimación del actor en caso de transmisión por herencia o por cualquier otro título, de la copia o traslado del acto expreso que se recurra o de indicación del expediente en que haya recaído o del boletín oficial o perfil de contratante en que se haya publicado, del documento o documentos en que funde el derecho, y de una dirección de correo electrónico habilitada a la que enviar las comunicaciones y notificaciones. En consonancia con el art. 53, la interposición del recurso suspenderá la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos de un sistema dinámico de adquisición[911].

[909] Vid. SANTIAGO FERNÁNDEZ, M. J. "Procedimiento del recurso especial en materia de contratación". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 669.

[910] Para un análisis de esas disposiciones, véase RÍOS MARÍN, E. "Novedades en el recurso especial en materia de contratación pública en la ley de contractos del sector público". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, 2018, pp. 225-228.

[911] Vid. SARMIENTO ACOSTA, M. "El control sobre los contratos públicos en la Ley 9/2017: el recurso especial y la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación". *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 101, 2018, p. 45.

Después de la realización de todos los trámites y de recepción de las alegaciones de los interesados, el órgano tendrá 5 días hábiles para resolver el recurso, estimando en todo o en parte o desestimando la pretensión formulada, o declarando su inadmisión. Todas las cuestiones planteadas en el recurso deben ser decididas de forma motivada. En su resolución, el órgano competente podrá, a solicitud del interesado, imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios en virtud de la infracción. Por otro lado, en caso de temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, el órgano competente podrá imponer una multa entre 1.000 y 30.000 euros al responsable, siendo la cuantía determinada en función de la mala fe y de los eventuales perjuicios al órgano de contratación y a los otros licitadores. Tal medida, apunta FERNÁNDEZ ACEVEDO[912], procura impedir posibles abusos en la interposición del recurso especial, frenando técnicas dilatorias o perjudiciales para los procedimientos de adjudicación.

El órgano competente para la resolución del recurso especial son los ya comentados tribunales administrativos en materia de contratación. El art. 45 de la LCSP trata del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, responsable por los recursos especiales en el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, siendo compuesto por un presidente y un mínimo de cinco vocales, que pueden ter su número incrementado dependiendo del volumen de los asuntos sometidos a su conocimiento.

La ley define el TACRC como un "*órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus*

[912] FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. "El recurso especial en materia de contratación: procedimiento: procedimiento y resolución. El nuevo reparto jurisdiccional". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, p. 154.

competencias". Como señala SANTIAGO FERNÁNDEZ[913], los tribunales administrativos de recursos contractuales pueden ser considerados como de naturaleza "cuasijurisdiccional", pues, a pesar de su posición dentro de la organización de la Administración, los eventuales procedimientos contencioso-administrativos contra sus resoluciones no lo tendrán como parte demandada. Además, esos tribunales pueden ser considerados como una especie de "Juzgado de primera instancia", cuyas decisiones pueden ser recurridas ante el Tribunal Superior, en los términos del art. 60.

Uno de los rasgos más importantes de los tribunales de recursos contractuales es su independencia funcional. Para PARDO GARCÍA-VALDECASAS[914], la independencia exige tres requisitos: independencia respecto de otros órganos integrados en su misma estructura, respecto del poder político y respecto de las partes en el proceso. Según el citado autor, esa independencia es fundamental porque, sin ella, "*el recurso se convierte en un mero trámite de confirmación del acto que se impugna y lejos de constituir una garantía para la objetividad del procedimiento se convierte en un obstáculo a su culminación*".

Tratándose de un órgano especializado, la LCSP exige que los miembros del tribunal tengan los conocimientos necesarios para el ejercicio de sus funciones. Así, el presidente será un funcionario de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso tenga requisito necesario el título de licenciado o grado en derecho, y haya desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a 15 años, preferentemente

[913] SANTIAGO FERNÁNDEZ, M. J. "Recurso especial en materia de contratación", *ob. cit.*, pp. 855-861.

[914] PARDO-GARCÍA VALDECASAS, J. J. "El recurso especial en materia de contratación. Órganos encargados de su resolución". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 614-620.

en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública. Por su vez, los vocales del tribunal serán funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado, con desempeño de actividad profesional por tiempo superior a 10 años, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

Esa designación será realizada por el Gobierno a propuesta conjunta del Ministro de Hacienda y Función Pública y del Ministro de Justicia. Es garantida la independencia y la inamovilidad de los miembros del tribunal durante el período de sus funciones, que es de 6 años, no siendo permitidas prórrogas. Los designados sólo podrán ser removidos de sus puestos en una de las siguientes situaciones: 1) expiración del mandato; 2) renuncia aceptada por el Gobierno; 3) pérdida de la nacionalidad española; 4) incumplimiento grave de sus obligaciones; 5) condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito; y 6) incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.

Esa inamovilidad de sus miembros, que no pueden ser cesados por una decisión discrecional, y la delimitación temporal de sus puestos, son, entre otros[915], elementos fundamentales para la independencia funcional del tribunal, pues así se intenta distanciar sus miembros de posibles influencias políticas. Es esa independencia que permite que los tribunales administrativos de recursos puedan, en la práctica, funcionar como un verdadero sistema de control de la

[915] Vid. SARMIENTO ACOSTA, M. "El control sobre los contratos públicos...", *ob. cit.*, pp. 48-49.

contratación pública en España, posibilitando más eficacia, eficiencia e integridad[916].

Además del TACRC, el art. 46 de la LCSP establece que las Comunidades Autonómicas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla podrán crear sus propios órganos independientes para la resolución de recursos, exigiéndose la preservación de las garantías de independencia e inamovilidad, y que al menos el presidente del órgano tenga cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias de su competencia. No obstante, tanto las Comunidades Autonómicas y las Ciudades Autónomas pueden celebrar convenio con la Administración General del Estado para atribuir competencia para la resolución de sus recursos al TACRC.

Por fin, en el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia de resolución de los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando estas tengan competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación, o, si no existir previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia será del mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en que se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito. Como excepción, los Ayuntamientos de los municipios de gran población (art. 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril) y las Diputaciones Provinciales pueden crear sus órganos especializados con competencia para resolver sus recursos, debiendo su constitución, funcionamiento y demás requisitos seguir la

[916] Véase PERNAS GARCÍA, J. "Las previsiones de la Directiva 2014/24 referidas a la fase de adjudicación del contrato público: entre incremento de la discrecionalidad y de los riesgos de discriminación y opacidad y la adopción de medidas destinadas a prevenir y corregir la corrupción". En RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GESTA LEAL, R. (Dir.). *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, p. 172.

legislación autonómica sobre el tema o, en su defecto, las disposiciones del art. 45 de la LCSP[917]

4.9.2. Brasil

Al contrario del recurso especial previsto en la legislación española, en Brasil los recursos contra actos o decisiones en las licitaciones y contratos no son resueltos por un órgano independiente, pero sí siempre por el propio órgano que ha practicado el acto o la decisión contestada. Además, hay menos hipótesis de actos recurribles, lo que termina por vulnerar demasiadamente los derechos de los licitantes, y también lleva a la necesidad de ellos acudir a otros ámbitos para la defensa de sus intereses, como procedimientos judiciales o denuncias a los órganos de control externo, como los Tribunales de Cuentas.

El contenido de los anuncios de licitación, por ejemplo, no es susceptible de recurso. El art. 164 de la ley brasileña prevé, en su lugar, la posibilidad de una impugnación del pliego de licitación, o de un pedido de esclarecimientos sobre sus términos, presentada por cualquier persona, sin la necesidad de comprobación de interés específico. Esa legitimidad amplia se justifica por funcionar como una especie de control social de la licitación, basado en el derecho constitucional de petición, estando el órgano de contratación obligado a se manifestar sobre la legalidad del pliego impugnado[918].

---

[917] Vid. TERRÓN SANTOS, D. "Las particularidades del recurso especial en contratación y su relación con la transparencia". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 163, 2019, versión electrónica.

[918] Véase SENDTKO FERREIRA, O. "Recursos e encerramento da licitação". En NIEBUHR (Coord.), *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, p. 164.

La impugnación o el pedido de esclarecimientos debe ser presentado hasta 3 días hábiles antes de la sesión pública de licitación. Ya el plazo de respuesta del órgano de contratación es de 3 días hábiles, limitado al último día hábil antes de la fecha de apertura de la sesión pública, debiendo ser divulgada en sitio web oficial. Como señala AMORIM[919], la ley no indica la autoridad competente para la apreciación de la impugnación, debiendo tal regla ser definida en los reglamentos internos de los órganos. En la práctica, la decisión suele ser del propio agente o comisión responsable por la licitación, evidenciando un claro problema de control sobre la legalidad de los términos de los anuncios de licitación, y que puede afectar la integridad del procedimiento.

El art. 165 prevé dos tipos de formas de inconformismo de los interesados ante los actos y decisiones en las licitaciones: los recursos propiamente dichos y los pedidos de reconsideración. Los actos del órgano de contratación que posibilitan la interposición del recurso, en el plazo de 3 días hábiles de la notificación o del acta, son los siguientes: 1) acto que otorga o rechaza la solicitud de precalificación del interesado o de inscripción en un registro catastral, su alteración o cancelación; 2) juicio de las ofertas; 3) acto de calificación o descalificación del licitador; 4) anulación o revocación de la licitación; y 5) extinción del contrato, cuando se determine por acto unilateral escrito de la Administración.

Por su vez, los pedidos de reconsideración, que también precisan ser presentados en 3 días hábiles desde la fecha de la notificación, tienen carácter residual, estando disponible para todos los actos para los cuáles no sea permitida la interposición de recurso. Tanto el recurso como el pedido de reconsideración tienen efecto suspensivo hasta la

[919] AMORIM, V. "Modalidades e rito procedimental da licitação", *ob. cit.*, p. 92.

decisión de la autoridad competente[920], que es el superior jerárquico, en el caso del recurso, y la propia autoridad que ha practicado el acto objetado, en el caso del pedido de reconsideración.

Cuando sea el caso de un acto relativo al juicio de las ofertas o a la calificación o descalificación del licitador, la intención de recurso deberá ser manifestada de inmediato por el interesado, bajo pena de preclusión, y el plazo de 3 días hábiles para la presentación de las alegaciones de recurso comenzará a partir de la fecha de notificación o del acta calificación o descalificación del licitador, o, en caso de adopción de la inversión de fase del acta de juicio. O sea, la interposición del recurso, en los dos casos mencionados, está dividida en dos momentos: 1º la manifestación del licitador que desea recurrir, que debe ser hecha inmediatamente; y 2º la interposición efectiva del recurso, dentro del plazo señalado, con la presentación de los motivos de una eventual reforma del recurrido[921].

El recurso se dirigirá a la autoridad que practicó el acto o dictó la decisión apelada, la cual puede reconsiderar el acto o decisión dentro de 3 días hábiles. Caso mantenga su decisión anterior, el recurso será remitido, con los motivos de ese mantenimiento, a la autoridad jerárquicamente superior, la cual decidirá en un plazo máximo de 10

---

[920] En la opinión de OLIVEIRA, "*tal medida deve ser aplaudida, pois a tramitação da licitação com a pendência de uma decisão recursal tenderia a levar a autoridade que aprecia o inconformismo a manter a decisão atacada para não ter de refazer todo o procedimento. Por isso, é de bom tom que as marcações recursais representem, dentro dos parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 5º da Lei nº 14.133/2021), uma efetiva resolução das pendências procedimentais*" ("A fase recursal na nova Lei de Licitações: uma análise comparativa com as Leis n° 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011" (*Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2021. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/07/23/a-fase-recursal-na-nova-lei-de-licitacoes-uma-analise-comparativa-com-as-leis-n-8-666-93-10-520-2002-e-12-462-2011/).

[921] Véase OLIVEIRA, R. "*Nova lei de licitações e contratos administrativos...*", *ob. cit.*, p. 393.

días hábiles, contados a partir de la recepción del proceso. La procedencia del recurso implicará la nulidad únicamente de los actos que no puedan ser aprovechados sin ilegalidad[922].

En comparación con el sistema de recursos español (y europeo, en general), el sistema brasileño puede ser considerado como "primitivo", pues no garantiza una adecuada protección de los derechos de los licitantes y de la legalidad de los actos practicados por la Administración. La lista de actos recurribles es demasiada corta, siendo la contrariedad con los otros actos normalmente decidida por el propio agente público que ha practicado el acto contestado. Por fin, en las situaciones pasibles de recurso, este es decidido dentro del propio órgano de contratación, por una inmediatamente autoridad superior, pero que no tiene la necesaria imparcialidad que los principios de buena administración verdaderamente exigen.

4.10. Control y supervisión

Los recursos dentro de los procedimientos de contratación son una de las herramientas fundamentales para un adecuado control de esos procedimientos, pero obviamente no son la única manera de intentar garantizar su integridad y, consecuentemente, una gestión eficiente de los fondos públicos y la eficacia del derecho a una buena administración[923]. El control, por medios internos y externos, de los actos administrativos es una de las faces más importantes dentro de cualquier Estado democrático, pues es la forma que disponen las instituciones y los ciudadanos de manera general de controlar el

[922] Vid. JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações...*, *ob. cit.*, RL-1.43.

[923] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. "El nuevo paquete legislativo comunitario...", *ob. cit.*, p. 201.

ejercicio del poder estatal[924], buscándose preservar la legalidad de esas acciones y su conformidad con los objetivos sociales y la realización de las políticas públicas.

Como recuerda IVANEGA[925], es control es una función típica del Estado, no puede ser pensado ajena a él, pues "*se forma desde y para la organización estatal*", configurándose en un medio para que el propio Estado cumpla con sus finalidades precipuas. La sociedad espera que la Administración gestione de forma adecuada sus recursos e intereses, pero, para eso, es necesaria la fijación de determinados parámetros para la evaluación de la actividad estatal y su conformidad con las diversas leyes promulgadas por los representantes elegidos por esa misma sociedad. Así, la actividad de control se basa exactamente en la verificación del respecto a esos parámetros previos de legalidad en las diferentes actividades realizadas por la Administración.

Todavía, el control de las actividades de la Administración constituye un fenómeno amplio y complejo[926], que invariablemente implica la participación de diferentes órganos, de varios ámbitos, y también de diversos actores, que miran para la legalidad de los actos administrativos de una manera específica. Usualmente, entre otras posibilidades, se puede clasificar los tipos de control a que se sujeta la Administración en: 1) interno, realizado en el ámbito de los órganos de la propia Administración Pública; y 2) externo, ejercido por esferas ajenas a la Administración, como el Poder Legislativo (directamente o

[924] Vid. OCHSENIUS ROBINSON, I. "La transparencia como control y beneficio de una contratación pública presente". *Revista Española de la Transparencia*, núm. 4, 2017, p. 111.

[925] IVANEGA, M. "Concepto, clasificación y contenido del control público". *Revista de Administración Pública,* núm. 348, 2007, p. 361.

[926] Véase SPASIANO, M. "L'attività di controllo nell' ordinamento giuridico italiano". *Revista de Administración Pública*, núm. 476, 2018, pp. 47-51.

por órganos vinculados a él), el Poder Judicial (por sus decisiones a nivel jurisdiccional) o la propia sociedad (a través del denominado control social)[927].

No obstante, según CERRILO I MARTÍNEZ[928], la existencia de esa diversidad de formas de control con diferentes finalidades, alcance, parámetros y consecuencias, es necesario también garantizar la coordinación y complementariedad entre ellas. De esa forma, el control de la actividad administrativa precisa ser entendido como un mecanismo uniforme de garantía de la integridad pública, que funciona con un mismo objetivo general de luchar contra la corrupción, y no como diferentes dispositivos aislados, que no se comunican entre ellos y no actúan en conjunto.

Como ya mencionado, el ámbito de la contratación pública es particularmente vulnerable, por su importancia económica y política, a actos de corrupción. Así, la importancia de un control efectivo en todas las fases de la contratación es fundamental para proteger la integridad de los contratos públicos. Esa preocupación fue externada por la OCDE en su documento *Principles for Integrity in Public Procurement*[929], que dedica tres principios al control en la contratación pública.

El principio 8 requiere una clara cadena de responsabilidades y mecanismos de controles efectivos, los cuáles deben ser

[927] Vid. FARACO, B., NIWA, T. y VICENTIN, I. "Controle na Administração Pública". En GONÇALVES, A., PISA, B. y AUGUSTINHO, S. (Org.). *Gestão e governança pública: aspectos essenciais*. Curitiba: UTFPR, 2016, p. 212.

[928] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad de la contratación pública". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público.* Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 1619.

[929] Disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-principles-for-integrity-in-public-procurement_9789264056527-en.

proporcionales a los riesgos, con los controles internos y externos siendo complementarios y coordenados, para evitar las anteriormente relatadas omisiones o superposiciones entre los controles. Ya el principio 9 busca el tratamiento justo de las quejas de los licitadores, a través de órganos independientes, posibilitando que las empresas puedan recurrir de las decisiones de los órganos de contratación. Por fin, el principio 10 busca el refuerzo de las organizaciones de la sociedad, de los medios de comunicación y del público en general para fiscalizar los procedimientos de contratación, realizando el llamado controle social directo.

Obviamente, un adecuado control de la contratación pública, sea por medios internos o externos, exige recursos para su implementación y manutención, así como la introducción de una serie de nuevos mecanismos de control es frecuentemente criticada por, en teoría, aumentar la burocracia de los procedimientos[930]. Todavía, como bien apunta GIMENO FELIÚ[931], las medidas de prevención a la corrupción no pueden dejadas de lado debido a eso tipo de argumento, pues significaría aceptar los problemas de control como "un mal necesario" que preserva la eficacia administrativa. Según el autor, los controles preventivos necesitan ser contextualizados no como un gasto, pero si como una inversión económica, una vez que permite una efectiva concurrencia, y también social, por su valor democrático y de credibilidad para las instituciones.

[930] Una crítica sobre el posible exceso de controles administrativos puede ser encontrada, por ejemplo, en DELSIGNORE, M. y RAMAJOLI, M. "La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1, 2019, pp. 61-77.

[931] GIMENO FELIÚ, J. M. "Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 9, 2019, p. 11.

En la contratación pública, los riesgos de corrupción existen en todas las fases del procedimiento[932], desde su preparación hasta la ejecución de las prestaciones del contrato. FERRARIS[933] señala que el procedimiento de contratación puede ser descrito como un flujo, en lo cual existen aspectos sensibles en cada momento. Así, en la preparación, los riesgos residen en la descripción incorrecta de las especificaciones técnicas, en la exigencia de criterios de solvencia demasiado selectivos o la división de un mismo objeto en diversas contrataciones, caracterizando fraccionamiento indebido. Durante el procedimiento, son riesgos citados la elección de criterios de adjudicación no objetivos o la ponderación inapropiada de los criterios. Ya en la ejecución del contrato, la fase menos controlada de la contratación, los principales riesgos serían la ejecución de las prestaciones con cualidad inferior a la exigida en los pliegos, el retraso injustificado en la ejecución del objeto y las modificaciones contractuales fraudulentas.

Una vez identificados los riesgos, la actividad de control debe crear un sistema de alertas vinculado a esos riesgos de corrupción, los comúnmente denominados *red flags*, que no significan necesariamente la existencia real de una irregularidad o ilicitud, pero sí una situación que escapa de la normalidad observada en la mayoría de las contrataciones, que puede tener una justificación en el caso concreto, mereciendo un análisis más detallado de los órganos de control[934]. Son

[932] Véase CAMPOS ACUÑA, C. "Compliance en la contratación pública: mapa de riesgos corrupción y claves para su gestión". *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, pp. 101-118.

[933] FERRARIS, V. "La vulnerabilità degli appalti pubblici". En SCOMPARIN, L. (Org.). *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*. Torino: G. Giappichelli, pp. 65-82.

[934] Vid. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública..., ob. cit.,* pp. 344-345.

ejemplos, entre muchos otros[935], de esas *red flags* en las diversas fases de la contratación: especificaciones técnicas de baja cualidad, publicidad limitada, plazos cortos para la presentación de las ofertas, exclusión de licitadores por detalles, no aclaración de dudas de licitadores, criterios de adjudicación poco claros, desistencia de licitadores cualificados, retrasos injustificados en la selección de la mejor oferta, ofertas con similitudes, ausencia de instrucciones escritas a los contratistas, ausencia de registro formal de las evaluaciones contractuales, modificaciones y prórrogas no debidamente explicadas en el proceso[936].

Obviamente, la correcta identificación de los riesgos en las contrataciones públicas y el uso de mecanismos como las *red flags* son sólo una de las herramientas disponibles para un control efectivo sobre los contratos públicos. La integridad y la eficiencia de la contratación depende, como refuerza MARTÍNEZ FERNÁNDEZ[937], dependen de la implementación de controles internos y externos independientes, que abarquen todas las fases de la contratación, supervisando en cumplimiento efectivo de la legislación y corrigiendo las eventuales irregularidades, con las pertinentes responsabilidades, de forma a crear la percepción general que una práctica ilícita será posiblemente descubierta y sancionada.

---

[935] Por ejemplo, en el estudio *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU,* preparado por PwC y Ecorys para la Comisión Europea, son presentados 27 *red flags* que deberían ser observados en el control de la contratación pública. Disponible en https://ec.europa.eu/anti-fraud/system/files/2021-07/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf.

[936] Véase FORTINI, C. y MOTTA, F. "Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional". *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 64, 2016, pp. 93-113.

[937] MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. *Contratación pública y transparencia..., ob. cit.,* pp. 410-411.

4.10.1. España

La extensión del concepto de control no es pacífica en la doctrina jurídica, pues, muchas veces, se busca diferenciar control de otros conceptos como vigilancia o supervisión. Siguiendo la explicación de CANALS AMETLLER, el control puede ser entendido como un "supra concepto", que engloba el control inmediato (la inspección) y la supervisión, que sería una mirada más remota o superior sobre las actividades controladas, normalmente con conexiones entre diferentes actores e instituciones. Así, algunos agentes son responsables por la recogida y sistematización de la información, otros realizan la regulación u ordenación, otros comprueban las conductas efectivas y otros aún son competentes para las sanciones. Así, de acuerdo con la mencionada autora:

> En definitiva, estos son los caracteres del sistema de control y de supervisión de la contratación pública cuyo diseño parece culminar la LCSP para cumplir con los principios de eficacia, eficiencia, integridad y transparencia, un sistema y entramado de órganos administrativos y funciones públicas que, por otra parte, parece reproducirse, salvando algunas diferencias de cultura político-administrativa, en otros países, más cercanos o más lejanos, como ha sido descrito recientemente por la doctrina, resaltando la importancia que tiene en el plano internacional el control de la contratación pública[938].

La Directiva 2014/24/UE establece un sistema de gobernanza y supervisión al cual los Estados miembros están obligados. De esa forma, según el art. 83.2, "*los Estados miembros velarán por que la aplicación de las normas de contratación pública sea supervisada*". En caso de incumplimientos específicos o problemas sistémicos, las

[938] CANALS AMETLLER, D. "El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública". *Revista Galega de Administración Pública*, vol. 1, núm. 55, 2018, pp. 103-139.

autoridades o estructuras de supervisión podrán señalar esas cuestiones a autoridades de auditoría, órganos jurisdiccionales u otras autoridades, organismos o estructuras nacionales adecuadas, como el defensor del pueblo, los Parlamentos nacionales o las comisiones parlamentarias[939].

En un refuerzo del control social, la DCP exige que, además a la Comisión, los resultados de las actividades de supervisión de la contratación pública precisan ser puestos a disposición del público por los medios de información adecuados. Igualmente, a cada tres años, los Estados miembros deberán remitir a la Comisión un informe de supervisión con información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta o de inseguridad jurídica, como los posibles problemas estructurales o recurrentes en la aplicación de las normas, el nivel de participación de las PYME en la contratación pública y sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación pública.

El Preámbulo de la LCSP es expreso al definir que el Libro IV de la ley "*establece un ambicioso esquema de tres órganos colegiados a nivel estatal con el doble objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de gobernanza que establecen las Directivas Comunitarias y de combatir las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública*". Estos tres órganos, que serán analizados a seguir, son la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, el Comité de Cooperación en materia de contratación pública y la Oficina de Supervisión de la Contratación.

[939] Véase MORENO MOLINA, J. A. "Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública". *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017, p. 352.

El art. 328 de la LCSP define la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado como el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal, de estructura colegiada, abierto a la participación del sector privado, siendo responsable por: 1) promover la adopción de las normas o medidas de carácter general que considere procedentes para la mejora del sistema de contratación en sus aspectos administrativos, técnicos y económicos; 2) aprobar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación; 3) informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración y, con carácter preceptivo, sobre todas las disposiciones normativas de rango legal y reglamentario en materia de contratación pública de competencia estatal; y 4) coordinar el cumplimiento de las obligaciones de información que imponen las directivas de contratación pública, además de remitir el anteriormente mencionado informe trianual a la Comisión Europea.

Por su vez, el art. 330 establece que, sin perjuicio de la JCCE, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla pueden crear sus órganos consultivos en materia de contratación con competencia en su ámbito territorial, en relación con la contratación de las entidades que integren el sector público autonómico, y, conforme normas reguladoras, de sus Entidades Locales. Como recuerda RODRÍGUEZ PÉREZ[940], las juntas consultivas autonómicas actualmente existentes ya realizan funciones consultivas y de asesoramiento sobre pliegos y disposiciones de carácter general en contratación pública, también emitiendo recomendaciones sobre la materia.

Dentro de la JCCE se crea el *Comité de cooperación en materia de contratación pública* para asumir, en ejercicio de sus competencias,

[940] RODRÍGUEZ PÉREZ, P. "Organización administrativa de la contratación pública...", *ob. cit.*, p. 1032.

compromisos específicos en áreas de acción común de las distintas Administraciones Públicas. Esa cooperación tendrá por objeto: 1) la coordinación de los criterios de interpretación seguidos por las Administraciones Públicas en relación con las normas de la contratación pública[941]; 2) elaboración de la propuesta de Estrategia Nacional de Contratación Pública; 3) proposición de los criterios de selección de actuaciones de supervisión de la contratación, y su metodología básica común; 4) supervisión del funcionamiento de la Plataforma de Contratación del Sector Público y del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público; 5) análisis de las cuestiones relativas a la contratación pública que resulten de interés común; 6) recopilación de informaciones relativas a contratación pública relativas poderes adjudicadores estatales, autonómicos y locales, y ponerla a disposición de la JCCE; y 7) coordinación del impulso de la contratación electrónica en el ámbito del sector público y de la promoción del cumplimiento de los mandatos y objetivos de las directivas comunitarias de la materia.

Ya el art. 332 de la LCSP ha creado la precedentemente citada Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OReISCon) con el objetivo de velar por la correcta aplicación de la legislación y promover la concurrencia y combatir las ilegalidades en relación con la contratación pública, actuando con plena independencia orgánica y funcional. GIMENO FELIÚ y MORENO MOLINA[942] señalan la

[941] Según CANALS AMETLLER, la creación del Comité se justifica debido al hecho de la normativa de contratación pública ser bastante compleja, causando dificultades para los poderes adjudicadores y para los operadores económicos ("El sistema administrativo de control interno...", *ob. cit.*, p. 426). Así, con la constitución de órganos específicos que realicen la interpretación normativa, asistencia y recomendación, como en el caso de las juntas consultivas, también es necesario pensar en la coordinación entre las diferentes interpretaciones propuestas por esos órganos.

[942] GIMENO FELIÚ, J. M. y MORENO MOLINA, J. A. "La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación...", *ob. cit.*

creación de la OReISCon pretende responder a las exigencias de la Comisión Europea, que había advertido España sobre la ausencia de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública, con la posibilidad de generación de oportunidades para la práctica de irregularidades[943].

De acuerdo con la LCSP, a efectos puramente organizativos y presupuestarios, la OReISCon está adscrita al Ministerio de Hacienda y Función Pública. Todavía, BETANCOR[944] explica que esa adscripción supone una relación organizativa no afecta la independencia subjetiva de los titulares del órgano, pero si una vinculación organizativa derivada del hecho que la OReISCon no posee personalidad jurídica propia. Para el autor, cuando la OReISCon pase a disfrutar de esa personalidad jurídica, podría ser considerada como una autoridad administrativa independiente.

La OReISCon é compuesta por un presidente y cuatro vocales, los cuales están prohibidos de solicitar ni aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada. Sus miembros titulares deben ser funcionarios de carrera, con, al menos, con 10 años de experiencia profesional en materias relacionadas con la contratación pública. Serán designados por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y Función Pública, por un periodo improrrogable de seis años, con excepción de una primera renovación parcial a los 3 años del nombramiento, cuando se determinará, por sorteo los dos vocales que deben cesar.

---

[943] Decisión (UE) 2017/984 del Consejo, de 8 de agosto de 2016, disponible en https://www.boe.es/doue/2017/148/L00038-00041.pdf.

[944] BETANCOR, A. "Oficina independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público.* Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 691-692.

Los miembros de la OReISCon son independientes e inamovibles durante el periodo de su mandato, siendo posible su salida sólo en los siguientes casos: 1) expiración del mandato; 2) renuncia aceptada por el Gobierno; 3) pérdida de la nacionalidad española; 4) incumplimiento grave de sus obligaciones; 5) condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertado o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito; 6) incapacidad sobrevenida para el ejercicio de la función[945].

El art. 332.6 instituye las siguientes funciones para la OReISCon: 1) coordinar la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público; 2) velar por la correcta aplicación de la legislación de la contratación pública a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos; 3) velar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos del sector público y, de modo especial, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación; 4) promover la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas; y 5) verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación. GIMENO FELIÚ[946] explica que, entre las competencias de

[945] Para SANTIAGO FERNÁNDEZ, la inamovilidad de los miembros de la OReISCon es la clave de su independencia, así como ocurre con los miembros del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ("La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación y la estrategia y la estrategia nacional de contratación". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 159, 2019, p. 169).

[946] GIMENO FELIÚ, J. M. "Integridad y transparencia en la contratación pública. De las ideas a la acción". En VILLORIA (Coord.). *Ética pública en el siglo XXI*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2021, p. 50.

la OReISCon no están la posibilidad de promover anulaciones o sanciones.

De otra parte, BETANCOR[947] reconoce dos fines esenciales de la OReISCon: primero, velar por el cumplimiento de la legalidad, combatiendo su incumplimiento, y segundo, promover la concurrencia. Esa función de lucha contra la corrupción en la contratación pública es relacionada con la propia promoción de la competencia, pues en un mercado con más operadores económicos, se tornan más difícil las prácticas ilícitas, pues las propias empresas velan por la igualdad de trato para aumentaren sus chances en la adjudicación.

Para la consecución de las funciones de la OReISCon, esta tiene las siguientes potestades: 1) aprobar, a propuesta del Comité de Cooperación en materia de contratación pública, la Estrategia Nacional de Contratación Pública vinculante para el sector público; 2) realizar encuestas e investigaciones, teniendo acceso a los órganos y servicios de contratación, que deberán facilitar datos, documentos o antecedentes o cualquier información, salvo aquellas de carácter secreto o reservado; 3) remitir informes, a la vista del resultado de las encuestas e investigaciones y a través del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a las Cortes Generales o a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; 4) aprobar instrucciones fijando pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, así como elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación; 5) elaborar estudios relativos a las funciones atribuidas.

[947] BETANCOR, A. "Oficina independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación", *ob. cit.*, p. 694.

La OReISCon también deberá elaborar un informe de supervisión que remitirá a la JCCE, que se integrará en el informe nacional remitido a la Comisión Europea a cada tres años. Tal informe tratará de las licitaciones y ejecución de los contratos sujetos a regulación armonizada, trayendo: 1) relación de los principales incumplimientos detectados por los órganos, instituciones y poderes con competencia supervisora o jurisdiccional en materia de contratación pública; 2) información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta de la legislación de contratación pública o de inseguridad jurídica; y 3) información sobre la prevención, detección y notificación de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación, así como sobre los problemas de colusión detectados.

Además, la LCSP establece algunos puntos de coordinación entre las actividades de la OReISCon y otros órganos de control[948]. Así, cuando la OReISCon tenga conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción a nivel estatal, autonómico o local, deberá dar traslado inmediato a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos el Tribunal de Cuentas y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

De otra parte, la función de supervisión de la OReISCon se realizará sin perjuicio de las competencias de la Intervención General de la Administración del Estado en cuanto órgano de control de la gestión económico-financiera del sector público estatal y a las que correspondan a los órganos equivalentes a nivel autonómico y local. Para eso, la Intervención General de la Administración del Estado, y los órganos equivalentes a nivel autonómico y local, remitirán anualmente

[948] Véase SANTIAGO FERNÁNDEZ, M. J. "La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación...", *ob. cit.*, pp. 170-171.

a la OReISCon un informe global, con los resultados más significativos de su actividad de control en la contratación pública.

Por fin, dentro de esa coordinación con otros órganos de control, el presidente de la Oficina remitirá a las Cortes y al Tribunal de Cuentas un informe anual sobre las actuaciones de la OReISCon y comparecerá en las Cortes para la presentación del informe anual y sus conclusiones, o cuando se solicite por las correspondientes Comisiones del Congreso o el Senado, en relación con los asuntos que formen parte de su ámbito funcional. Igualmente, la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, a través de una ponencia de carácter permanente según los Reglamentos de las Cámaras, recibirá de la OReISCon la más amplia información para hacer posible el control y la vigilancia de la contratación pública y la participación en las iniciativas de mejora normativa en esta materia.

Con referencia al control interno en la contratación pública española, ocupa un papel central la Intervención General de la Administración del Estado y los órganos equivalentes de las comunidades autónomas responsables por el control financiero[949]. El art. 140.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, (en adelante LGP) establece que la Intervención General de la Administración del Estado ejercerá el control interno de la gestión económica y financiera del sector público estatal, con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle. Este control es ejercido a través de la función interventora, del control financiero permanente y de la auditoría pública.

[949] Vid. CANALS AMETLLER, D. "El sistema administrativo de control interno...", *ob. cit.*, pp. 428-429.

En los términos del art. 142 de la LGP, el control realizado por la Intervención General de la Administración del Estado tiene los siguientes objetivos: 1) verificar el cumplimiento de la normativa que resulte de aplicación a la gestión objeto del control; 2) verificar el adecuado registro y contabilización de las operaciones realizadas, y su fiel y regular reflejo en las cuentas y estados que, conforme a las disposiciones aplicables, deba formar cada órgano o entidad; 3) evaluar que la actividad y los procedimientos objeto de control se realiza de acuerdo con los principios de buena gestión financiera y la LGP; y 4) verificar el cumplimiento de los objetivos asignados a los centros gestores del gasto en los Presupuestos Generales del Estado.

Para CERRILO I MARTÍNEZ[950], por intermedio de la función interventora (fiscalización previa), del control financiero (verificación continua de la gestión económica-financiera) y de la auditoría pública (verificación posterior), la Intervención General de la Administración del Estado desarrolla, aunque con algunas limitaciones de configuración y de recursos, competencias relevantes para el control de la integridad en las administraciones públicas y, consecuentemente, también en la contratación pública.

Ya el control externo de la contratación pública en España es realizado por el Tribunal de Cuentas y, en algunas comunidades autónomas, también por los llamados Órganos de Control Externo Autonómicos (OCEx). El Tribunal de Cuentas es definido en el art. 153 de la Constitución española como "*el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público*". Esa competencia fiscalizadora, recuerda PEÑA OCHOA[951], se

[950] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública...", ob. cit.,* pp. 405-406.

[951] PEÑA OCHOA, A. "El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción". En VILLORIA, M., GIMENO FELIÚ, J. M. y TEJEDOR BIELSA, J. (Dir.), *La*

extiende también a las comunidades autónomas, de acuerdo con el art. 153.d) de la Constitución[952]. Depende directamente de las Cortes Generales y sus miembros gozan de la misma independencia, garantía de inamovilidad e incompatibilidades de los jueces.

El art. 2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, declara que son funciones propias del Tribunal: 1) la fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público; y 2) el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos[953]. La función fiscalizadora, importante como medida de prevención a la corrupción en la contratación pública, se refiere, en los términos del art. 9 de la referida ley, "*al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género*".

De esa forma, el art. 11.a) de la Ley Orgánica 2/1982 determina que el Tribunal de Cuentas fiscalizará en particular los contratos celebrados por la Administración del Estado y las demás entidades del sector público en los casos establecidos o que considere conveniente el Tribunal. En la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, asevera que están sujetos a fiscalización todos

corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos. Barcelona: Atelier, 2016, p. 83.

[952] El art. 1.2 de la Ley Orgánica 2/1982 reafirma eso: "*Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las Comunidades Autónomas puedan prever sus Estatutos*".

[953] PEÑA OCHOA dice que el Tribunal de Cuentas de España es un "*órgano de naturaleza bifronte*", pues su función fiscalizadora o de control posee naturaleza administrativa, mientras su función de enjuiciamiento tiene naturaleza jurisdiccional ("El nuevo rol de los organismos de control externo...", *ob. cit.*, p. 84).

los contratos celebrados por la Administración del Estado y demás entidades del sector público, poniendo relievo a una serie de contratos a partir de unos umbrales específicos.

El art. 335 de la LCSP impone la obligación de remitirse al Tribunal de Cuentas o al OCEx, en los tres meses siguientes a la formalización del contrato, una copia certificada del contrato, acompañada de un extracto del respectivo expediente, siempre que el precio de adjudicación del contrato o el valor estimado del acuerdo marco, exceder 600.000 euros, en obras, concesiones de obras, concesiones de servicios y acuerdos marco; 450.000 euros, en suministros; y 150.000 euros, en servicios y contratos administrativos especiales. Igualmente, serán remitidas la copia certificada y el extracto del expediente relativos a los contratos basados en un acuerdo marco y a los contratos específicos celebrados en el marco de un sistema dinámico de adquisición, siempre que el precio de adjudicación del contrato exceda las mencionadas cuantías.

También está prevista la obligación de remitirse una relación del resto de contratos celebrados incluyendo los contratos menores, excepto aquellos de importe inferior a 5 mil euros que se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores, donde se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía. Asimismo, está prevista la obligación de comunicarse al Tribunal de Cuentas o al OCEx las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, las variaciones de precio y el importe final, la nulidad y la extinción normal o anormal de los contratos indicados.

De acuerdo con el art. 12 de la Ley Orgánica 2/1982, el resultado de la fiscalización del Tribunal de Cuentas será expuesta en informes, memorias, mociones y notas que serán elevadas a las Cortes Generales

y publicadas en el BOE, y dónde constarán "*cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya observado, con indicación de la responsabilidad en que, a su juicio, se hubiere incurrido y de las medidas para exigirla*".

Marcando el importante papel del Tribunal de Cuentas para la integridad en la fiscalización de la contratación pública, CERRILLO I MARTÍNEZ[954] que en esos informes son identificadas situaciones como fraccionamiento de contratos, contrataciones desnecesarias, no aplicación de penalizaciones por incumplimientos, realización de pagos y abonos sin la realización de la correspondiente prestación prevista en el contrato, no iniciación de debidos procedimientos de exigencia de daños y perjuicios, entre otras situaciones que pueden configurar prácticas de corrupción. En el mismo sentido, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ[955] declara que los informes del Tribunal de Cuentas, y también aquellos de los OCEx, suelen ser rigurosos, y sus recomendaciones pueden ser tomadas como un decálogo de buenas prácticas para mejorar la integridad y la eficiencia de la contratación pública española.

4.10.2. Brasil

El sistema de control, interno y externo, de la Administración Pública federal está previsto a partir del art. 70 de la Constitución brasileña, que establece que la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operativa y patrimonial de la Unión y de los entes de la Administración directa e indirecta, en cuanto a la legalidad,

[954] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública...", ob. cit.,* p. 427.

[955] MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. *Contratación pública y transparencia..., ob. cit.,* p. 417.

legitimidad, economicidad, aplicación de subsidios y exención de ingresos, será ejercida por el Congreso Nacional, mediante el control externo realizado con auxilio del Tribunal de Cuentas de la Unión, y por el sistema de control interno de cada Poder.

Es importante frisar que esas disposiciones sobre los diferentes tipos de fiscalización y el ejercicio del control externo e interno es de reproducción obligatoria en las Constituciones de los Estados, que deben crear sus Tribunales de Cuentas y sus sistemas de control interno, que tendrán, básicamente las mismas competencias de los órganos federales congéneres, pero aplicables en el ámbito estadual y local. Por lo tanto, el estudio de las normas referentes al control de la Unión es suficiente para entenderse el control de la Administración en todos sus niveles.

El art. 74 determina que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial mantendrán, de manera integrada[956], un sistema de control interno con la finalidad de: 1) evaluar el cumplimiento de las metas previstas en el plan plurianual, la ejecución de los programas gubernamentales y los presupuestos de la Unión; 2) comprobar la legalidad y evaluar los resultados, en cuanto a la efectividad y eficiencia, de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial en la administración federal, así como de la aplicación de recursos públicos

[956] FERRAZ y MOTTA esclarecen que esa "integración" es en términos de comunicación y colaboración, el control interno de cada Poder es independiente de los demás: "*Com efeito, a Constituição da República determina a criação e manutenção de sistema integrado de controle interno pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para exercício das competências constantes dos incisos dos artigos 70 e 74. As regras literalmente impõem a existência de controles internos distintos em cada um dos Poderes, sendo necessário que exista comunicação entre as estruturas de controle, mas sem qualquer grau de subordinação de superposição (ou confusão) com as competências relativas ao controle externo. É esse o sentido da referência constitucional a "sistema de controle interno*" ("Controle das Contratações Públicas". En DI PIETRO. M. S. (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 265).

por parte de entidades de derecho privado; 3) ejercer el control de las operaciones crediticias y garantías, así como de los derechos y activos de la Unión; y 4) apoyar el control externo en el ejercicio de su misión institucional[957].

En el ámbito de la Administración Pública federal, el control interno es responsabilidad de la Contraloría General de la Unión (CGU), la cual tiene sus competencias descritas en el art. 51 de la Ley 13.844/2019[958]. Entre las más relevantes de esas competencias para la realización del control interno y la prevención de la corrupción están: 1) defensa del patrimonio público, control interno, auditoria pública, prevención y lucha contra la corrupción, actuación de defensor del pueblo y aumento de la transparencia de la gestión dentro de la administración pública federal; 2) decisión preliminar sobre las manifestaciones o denuncias fundamentadas recibidas e indicación de las medidas apropiadas; 3) establecimiento de procedimientos y procesos administrativos bajo su responsabilidad; 4) seguimiento de procedimientos y procesos administrativos en curso en órganos o entidades de la Administración Pública Federal; 5) proposición de medidas legislativas o administrativas y sugerir acciones para evitar la repetición de las irregularidades encontradas; 6) coordinación y gestión del Sistema de Control Interno del Poder Ejecutivo federal; y 7) ejecución de actividades de contraloría en el ámbito de la Administración Pública Federal.

---

[957] Según GESTA LEAL y FRIEDRICH, el control interno de la actividad pública intenta establecer planes de organización y un conjunto de medidas para proteger los recursos públicos, promover la eficiencia de las operaciones, fomentar la observancia de las políticas y alcanzar el cumplimiento de metas y objetivos programados por la Administración ("Controle interno da administração pública no Brasil em face de atos corruptivos: limites e possibilidades". En RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GESTA LEAL, R. (Dir.). *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, p. 39).

[958] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm.

Por su vez, el control externo federal es de competencia del Congreso Nacional, que es ejercido con auxilio del Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU), con competencia, entre muchas otras, para realizar inspecciones y auditorías de carácter contable, financiero, presupuestario, operacional y patrimonial en los órganos de la Unión, así como para fiscalizar la aplicación de los fondos transferidos por la Unión mediante convenio, acuerdo, ajuste u otros instrumentos similares, a los Estados, Distrito Federal o Municipios. El TCU es compuesto de 9 ministros, elegidos un tercio por el Presidente de la República y dos tercios por el Congreso Nacional, entre brasileños con integridad moral y reputación intachable, con notorios conocimientos jurídicos, contables, económicos y financieros o de administración pública; y con más de diez años de ejercicio de función o actividad profesional efectiva que requiera esos conocimientos.

El art. 74, § 2º, de la Constitución garantiza que cualquier ciudadano, partido político, asociación o sindicato es parte legítima para denunciar irregularidades o ilegalidades ante el TCU. Esa peculiaridad, como se verá mejor adelante, es utilizada frecuentemente por licitadores para denuncias de irregularidades en procedimientos de contratación pública, casi como una especie de "recurso especial", ante la inexistencia de Tribunales Administrativos de Recursos en Brasil.

En la Ley 8.443/1992[959] (Ley Orgánica del TCU) se encuentran las funciones específicas del TCU con relación a la contratación pública. El art. 41 establece que, para asegurar la efectividad del control y para instruir el juicio de las cuentas, el TCU llevará a cabo la fiscalización de los actos que resulten en ingresos o gastos, practicados por los

[959] Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm.

responsables sujetos a su jurisdicción, debiendo: 1) acompañar, mediante publicación en el Boletín Oficial de la Unión, o por otros medios establecidos en el Reglamento Interno, anuncios de licitación, contratos, incluidos los administrativos, y acuerdos, convenios, ajustes u otros instrumentos similares; 2) realizar, por iniciativa propia, inspecciones y auditorías de naturaleza contable, financiera, presupuestaria, operativa y patrimonial; y 3) fiscalizar la aplicación de los fondos transferidos por la Unión mediante convenio, acuerdo, ajuste u otros instrumentos similares, a los Estados, Distrito Federal o Municipios[960].

Verificada la ilicitud de un acto administrativo, como en un procedimiento de adjudicación, o de un contrato, el Tribunal suscribirá un plazo para que el responsable del órgano o entidad administrativa adopte las medidas necesarias para el exacto cumplimiento de la ley, indicando expresamente las disposiciones a ser observadas. En se tratando de un acto administrativo, el TCU, si no atendido, suspenderá directamente la ejecución del acto impugnado, comunicará las Casas del Congreso Nacional y aplicará una multa al responsable. En se tratando de un contrato, caso no sea atendido, el TCU comunicará el hecho al Congreso Nacional, quien es el encargado de adoptar el acto de suspensión y solicitar de inmediato las medidas oportunas al Poder Ejecutivo. En caso de comprobación de ilicitud en licitación, el Tribunal declarará la falta de idoneidad del licitador fraudulento para participar, hasta por cinco años, en un proceso de licitación de la Administración Pública Federal.

[960] Según AMARAL GARCIA, el control de los Tribunales de Cuentas brasileños no se restringe al análisis de la legalidad estricta, pero también alcanza la legitimidad y la economicidad de las opciones elegidas por el administrador público, observándose, todavía, la separación de los Poderes, pues los Tribunales de Cuentas no pueden asumir la posición de revisores de los actos de gestión practicados por la Administración Pública (*Licitações e contratos administrativos...*, *ob. cit.*, p. 461).

En la Ley 14.133/2021, en el art. 169 determina que las contrataciones públicas deben estar sujetas a prácticas continuas y permanentes de gestión de riesgos y control preventivo, incluso a través de la adopción de recursos de tecnología de la información, además de estar subordinadas al control social. Para eso, la ley adopta tres líneas de defensa contra la corrupción[961]: 1) funcionarios y empleados públicos, agentes de licitación y autoridades que actúan en la estructura de gobernanza del órgano o entidad; 2) unidades de asesoría jurídica y control interno del órgano o entidad; y 3) órgano central de control interno de la Administración y el tribunal de cuentas al cuál la Administración está sujeta.

Para CARVALHO y GARCIA CABRAL[962], el primer rasgo a ser señalado es la preferencia que la ley ofrece al control preventivo, el cual, en la legislación brasileña, siempre era preterido ante el control punitivo, buscando así evitar que el acto corrupto se produzca y origine sus pérfidas consecuencias. Por otra parte, también se proporciona un claro protagonismo al control interno en comparación con el control externo, otorgando relevancia a los distintos agentes públicos involucrados en la contratación. Tratase de una opción por el control que está más próximo del cotidiano donde los procedimientos son realizados, lo que permite más agilidad en corregir los posibles

[961] HEINEN asevera no existe jerarquía directa entre las tres líneas, una vez que "*essas "linhas de defesa" não necessariamente se subordinam, porque, em verdade, atuam em regime de cooperação. Logo, uma complementa a outra. A "primeira linha", por exemplo, não prevalece sobre a "segunda", e assim por diante. Assim, não estamos diante de uma sucessão de fases ou de estágios*" ("Controle das licitações e contratos públicos – linhas de defesa e atores". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2020. Disponible en https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/14/controle-das-licitacoes-e-contratos-publicos-linhas-de-defesa-e-atores/).

[962] CARVALHO, G. y GARCIA CABRAL, F. "Controle das contratações públicas: diversas linhas de frente". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-set-03/licitacoes-contratos-controle-contratacoes-publicas-diversas-linhas-frente.

problemas y también una comprensión más exacta de las dificultades prácticas que los funcionarios enfrentan en su cotidiano.

La ley también innova al prever que, según reglamento, la implantación de las prácticas de control será responsabilidad de la alta dirección del órgano o entidad y tendrá en cuenta los costes y beneficios derivados de su implantación, optando por medidas que promuevan relaciones íntegras y confiables, con seguridad jurídica para todos los involucrados, y que produzcan el resultado más ventajoso para la Administración, con eficiencia, eficacia y efectividad en la contratación pública. Esa obligación impuesta a la alta jerarquía de los órganos y entidades no es en vano: la idea del legislador es que los mecanismos de prevención a la corrupción no se limiten a palabras en la ley, pero sí sean efectivamente implementados en la Administración Pública, generando efectos reales para la integridad de las contrataciones públicas.

Los integrantes de las líneas de defensa deben observar los siguientes en su actuación: 1) cuando encuentren una simple irregularidad formal, adoptarán medidas para sanearla y mitigar los riesgos de su nueva ocurrencia, preferiblemente con la mejora de los controles preventivos y la capacitación de agentes públicos responsables[963]; y 2) cuando encuentren una irregularidad que constituya daño a la Administración, adoptarán las medidas necesarias para la investigación de las infracciones administrativas, observando la segregación de funciones y la necesidad de individualización de conductas, así como el envío a la Fiscalía competente de copias de los

[963] Para BELLINI DE CASTRO, la ley demuestra aquí una preocupación con la cualificación de los agentes responsables por las contrataciones públicas, indicando un camino de profesionalización para ese ámbito de la Administración Pública ("As camadas da defesa contra a corrupção da nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-nov-15/castro-defesa-corrupcao-lei-licitacoes).

documentos relacionados para la investigación de los delitos de su competencia.

El art. 170 determina que los órganos de control deben adoptar, en la fiscalización de las contrataciones públicas, criterios de oportunidad, materialidad, relevancia y riesgo, y considerarán las razones expuestas por los órganos y entidades responsables y los resultados obtenidos con la contratación. De acuerdo con JUSTEN FILHO[964] esa disposición busca la autocontención de los órganos de control, para que estes no adentren en el ejercicio de las competencias de los propios órganos controlados. Por lo tanto, mientras sea legal, la discrecionalidad de las decisiones administrativas debe ser preservada. De otra parte, la norma también evidencia que el control precisa llevar en consideración las razones del acto, las cuales, muchas veces, surgen de situaciones prácticas complejas, en que la decisión tiene un contenido de riesgo e imprevisibilidad que no puede ser imputado necesariamente al administrador público, principalmente dentro de un área de actuación que envuelve tantas variables como es la contratación pública.

La forma de la fiscalización realizada por los órganos de control deberá seguir los parámetros enunciados en el art. 171: 1) ofrecer a los gestores la oportunidad de manifestarse sobre posibles propuestas que tendrían un impacto significativo en las rutinas de trabajo de los órganos y entidades fiscalizados, de modo que puedan proveer subsidios para una evaluación previa de la relación costo-beneficio de estas posibles propuestas; 2) adopción de procedimientos objetivos e imparciales y elaboración de informes con fundamento técnico, basados exclusivamente en las evidencias obtenidas y organizados de acuerdo con las normas de auditoría del respectivo órgano de control,

[964] JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações...*, *ob. cit.*, RL-1.44.

a fin de evitar que intereses personales e interpretaciones sesgadas interfieran en la presentación y en tratamiento de los hechos analizados; y 3) definición de objetivos en los contratos de obra, cumpliendo con los requisitos técnicos, legales, presupuestarios y financieros, de acuerdo con los propósitos de la contratación, debiendo ser examinada la conformidad de su precio global con los parámetros de mercado del objeto contratado.

Con relación a la oportunidad de los gestores públicos puedan participar de las propuestas de los órganos de control, es importante que los mismos sean oídos, una vez que conocen mejor el funcionamiento de sus órganos, y pueden dar contribuciones sobre las ventajas y desventajas de las propuestas y cómo ellas pueden impactar en los procedimientos de contratación[965]. Ya la adopción de procedimientos objetivos e imparciales busca evitar que el control sea practicado con otros intereses (políticos, por ejemplo) que no aquello de preservar la integridad de la contratación pública. Por fin, la regla relativa a los contratos de obras intenta a realización de un control más objetivo para ese tipo de contratación, que normalmente tienen presupuestos económicamente relevantes y merecen una atención especial de los órganos de control.

[965] Véase NOBRE JÚNIOR, E. y TORRES, R. C. "A nova lei de licitações e o controle das contratações públicas". *Revista da AGU*, vol. 20, núm. 4, p. 39.

5. PROPUESTAS DE MEJORA EN LA PREVENCIÓN A LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA BRASILEÑA

El estudio comparativo realizado entre las legislaciones española y brasileña de contratos públicos, y el examen más detallado sobre los respectivos mecanismos de prevención a la corrupción en la contratación pública, demuestran que Brasil necesita avanzar urgentemente en dirección a una política de integridad más amplia y efectiva en ese tema. Aunque la reciente promulgación de la nueva ley de licitaciones y contratos públicos tenga traído importantes cambios en eso sentido, todavía existen muchas lagunas a ser rellenadas, principalmente en el campo práctico y de gobernanza dentro de los órganos de contratación.

El surgimiento de una nueva ley no puede ser excusa para justificar la no implementación de perfeccionamientos necesarios para un mejor funcionamiento de la contratación pública. Los problemas de corrupción en Brasil son notoriamente conocidos, especialmente con relación a los contratos públicos, que son utilizados frecuentemente como fuentes de sobornos, exigidos o aceptos por aquellos que deberían velar por la integridad de esos contratos. Cambiar ese panorama es urgente, y exige que Brasil mire para los ejemplos internacionales en busca de medidas que favorezcan un ambiente más probo y transparente, y, consecuentemente, más competitivo en su mercado de contratación pública.

Obviamente, hay una miríada de medidas posibles que pueden agregar una mayor integridad en la contratación pública brasileña,

siempre llevando en consideración esa necesidad de ofrecer respuestas a la corrupción existente. A seguir, basado en los capítulos anteriores, serán presentadas algunas propuestas de mudanza en la legislación y también en la gobernanza de la contratación pública en Brasil, que parecen ser las más urgentes en el presente momento, lo que no significa que muchas otras proposiciones importantes deban ser desconsideradas.

5.1. Profesionalización de la contratación pública

La complejidad del trabajo en la contratación pública es una cuestión no disputada. El personal responsable debe detener una amplía de conocimientos que no se limitan a las normas de derecho administrativo sobre contratos públicos, pero también nociones de derecho laboral, tributario, urbanístico, entre varios otros. Además, con el reconocimiento de la contratación pública como una herramienta estratégica fundamental para la realización de las políticas públicas, en ámbitos tan distintos como el medioambiental, el social, el desarrollo económico y la innovación, los conocimientos demandados para la realización de los procedimientos de contratación han aumentado substancialmente.

Por lo tanto, también ha quedado patente que el personal involucrado en los procedimientos de contratación precisa de una mayor profesionalización, una vez que es preciso garantizar que esos funcionarios detengan las competencias y las cualificaciones necesarias para afrontar el reto cada vez más desafiador que es realizar una contratación que realmente cumpla con sus objetivos más modernos[966], dentro de los marcos de integridad, transparencia,

[966] Vid. CANTERO MARTÍNEZ, J. "La profesionalización de la contratación pública...", *ob. cit.*, p. 228.

igualdad de trato y competencia que la legislación y la propia sociedad exigen hoy.

Igualmente, la profesionalización es una medida fundamental de combate a la corrupción[967]. El adecuado conocimiento de las normas y de los procedimientos es un requisito fundamental para que los empleados públicos consigan diferenciar la regularidad o de las diversas situaciones que ocurren en su trabajo. Para identificar y combatir la corrupción es necesario primero saber reconocerla, y eso sólo es posible con aprendizaje y cualificación constantes, pues también las formas de corrupción se adaptan y evolucionan para engañar a los controles en las contrataciones.

En Brasil, el área de la contratación pública siempre ha sido considerado como cualquier otra dentro de la organización de la Administración Pública. Algunas veces, incluso, como inferior a otras, pues comúnmente es denominada como un "área-medio", esto es, un sector dentro de un órgano o entidad que trabaja para que otros sectores, más relacionados con la consecución de las finalidades instituciones de esos órganos o entidades, puedan atingir sus objetivos. Así, los funcionarios que trabajan con contratación pública no reciben valorización, pues sus resultados muchas veces no son visibles, y sólo son recordados cuando pasan problemas en la ejecución de los contratos.

Entonces, la realidad de muchos equipos de contratación es de personas desmotivadas, sin ánimo de aprender e innovar, con miedo constante de una punición de los órganos de control debido a algún error. Además, se puede agregar a esos factores la existencia de

[967] Véase GIMENO FELIÚ, J. M. "Medidas de prevención de corrupción...", *ob. cit.,* pp. 51-52.

muchos cargos de indicación política, principalmente en los Municipios, lo que trae personas sin la cualificación necesaria para el seno del sector, y también desaliento para los funcionarios fijos, que no ven oportunidad de ascenso en la carrera.

Por otro lado, en los últimos tiempos, ese panorama está cambiando un poco, principalmente por la dura actuación de los tribunales de cuentas contra los gestores públicos que no siguen adecuadamente las normas de contratación pública, con la aplicación de multas elevadas. Como reflejo de esas sanciones, una buena preparación del personal de eso sector ha ganado importancia, incluso con varias menciones de esa necesidad en la nueva ley de contratos públicos, como anteriormente mencionado. Así, se puede decir que esa preocupación no nasce por el motivo correcto, que sería el reconocimiento de la contratación pública como mecanismo fundamental en la gestión pública, pero sí por el miedo de puniciones por parte de las autoridades.

Normalmente, en Brasil, esas capacitaciones ocurren de dos formas principales: a través de un curso de corta duración sobre temas generales o por cursos virtuales ofrecidos por escuelas de gobierno. En ámbito federal, por ejemplo, la Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP)[968] es una referencia en cursos virtuales sobre diversos temas, entre los cuales varios relacionados a la contratación pública. De otra parte, existe una grande cuantidad de empresas privadas que ofrecen capacitaciones de 2 o 3 días, principalmente en Municipios más pequeños.

Aunque tales medidas son laudables, no hay duda de que son insuficientes. La extensión y complexidad de los conocimientos

[968] https://www.enap.gov.br/pt/.

exigidos en la contratación pública piden una formación continua, que identifique las principales dificultades de preparación de los equipos, ofrezca una cualificación para resolverlos y no se limite a eventos esporádicos, pero sí que haga parte de la rutina profesional del órgano, como un elemento común para el perfeccionamiento del personal, de un modo comprensible para los funcionarios y financieramente accesible a todas las Administraciones.

En eso sentido, la ya mencionada herramienta *ProcurComp*^{EU} de la Unión Europea parece ser una posible solución para esos problemas de cualificación del personal de contratación en Brasil. Con su diseño anclado en tres elementos claves, matriz de competencias, autoevaluación y un programa de formación genérico, *ProcurComp*^{EU} ofrece una oportunidad de reconocimiento de las lagunas de saber y también de la solución de estas. Es una oportunidad para que los funcionarios descubran las omisiones principales en su preparación y encuentren los conocimientos en una base totalmente disponible. No obstante, esa herramienta no substituye los proveedores de formación, que ganan la posibilidad de adecuaren sus programas de formación a las necesidades detectadas por los órganos a través del uso del *ProcurComp*^{EU} [969].

La Administración Pública brasileña, principalmente la Unión, tiene completa posibilidad de montar un programa al menos similar al *ProcurComp*^{EU}, en un formato abierto a todas las administraciones públicas, posibilitando que los funcionarios que trabajen con contratación pública en todas las esferas gubernamentales puedan mejorar sus competencias de manera continua. Además de la creación de la herramienta, es importante que los dirigentes de los órganos, de

[969] Véase GUERRERO MANSO, C. "La imperiosa necesidad de profesionalización...", *ob. cit.*, p. 121.

una forma general, incentiven esa capacitación, otorgando tiempo libre para los estudios y también cobrando la participación.

Por otro lado, la profesionalización no puede quedarse sólo en ámbito de la capacitación, pero también debe incluir otras cuestiones, como más reconocimiento, retribuciones e independencia funcional[970]. La importancia de los equipos de contratación debe ser constantemente evidenciada por las propias Administraciones brasileñas, con el objetivo de atraer y retener personas capaces para esa área, de manera que exista motivación para el trabajo en contratación pública, y esta no sea vista como un área burocrática de menor importancia. De otra parte, esos funcionarios también deben recibir remuneraciones correspondientes a sus responsabilidades, las cuales implican muchas veces en manejar altas cuantías de fondos públicos. Por fin, también se debe garantizar la independencia funcional de esos equipos, que, para la realización de un trabajo adecuado, no pueden estar sujetos a presiones políticas o jerárquicas de cualquier naturaleza, lo que implica, principalmente en los Municipios brasileños, en la realización de oposiciones para la contratación de funcionarios fijos.

5.4. Efectiva protección de los denunciantes

La profesionalización de los funcionarios responsables por la contratación público no es la única medida que debe ser implementada en Brasil para un ambiente laboral que pueda colaborar con el combate a la corrupción. Como comentado antes, los programas de integridad son cada vez más comunes en las administraciones públicas, que buscan crear condiciones para un verdadero cumplimiento normativo

[970] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. "*La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*", *ob. cit.,* p. 334.

dentro de sus organizaciones. Hoy, el número de órganos y entidades públicas que poseen esos programas en Brasil crece exponencialmente, y hay un movimiento creciente para que alcance a todos los Estados y Municipios, teniendo como una de sus razones principales la prevención de la corrupción.

Un ejemplo de ese movimiento está en Proyecto de Ley 4.334/2021[971], que pretende cambiar la nueva ley brasileña de contratos públicos para incluir la obligación de los órganos y entidades de la Administración Pública, de todos los entes de la Federación, prepararen e implementaren un programa de integridad, con el objetivo de promover la adopción de medidas y acciones institucionales orientadas a la prevención, detección, punición y reparación de fraudes y actos de corrupción en la contratación pública. Ese tipo de programa, que, de acuerdo con la Ley 14.133/2021, hoy es obligatorio sólo para las empresas que firmaren contratos de grande monta con la Administración, también lo pasaría a ser para todos los órganos de todos los ámbitos de la Administración Pública.

Actualmente, se puede decir que casi todos los órganos de la Unión, los Estados y los Municipios más grandes ya tienen sus programas de integridad. Todavía, tratase de una realidad aún distante en los Municipios menores, que, en número, forman la gran mayoría de los entes de la Federación. Obviamente, en ellos se acumulan denuncias constantes de corrupción en las contrataciones públicas. La implantación de programas de integridad en esos Municipios es una necesidad urgente, pero también un reto complicado, pues son los entes con menos órganos de control y más influencia política en el funcionamiento administrativo.

[971] Disponible en https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9050726&ts=1638915732229&disposition=inline.

Independientemente de la aprobación o no del referido proyecto de ley, la exigencia de programas de integridad en todos los entes de la Federación sería una medida bastante relevante en el combate a la corrupción en todas sus formas, y principalmente con relación a las contrataciones públicas. Pero más significativo de que simplemente existir un programa de integridad, es su efectividad, o sea, que los compromisos allí presentes sean realmente observados por los órganos de la Administración, y no estén sólo en unas hojas de papel para cumplir una formalidad.

Quizá de todo el contenido más común en los programas de integridad, aún más que los importantes códigos de conducta, los canales de denuncia y los mecanismos de protección a los denunciantes sean aquellos con más potencial de combatir actos corruptos en las instituciones. Los funcionarios tienen acceso directo a los procesos e informaciones que pueden comprobar prácticas corruptas en el seno de la Administración, siendo, por lo tanto, fuentes privilegiadas para la realización de denuncias. No obstante, tornándose denunciantes ellos también tienen mucho a perder en su vida profesional y personal, pues pueden sufrir represalias de superiores jerárquicos e incluso de particulares denunciados.

Entonces, aunque los funcionarios están obligados legalmente a denunciar casos de corrupción que vengan a conocer, no es cierto que todos ellos se sientan suficientemente seguros para realizar denuncias, principalmente en países como el Brasil, con históricos problemas de impunidad con relación a políticos poderosos y grandes empresas. En caso de ter su identidad descubierta, los denunciantes (y sus familias) se quedan en una situación peligrosa, que puede poner sus carreras y hasta su integridad física en riesgo.

En la encuesta organizada por el Banco Mundial denominada *Ética e Corrupção no Serviço Público Federal: A Perspectiva dos Servidores*[972], en la cual fueran escuchados 22 mil funcionarios federales, normalmente de plaza fija y con mejores condiciones laborales que aquellos de otros entes, el 58,7% de los encuestados dice que ya ha observado alguna práctica antiética en su carrera en el servicio público, siendo que el 33,3% de los servidores públicos informó haber sufrido algún tipo de presión, normalmente de su superior jerárquico, para la ejecución de actos antiéticos en los últimos 3 años. A pesar de ese porcentaje de 33,3%, sólo 12% de los servidores reportaron actos de corrupción en el mismo periodo.

La respuesta de esa diferencia está en la propia encuesta. Preguntados sobre las consecuencias de la denuncia realizada, esos denunciantes respondieran que: en el 41% de los casos, la denuncia no tuve progreso; el 27,4% de ellos sufrió represalias, el 14,9% no sabe y el 7,8% indicó que el denunciado fue punido. Además del miedo de las represalias, esa clara falta de consecuencias para los denunciados explica mucho los problemas de incentivo para la realización de denuncias en la Administración brasileña.

En efecto, el 51% del total de los funcionarios informaron que no se sentían lo suficientemente seguros para denunciar una conducta ilegal en su organización, siendo que el 59,7% declaró que no hay protección para aquellos que denuncian. Por otro lado, el 34,4% informaron que no conocen el procedimiento para denunciar y el 35,9% dijeron que el proceso de denuncia es largo y complejo, demostrando que existen evidentes problemas en el *compliance* en la Administración Pública federal, pues sus funcionarios siquiera conocen los medios

[972] Disponible en https://documents1.worldbank.org/curated/en/129401636585714972/pdf/%C3%89tica-e-Corrup%C3%A7%C3%A3o-no-Servi%C3%A7o-P%C3%BAblico-Federal-A-Perspectiva-dos-Servidores.pdf.

disponibles para realizar una denuncia, y, cuando lo saben, se sienten desestimulados por la burocracia relacionada.

Por lo tanto, si esos números preocupantes ocurren en la Unión, se puede esperar que la situación en los Estados y, principalmente, en los Municipios, sea mucho peor. Si los potenciales denunciantes observan que las denuncias no tienen consecuentes y, en varios casos, existen represalias contra aquellos que han denunciado, el incentivo para realizar la denuncia es muy bajo, aunque el funcionario sepa que ha presenciado un acto de corrupción y que tiene el deber de reportarlo, pues los riesgos involucrados son mucho más elevados que la posibilidad de punición para los responsables.

La única manera de cambiar eso panorama es ofrecer una protección efectiva a los denunciantes, de forma que la posibilidad de descubierta de la identidad y el sufrimiento de represalias sean bajas, y fuertemente sancionadas caso ocurran. Como visto anteriormente, las normas brasileñas sobre el tema son extremamente genéricas y limitadas, no alcanzando la dimensión necesaria para garantizar esa protección, como ocurre con la Directiva 2019/1937/UE. Así, sólo un cambio legislativo radical podría dar a los denunciantes la seguridad necesaria para su acción.

Una propuesta en eso sentido es el Proyecto de Ley 13/2019[973], que crea mecanismos importantes como comisiones independentes de recibimiento de denuncias, medidas de protección al denunciante y eventualmente a sus familiares, incluso contra represalias laborales, medidas de preservación de la identidad de los denunciantes, y la previsión de sanciones contra aquellas personas que perjudiquen las

[973] Disponible en https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190420.

denuncias o practiquen represalias contra los denunciantes. Tratase, en general, de un proyecto de ley fuertemente inspirado en la directiva europea, y que podría cambiar efectivamente la actual situación de los denunciantes en Brasil.

También aquí, independientemente de la aprobación o no de eso proyecto de ley para la protección de los denunciantes, no hay duda de que algo necesita mudar en Brasil sobre ese tema. De lo contrario, los posibles denunciantes de casos de corrupción, muchos de ellos relacionados a las contrataciones públicas, irán continuar callados, perjudicando gravemente la integridad de las licitaciones y de los contratos públicos en Brasil.

5.3. Uso de tecnologías en la contratación pública

Los proyectos y los problemas de implantación de la contratación pública electrónica fueran largamente abordados a lo largo de este estudio. La adopción de nuevas tecnologías tiene un histórico de resistencia entre las administraciones públicas de todas las partes. En la creencia común, se atribuye eso a dos factores principales: una contrariedad de los funcionarios y empleados públicos con relación a aprender métodos de trabajo novedosos, pues "siempre hicieran así y funciona bien"; y también un "miedo" inherente de ocurrieren problemas en los procesos de trabajo, que podrían verse perjudicados de alguna forma.

Todavía, existen otros elementos que pueden explicar, en algunos casos, las dificultades de implementación de nuevas tecnologías en las administraciones. Uno de ellos es el factor presupuestario, que incide esencialmente en países más pobres o con grandes diferencias entre sus entes. Mientras algunos órganos de la

Administración tienen acceso a las últimas tecnologías, otros reciben incluso las donaciones de los equipos antiguos de aquellos órganos "más ricos". En algunos órganos estaduales, y principalmente en los Municipios, es común encontrarse con oficinas en pésimas condiciones, casi sin condiciones laborales. Hablar en "nuevas tecnologías" en tales condiciones es imposible, pues muchas veces no existen siquiera las condiciones básicas para la realización del trabajo.

El uso de los medios electrónicos y otras tecnologías en la contratación pública no es lujo o algo superfluo en la contratación pública. Tratase de un componente fundamental para la eficiencia de los procedimientos y para el combate a la corrupción, pues ofrece más transparencia, celeridad y competencia para las contrataciones, no pudiendo ser dispensado por ningún órgano. De esa forma, además de la previsión normativa del uso de medios electrónicos, como ya existe en todas las legislaciones, es necesario que se garantice que esos medios realmente estén disponibles para todos los órganos de contratación, con una planificación general de formas de distribución de equipos y acceso a la internet incluso en los Municipios más pequeños y aislados.

Al lado de eso factor material, también existe un otro factor que también no es tan discutido, que es la pasividad de los altos dirigentes de los órganos y entidades en interesarse y desbravar la utilización de tecnologías disruptivas, principalmente en la contratación pública. Con honrables excepciones, los altos dirigentes suelen ponerse en postura de espera sobre esos temas, aguardando que otros órganos tomen la iniciativa de innovar o que venga una determinación superior para la adopción de esas tecnologías. Así como los funcionarios tienen "miedo" a nuevas tecnologías que "amenazan" la realización del trabajo, no es raro encontrar, principalmente en Brasil, altos dirigentes que tienen

"miedo" de promover la innovación, pues piensan que eventuales errores podrían costarle su continuidad en el cargo.

Esa mentalidad precisa ser urgentemente alterada. En la Administración Pública contemporánea, y en la contratación pública en especial, la innovación no puede ser encarada como un riesgo, pero sí como una obligación del gestor público, que debe siempre estar buscando formas nuevas y más eficientes para la realización de los servicios y políticas públicas. En un mundo digital, la Administración Pública precisa acompañar las últimas ideas y novedades, de lo contrario, se volverá obsoleta, lo que también aumentará considerablemente los riesgos de corrupción.

Especialmente en la contratación pública, esa obligación se vuelve más importante, pues el constante aumento de la complejidad de las relaciones entre los licitadores y contratistas y la Administración exige la adopción de medidas que intenten preservar la integridad y la transparencia. La Administración no puede ignorar herramientas tecnológicas que la ayuden a mejorar los controles de los procedimientos y de los contratos públicos, bajo pena de una omisión contra los propios fondos públicos. Así, herramientas disruptivas con potencial utilización en la contratación pública, como la inteligencia artificial y la tecnología *blockchain*, necesitan recibir atención especial de los gobiernos.

La inteligencia artificial puede ser definida, de modo general, como la "*la habilidad de una máquina de presentar las mismas capacidades que los seres humanos, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la capacidad de planear*"[974], permitiendo que los sistemas tecnológicos reciban o procesen datos, los procesen

[974] https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa.

y consigan responder a ellos, resolviendo problemas o actuando con un fin específico, por ejemplo. La principal ventaja del uso de la inteligencia artificial es la capacidad de recopilar una cuantidad enorme de datos, que sería imposible para seres humanos, y los transformar en información, a partir de criterios predeterminados o, en versiones más avanzadas, del aprendizaje automático[975].

Esa tecnología en constante y rápida evolución tiene la capacidad de cambiar rápidamente el mundo, tanto por sus ventajas como sus potenciales riesgos[976], así que los gobiernos ya están tratando de realizar las respectivas regulaciones de sus usos y prohibiciones. La Comisión Europea, por ejemplo, ha producido recientemente el *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza* (COM(2020) 65 final)[977], en lo cuál trata de posibles acciones para alcanzar un doble objetivo: "*promover la adopción de la inteligencia artificial y de abordar los riesgos vinculados a determinados usos de esta nueva tecnología".* Incluso, una de las acciones propuestas por la Comisión es promover la adopción de la inteligencia artificial por parte del sector público.

En el ámbito de la contratación pública, la inteligencia artificial está siendo utilizada en los últimos años en conjunto con sistemas de alerta de identificación de riesgos de corrupción. Son ejemplos

[975] Véase MIRANZO DÍAZ, J. "Inteligencia artificial y contratación pública". En MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J. A. (Dir.). *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*. Madrid: Iustel, 2020, pp. 116-122.

[976] De acuerdo con la Comisión Europea, "*si bien la mayoría de los sistemas de IA plantearán un riesgo bajo o nulo, algunos de esos sistemas entrañan peligros que deben abordarse para evitar situaciones no deseadas. Por ejemplo, la opacidad de muchos algoritmos puede crear incertidumbre y obstaculizar la aplicación efectiva de la legislación vigente en materia de seguridad y derechos fundamentales*". Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_21_1683.

[977] Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf.

conocidos Arachne (Unión Europea), Satan (Generalitat Valenciana), Red Flags (Hungría) y DoZorro (Ucrania). Esos sistemas funcionan, de una manera resumida, a partir de la realización de rastreos en determinadas bases de datos, procurando informaciones que se relacionen con una selección predefinida de alertas de riesgo (las previamente comentadas *red flags*). Una vez que el sistema identifique la existencia de un riesgo en, por ejemplo, alguna licitación o contrato, los equipos de análisis de los órganos de control pueden verificar más atentamente si se trata o no de un posible caso de corrupción[978]. El ahorro de tiempo es incalculable, una vez que los sistemas pueden examinar miles de documentos de forma casi instantánea, permitiendo así que los controladores se enfoquen directamente en los casos más sospechosos. Además, también la posibilidad de medidas preventivas, antes de la ocurrencia de daño efectivo, aumentan de manera considerable.

En Brasil, desde 2015 la Contraloría General de la Unión utiliza el llamado sistema Alice para verificar contratos y anuncios de licitación que pueden contener indicios de irregularidades o fraudes[979], siendo, en 2016, el referido sistema fue compartido con el Tribunal de Cuentas de la Unión. El sistema accede automáticamente, todos los días, al Portal de Compras del Gobierno Federal, cogiendo los documentos referentes a contratos y anuncios de licitación. A seguir, aplica las *red flags* predefinidas, clasificando los documentos por diversos niveles de

[978] Para un estudio más detallado sobre la construcción de esos sistemas, véase la *Guía para la identificación de riesgos de corrupción en contratación pública, utilizando la ciencia de datos*, elaborado por la OEA. Disponible en http://ricg.org/es/publicaciones/lanzamiento-guia-para-la-identificacion-de-riesgos-de-corrupcion-en-contratacion-publica-utilizando-ciencia-de-datos/.

[979] Vid. VALLES BENTO, L. "Aplicación de inteligencia artificial y big data en el control de la Administración Pública y en el combate a la corrupción: la experiencia del gobierno brasileño". *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, versión electrónica.

riesgo. Por fin, esos documentos son enviados automáticamente a los correos electrónicos de los sectores de control.

Por su vez, la tecnología *blockchain* puede ser definida como "*una técnica de almacenamiento distribuido de información que, dependiendo de la configuración escogida, puede trabajar en una aproximación P2P y formar una red de nodos descentralizada. Utiliza determinadas estrategias, llamadas algoritmos de consenso, para validar la información que almacena cada nodo participante e implementa un mecanismo para detectar alteraciones en la información registrada*"[980]. Su modo de funcionamiento, una secuencia de bloques independientes de información, donde cada nuevo bloque está relacionado al bloque inmediatamente anterior, formando una cadena virtual que permite garantizar la integridad de los datos registrados, pues cualquier alteración de la información de un bloque repercute necesariamente en el bloque siguiente.

Como apunta BERNAL BLAY[981], el uso de eso sistema de registro distribuido en nodos, descentralizado e inalterable fornece ventajas importantes para la Administración Pública, protegiéndola de los efectos de ciberataques y certificando la integridad de las informaciones constantes de datos y documentos. El citado autor, incluso, durante el ejercicio del cargo de director general de Contratación, Patrimonio y Organización del Gobierno de Aragón, ha puesto en marcha la utilización de *blockchain* en la presentación de

[980] https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/blog/blockchain-II-conceptos-basicos-proteccion-de-datos.

[981] BERNAL BLAY, M. A. "*Blockchain* y contratación pública: caso de uso en el Gobierno de Aragón". Ponencia en el II Congreso Anual del Observatorio de Contratación Pública "Por una contratación pública transparente y sostenible", Barcelona, 2018. Disponible en http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumenVIII.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/7605b4aa3d02fab0c12583c30029e8f6?OpenDocument.

ofertas en procedimientos de adjudicación[982], con el objetivo de aumentar la transparencia y la seguridad, pues el sistema asegura el momento exacto de presentación de la oferta e identificaría posibles modificaciones posteriores.

Asimismo, es posible pensar en muchos otros usos de *blockchain* para ayudar a prevenir corrupción en la Administración Pública en general y en la contratación pública en particular, como para certificar la autenticidad de las informaciones relativas a la solvencia de los licitadores o en los llamados *smart contracts*, por ejemplo[983]. El hecho es que *blockchain* es una tecnología que tiene el potencial de transformar toda la Administración Pública y, consecuentemente, también la contratación pública[984].

En Brasil, algunos órganos públicos más estructurados ya han empezado algunas experiencias preliminares con el uso de *blockchain*, principalmente en entidades relacionadas con el sistema financiero y tributario[985]. Todavía, no existe aún un movimiento gubernamental organizado en el sentido de fomentar la aplicación efectiva de esa tecnología en las rutinas administrativas, incluso dentro de las contrataciones públicas. Hasta el presente momento, las discusiones están limitadas a la teoría.

---

[982] https://www.blockchaineconomia.es/aragon-concursos-publicos-con-blockchain/.

[983] Veáse ARAÚJO, V., FREITAS, M. y MARTIN, M. V. "Blockchain e o futuro dos contratos administrativos". *Quaestio Iuris*, vol. 14, núm. 1, 2021, pp. 481-503.

[984] Vid. BERNAL BLAY, M. A. "Blockchain, Administración y contratación pública". *Observatorio de Contratación Pública*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/blockchain-administracion-y-contratacion-publica.

[985] El TCU realizó un informe sobre la tecnología *blockchain* y los principales casos en el sector público brasileño, buscando analizar los posibles usos en la Administración Pública brasileña, las dificultades y los riesgos involucrados. Disponible en https://portal.tcu.gov.br/levantamento-da-tecnologia-blockchain.htm.

Tanto con relación a la inteligencia artificial (en uso limitado) como con *blockchain* (sólo experiencias), el problema pasa por una cierta desconfianza por la adopción de nuevas tecnologías disruptivas en la Administración Pública brasileña. Esa situación es aún más visible en la contratación pública, donde se puede poner un poco de culpa en el recelo injustificado de los gestores de abrir oportunidades para actos de corrupción con el uso de esas tecnologías que ellos no conocen adecuadamente. Por otro lado, una vez que esas tecnologías sean incorporadas completamente en las contrataciones públicas (y lo serán), es necesario garantizar que las mismas lleguen a todas las administraciones, Estados y Municipios, evitando lo que existe hoy: un gran número de entes excluidos tecnológicamente sea por motivos técnicos o presupuestarios, y que se quedan sin las posibilidades adicionales de prevención a la corrupción que las nuevas tecnologías les pueden brindar.

5.4. Refuerzo del control social

Además de los controles internos y externos realizados por órganos gubernamentales, la contratación pública pode recibir la vigilancia de la propia sociedad, a través de las organizaciones sociales o directamente por los ciudadanos. Por intermedio de la transparencia en los procedimientos y contratos y del acceso generalizado a datos y documentos, la sociedad puede ejercer un control directo sobre las contrataciones públicas, ayudando así en la prevención de actos de corrupción y también velando por la correcta ejecución de los objetos contratados[986].

[986] En el ya citado documento *Principles for Integrity in Public Procurement,* la OCDE subraya la importancia que puede tener el control social directo, principalmente en contrataciones con más riesgos: "For procurements that involve important risks of mismanagement and possibly corruption, governments should consider the possibility of involving representatives from civil society, academics or end-users in scrutinising the integrity of the process. "Direct social control" mechanisms

En países como Brasil, con alto grado de corrupción, el control social gana todavía más importancia, pues, muchas veces, los órganos responsables por realizar en control de las contrataciones sufren presiones políticas que pueden debilitar la correcta fiscalización, vulnerando la integridad de los procedimientos y de los contratos. Además, también es notoria la ausencia del personal administrativo necesario para una efectiva fiscalización de la ejecución de los contratos, principalmente en los casos de obras y de servicios. En esta última situación, el control social puede funcionar como un importante aliado del control público[987].

La nueva ley brasileña de contratos públicos mantiene la tradición (basada en la Constitución, por cierto) de otorgar legitimidad para los ciudadanos impugnaren los términos de los anuncios de licitación y de los pliegos (art. 164). Por otro lado, el novedoso art. 169 cita expresamente que las contrataciones públicas están subordinadas al control social, pero no existen menciones de cómo se dará tal control ni cómo la Administración podría facilitarlo. Así como en la antigua ley, en la cual el ejercicio del control social sobre las licitaciones y contratos públicos siempre ha dependido casi únicamente de la voluntad aislada de los ciudadanos[988], la nueva ley no estructura formas de actuación para el control social.

encourage their involvement as external observers of the entire procurement process or of key decision making points".

[987] Vid. AMANDO DE BARROS, L. "Burocracia de rua, accountability e controle social: o caminho para a eficiência". *Jota*, 2019. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/burocracia-de-rua-accountability-e-controle-social-o-caminho-para-a-eficiencia-23082019.

[988] Véase MARQUES BARRETO, C. "O controle cidadão das licitações e contratos administrativos". *Revista Controle*, vol. 5, núm. 2. 2005, pp. 68-77.

En términos de transparencia, no hay duda de que, con el Portal Nacional de Contrataciones Públicas y la obligación de los órganos de contratación publicaren un gran número de informaciones sobre sus procedimientos y contratos, la sociedad ha ganado un acceso mucho más amplio y efectivo a las actividades de las administraciones públicas en el tema, posibilitando, en teoría, que el control gane una dimensión más importante que hasta el presente momento. Aunque la disponibilidad de la información sea fundamental, ella es insuficiente si no existe una demanda por parte de los ciudadanos, que sólo nasce a partir del conocimiento de eso derecho y de los mecanismos que pueden ser utilizados para su ejercicio[989], estando esta tarea de publicitación de los derechos de control de los ciudadanos todavía pendiente para la Administración Pública brasileña.

Por otro lado, como anteriormente explicitado, la realización de denuncias no es propiamente una actividad sin riesgos en Brasil. Por lo tanto, es necesario ofrecer a los ciudadanos canales seguros para la realización de denuncias advenidas del control social. Si los funcionarios, que tienen medios oficiales para su defensa y protección, muchas veces se sienten inseguros en realizar denuncias, es plausible pensar que un ciudadano común tendrá mucho más recelo. Así, es importante difundir formas seguras (y con la opción de anonimato) para que los ciudadanos realicen sus denuncias. Un ejemplo de esa medida son los llamados buzones de integridad, como el ya mencionado *Buzón Ético y de Buen Gobierno*, proporcionado por el Ayuntamiento de Barcelona, en lo cual los ciudadanos pueden efectuar denuncias confidenciales o anónimas a través de medios electrónicos, caso tengan miedo de sufrir represalias.

[989] Véase CERRILLO Y MARTÍNEZ, A. "Public transparency as a tool to prevent corruption in public administration". En CARLONI, E. y PAOLETTI, D. (Ed.) *Preventing corruption through administrative measures.* Perugia: Morlacchi, 2019, p. 89.

De otra parte, esa apertura de las administraciones públicas para el recibimiento de denuncias de corrupción, con la debida seguridad a los ciudadanos, debe enfocarse principalmente en el uso de los medios electrónicos[990], pues este un tipo de comunicación cada vez más presente en la vida de los ciudadanos, que hoy gestionan buena parte de sus vidas a través de esos medios, y también, por poder ser ejercitado a la distancia, sin la necesidad de dirigirse a una oficina, puede reducir eventuales recelos para la realización de denuncias. Además de proporcionas esos canales, la Administración debe publicítalos adecuadamente y ofrecer *interfaces* amigables e intuitivas para su uso por personas de todos los niveles de escolaridad.

Una otra medida, también vinculada al uso de la tecnología en el ejercicio del control social, es la disponibilidad abierta a toda la sociedad de los anteriormente examinados sistemas de alerta de riesgos de corrupción que utilizan inteligencia artificial en el rastreo de procedimientos de adjudicación y contratos públicos que pueden contener indicios de irregularidades. La mayoría de esos sistemas es cerrado o sólo parcialmente abierto[991], con la excepción de *Red Flags*[992], de Hungría, que es totalmente abierto al público, que puede acceder al sitio web y realizar la verificación y seguimiento de todos los procesos de contratación existentes en las bases de datos de la herramienta. El ciudadano coloca los filtros que desea y la inteligencia artificial muestra los riesgos potenciales en las contrataciones.

---

[990] Sobre la participación ciudadana a través de los medios electrónicos, véase MARTÍNEZ ISIDORO, B. "El estado de la participación en la actividad de la Administración General del Estado". En SÁNCHEZ DE DIEGO, M. y SIERRA RODRÍGUEZ, J. *Transparencia y participación para un gobierno abierto*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2020, pp. 158-162.

[991] Véase MIRANZO DÍAZ, J. "Retos de futuro de la compra pública: ¿nuevas oportunidades?". Ponencia en el IX Congreso Internacional sobre Contratación Pública "*Nuevos retos de la compra* pública", Cuenca, 2020.

[992] https://www.redflags.eu/.

Como Brasil ya tiene en funcionamiento un sistema de alerta de riesgos basado en inteligencia artificial, el Sistema Alice, sería una importante medida de fomento al control social su apertura a toda sociedad civil, para que esta puede utilizar esa herramienta para evaluar y monitorear los riesgos en las contrataciones públicas brasileñas[993]. Como los propios documentos que forman la base de datos del Sistema Alice son públicos, pues son anuncios de licitaciones y contratos publicados abiertamente en el Portal de Compras del Gobierno Federal, no parece existir ningún obstáculo en posibilitar que todos los ciudadanos lo puedan utilizar.

Otra medida importante en términos de fomento al control social sería aumentar la participación y el poder de monitoreo de las organizaciones sociales. Estas proporcionan que los ciudadanos interesados en determinados temas específicos, como el combate a la corrupción o la integridad de las contrataciones públicas, se unan para realizar esa actividad en conjunto, proporcionando más capacidad de trabajo, más fuerza de presión ante los órganos gubernamentales y también mejor protección a los participantes que se encuentran en el seno la organización.

En Brasil, además de organizaciones más estructuradas y de ámbito de actuación nacional como la *Transparency International Brasil* y la *Transparência Brasil*, merecen consideración los llamados *Observatorios Sociales*, una iniciativa que empezó en el Estado de Paraná en 2004[994] y hoy forma una red de observatorios presente en

[993] Sobre la participación de la sociedad como forma de mejorar la eficacia de los sistemas de alertas, véase CERRILO I MARTINEZ, A. "Diez propuestas para la colaboración ciudadana en la alerta de malas prácticas en la Administración Pública". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 6, 2018, pp. 1-7.

[994] Véase SCHOMMER, P. y MORAES, R. "Observatórios sociais como promotores de controle social e *accountability*: reflexões a partir da experiência do Observatório

más de 150 ciudades brasileñas, constituyendo el denominado *Sistema Observatório Social do Brasil*[995]. Cada observatorio es compuesto por ciudadanos voluntarios que buscan fiscalizar la integridad y la correcta aplicación de los recursos públicos en las diversas administraciones públicas brasileñas, actuando a favor de la transparencia y de la rendición de cuentas por parte de los gestores públicos. Esa red ya ha participado de importantes proyectos de prevención a la corrupción en las contrataciones públicas, como el *Obra Transparente*, que, bajo la coordinación de la Transparência Brasil, ha monitoreado las licitaciones y fiscalizado la ejecución de obras públicas en las ciudades de origen de 22 de esos observatorios sociales[996].

Todavía, la estructuración de los ciudadanos en organizaciones sociales no es siempre una garantía de más fuerza para garantizar acceso a las informaciones que pueden ayudar a prevenir actos de corrupción. Un ejemplo es el proyecto *Achados e perdidos*, también de la Transparência Brasil, que, basada en la Ley de Acceso a la Información, ha solicitado informaciones a 206 órganos públicos. El resultado fue que el 46% ignoraron la solicitud, el 17% denegaron el acceso, el 23% lo concedieron parcialmente y solo el 14% otorgó acceso completo a la información[997].

La falta de respecto a la legislación de transparencia pública, así como la demora en la entrega de las informaciones solicitadas, son, sin

---

Social de Itajaí". *Revista Eletrônica de Gestão Organizacional*, núm. 8, 2010, pp. 298-326.

[995] Vid. https://osbrasil.org.br/.

[996] La descripción del proyecto y su documentación están disponibles en https://www.transparencia.org.br/projetos/obratransparente.

[997] Véase GABRIEL, Y. "Controle social da administração pública". *Jota*, 2017. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/controle-social-da-administracao-publica-17102017.

duda, una grave amenaza al control social de las contrataciones públicas en Brasil. Una posible solución para eso sería traer las organizaciones sociales "para dentro de los contratos públicos" a través da realización de pactos de integridad. Como visto anteriormente, los pactos de integridad creados por *Transparency International* y funcionan como una especie de contrato entre el órgano público contratante, las empresas licitadoras y una organización independiente, que será responsable por el monitoreo del procedimiento de adjudicación y de la ejecución del contrato, velando por la integridad en todas las fases a través del acceso completo a todos los documentos relacionados.

En Brasil, la previsión normativa de la firma obligatoria de pactos de integridad para determinados tipos de contratos y a partir de un cierto umbral económico (que pueden ser variables de acuerdo con el ente público contratante), podría ser una medida extremamente relevante para garantizar la efectividad del control social de las contrataciones públicas, una vez que las organizaciones sociales, en vez de padecer con negativas y retrasos injustificados en sus pedidos a través de la Ley de Acceso a la Información, tendrían acceso directo e irrestricto a todos los documentos oriundos del proceso de contratación, pudiendo así realizar un control completo y casi inmediato de los procedimientos de adjudicación y de la ejecución de los contratos públicos sometidos a la firma obligatoria de los pactos de integridad.

Por otro lado, la capilaridad de redes de organizaciones sociales, como el *Sistema Observatório Social do Brasil*, podría favorecer que los pactos de integridad sean posibles en diversas regiones de Brasil, no se quedando limitados a las mayores ciudades, pues, como comentado, los problemas de integridad en la contratación son particularmente preocupante en las ciudades menores y más aisladas.

5.5. Tribunales Administrativos de Recursos

Una de las grandes debilidades en la legislación brasileña en el control de la contratación pública, y consecuentemente también en la prevención de la corrupción, es la ausencia de un sistema de recursos independiente, sin vinculación con la esfera administrativa que dictó la decisión impugnada. En el sistema vigente en Brasil, sólo de recursos administrativos ordinarios, hay recursos contra actos de la licitación que son resueltos por el superior jerárquico del agente público que practicó en referido acto, y otros que tampoco son considerado recursos, como la impugnación de los términos de anuncios de licitación o de pliegos.

Esa deficiencia normativa causa serias violaciones de los principios de la contratación pública, pues pone en riesgo la legalidad, la igualdad de trato, la competencia y, principalmente, la integridad de los procedimientos de contratación. La Administración, además de, en la práctica, negar el derecho de recurso que tienen los licitadores, también debilita su estructura de control, una vez que no permite que un órgano independiente examine la regularidad de las decisiones de sus agentes, abriendo espacio para posibles conflictos de intereses en las contrataciones públicas. Como resultado de esa anomalía en los recursos, muchas veces los licitadores se obligan a presentar una denuncia en el tribunal de cuentas competente para tener su pleito apropiadamente analizado.

En su *Principles for Integrity in Public Procurement*, la OCDE coloca como uno de los principios de integridad en la contratación pública el manejo de las reclamaciones de los licitadores de una manera justa y oportuna. Para la referida organización, los gobiernos

deben asegurarse de que los operadores económicos tengan acceso oportuno a los sistemas de revisión en materia de contratación y que los recursos se resuelven con celeridad. Por su vez, para garantizar una revisión imparcial, es necesario que un organismo independiente de los órganos de contratación se pronuncie sobre las decisiones de contratación, decidiendo los recursos interpuestos por los licitadores. Asimismo, para la OCDE los gobiernos también deberían considerar el establecimiento mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de contratación pública, con el objetivo de reducir el tiempo de resolución de los recursos.

Para la adaptación de la legislación brasileña a los sistemas de recursos más desarrollados en materia de contratación, el modelo español de Tribunales Administrativos puede servir como un valioso modelo a seguir, principalmente con los resultados prácticos positivos que vienen siendo recogidos en los últimos años a través de esa arquitectura de control, que ha gabado la confianza de los recurrentes, demostrado rapidez y calidad en las resoluciones, apreciable independencia en su funcionamiento y un escaso porcentaje de resoluciones impugnadas ante la vía jurisdiccional[998].

Aunque no sean tan comunes, y no lleven el nombre específico de tribunales, el concepto de tribunales administrativos de recursos no es totalmente desconocido en el ordenamiento jurídico brasileño, lo que facilitaría una posible introducción de un tribunal administrativos de recursos en materia de contratación pública. Los "tribunales administrativos" hoy existentes son utilizados principalmente para la interposición de recursos con relación a la imposición de sanciones administrativas en temas como tributos, orden financiera y tránsito,

[998] Vid. SANTIAGO FERNÁNDEZ, M. J. "Recurso especial en materia de contratación", *ob. cit.*, pp. 890-894.

teniendo esos "tribunales" un grado menor o mayor de independencia con respecto a los órganos que ha practicado el acto o tomado la decisión sujeta a recurso.

El ejemplo más paradigmático, también por la importancia que ha conquistado, es el denominado Consejo Administrativo de Recursos Fiscales (CARF)[999], responsable por juzgar los recursos sobre la aplicación de la legislación relativa a los tributos federales de competencia de la Hacienda de la Unión. Creado en 2009 por la Ley 11.941/2009[1000], el CARF es un órgano colegiado, formado actualmente por 130 consejeros elegidos de modo paritario entre representantes de la Administración Pública Federal y de la sociedad, que funciona como una instancia de recurso para las decisiones iniciales de la Hacienda de la Unión sobre materia tributaria y aduanera.

El CARF es vinculado a la estructura del Ministerio de la Economía, pero sus integrantes tienen independencia para sus decisiones. La elección de los integrantes es por intermedio de una lista tríplice, de la parte de la Hacienda o de los contribuyentes, formada por personas con formación, conocimiento y experiencia en derecho tributario y tributos federales y aduaneros. De esa lista, el Comité de Selección de Consejeros decidirá por un nombre, el cual será después tendrá su indicación refrendada por el Ministro de la Economía. Los indicados por la Hacienda Federal deberán ser funcionarios de la propia Hacienda con, al menos, 5 años en ejercicio. Por su vez, aquellos indicados por los contribuyentes (a través de las confederaciones que representan categorías económicas y de las centrales sindicales)

[999] http://idg.carf.fazenda.gov.br/.

[1000] Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm.

deberán tener grado completo, inscripción en el órgano de clase respectivo por al menos 3 años, conocimiento técnico notorio, y efectivo y probado ejercicio de actividades que requieran conocimientos en las áreas de derecho tributario, proceso administrativo tributario y tributos federales. Cada consejero cumple un mandato de 2 años, con la posibilidad de más dos reconducciones, hasta el tiempo máximo de 6 años.

Aunque no sea un órgano completamente independente, una vez que está vinculado al Ministerio de la Economía y sus miembros necesitan ser confirmados por el Ministro, el CARF tiene sus decisiones valoradas como independentes, principalmente debido a su composición paritaria, una garantía que la Administración no impondrá su voluntad unilateralmente. Actualmente, tramitan más de 90 mil procesos administrativos en el CARF[1001], comprobando que los ciudadanos creen en la utilidad de la interposición de los recursos. De otra parte, mismo disponiendo de la posibilidad de discutir el débito tributario en la vía jurisdiccional después de un recurso denegado, grande parte de los contribuyentes acepta la resolución y no utiliza el Poder Judiciario[1002].

De esa forma, la creación de Tribunales Administrativos de Recursos en materia de contratación pública en Brasil no parece ser una tarea particularmente difícil, pudiendo ser utilizada la experiencia brasileña previa de tribunales administrativos con el modelo específico de tribunal administrativo de contratación pública que existe en

[1001] http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-nov.pdf.

[1002] Vid. ADAMY, P. "O Carf como tribunal paritário". *Jota,* 2020. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-carf/o-carf-como-tribunal-paritario-25022020.

España, por ejemplo[1003]. No hay la necesidad de un tribunal centralizado como el caso del CARF (o del TACRC, como en España), siendo posible la creación de un tribunal administrativo de recursos en cada Estado de la Federación, que sería responsable por todos los recursos derivados de las contrataciones públicas de la Unión, del respectivo Estado y de los Municipios de este. Aunque las normativas pueden cambiar parcialmente, no sería un gran obstáculo para un jurista capacitado. El objetivo es que todos los entes de la Federación, sin excepción debido a razones políticas, organizativas o presupuestarias, pueda garantizar el derecho de los licitadores en tener su recurso decidido por un tribunal independiente, y también tener a su disposición una forma de control extremamente importante para prevenir la corrupción en sus contrataciones.

La composición de los miembros podría ser por indicación de los propios entes, como en los términos del Comité de Gestión de la Red Nacional de Contratación Pública, responsable por el Portal Nacional de Contrataciones Públicas, en lo cual la Unión indica 3 representantes, los Estados 2 representantes y los Municipios también más 2. Obviamente, todos los miembros del tribunal necesitarían poseer algunos requisitos mínimos de conocimiento y experiencia en el área de la contratación pública, ausencia de impedimentos y conflictos de intereses, y gozar de determinadas garantías para el ejercicio independiente de sus funciones.

[1003] Esa idea es discutida en otros países de América Latina para la creación de sus propios tribunales administrativos de recursos en materia de contratación pública. En eso sentido, véase BAUTISTA FLORES, A. "Aproximaciones en torno a la figura de los Tribunales Administrativos de Contrataciones". *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 138, 2021, pp. 56-89; y TOLEDO, R. I. *Tribunales especiales administrativos y tribunales arbitrales institucionales para la resolución de controversias originadas en la contratación pública. Propuesta normativa de tribunal arbitral institucional para la provincia del Chaco en esa materia*. A Coruña: Universidade da Coruña, 2019.

La legitimación para recurrir a esos tribunales debería ser permitido a todos los ciudadanos, como forma de garantizar el control social sobre la contratación pública, una vez que todos tienen interés en contrataciones íntegras y eficientes, pues se tratan de la inversión de fondos públicos[1004]. Igualmente, no deberían existir umbrales económicos o tipos de contratos excluidos, como forma de evitar que existan "agujeros" en el control efectivo de la legalidad e integridad de las contrataciones públicas[1005]. Además, ciertamente que serían necesarias algunas adaptaciones relativas a las especificidades de los sistemas administrativo y judicial brasileños, pero no existe duda que la creación de esos tribunales podría seguir en gran parte el ya testado (y aprobado) modelo español.

5.6. Agencia independente de contratación pública

Una de las grandes dificultades en el combate contra la corrupción siempre fue la indebida usurpación en los órganos de control por parte de las influencias políticas, que, a través del poder de nombrar o demitir los dirigentes de esos órganos, siempre han buscado garantizar su impunidad o de sus aliados políticos. Los procedimientos de investigación y los procesos abiertos con o objetivo de analizar posibles casos de corrupción podrían ser súbitamente paralizados a partir de un orden jerárquicamente superior, a partir de un pedido de alguna figura relevante de la política que no tenía interés en la continuidad de las averiguaciones.

[1004] Véase MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. *Contratación pública y transparencia..., ob. cit.,* p. 424.

[1005] Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. "Integridad y transparencia en la contratación pública...", *ob. cit.*, pp. 47-48.

Esa preocupación, de nivel mundial, fue objeto de tratamiento en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual, en su art. 6, prevé que cada Estado parte garantizará la existencia de un o más órganos encargados de la prevención de la corrupción, otorgando también a esos órganos "*la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones"*.

Tales órganos, que terminaron conocidos comúnmente como las agencias anticorrupción, vienen ganando previsión en muchos países, exactamente por posibilitaren, al menos en teoría, que el combate a la corrupción se aleje de las influencias políticas. CERRILLO I MARTINEZ[1006] señala que normalmente esas agencias son caracterizadas por la presencia de tres elementos fundamentales: 1) independencia, para desarrollar sus actividades sin interferencias políticas o profesionales, a través de mecanismos como regulación, encaje institucional, nombramiento y remoción de los responsables y autonomía presupuestaria; 2) especialización, una vez que el combate a la corrupción exige conocimientos, experiencias y capacidades específicas en diferentes ámbitos; y 3) recursos y competencias, para efectivamente cumplir sus objetivos contra la corrupción y para garantizar su independencia al evitar depender de los recursos de otras entidades.

[1006] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública..., ob. cit.,* pp. 463-464.

Las funciones y actividades de una agencia anticorrupción pueden ser múltiples, vinculadas a las más diversas formas de prevención a la corrupción en diferentes niveles. PONCE[1007] enumera algunas más comunes entre ellas: 1) recepción y respuesta a denuncias; 2) recogida y procesamiento de datos, seguimiento e investigación; 3) sanciones y emisión de órdenes administrativas; 4) investigación, análisis y asistencia técnica; 5) guía para políticas públicas de ética e integridad, supervisión de *compliance* y examen de declaraciones; y 6) informaciones al público y educación ética y contra la corrupción.

Como puede ser observados, son todas tareas fundamentales para la prevención de la corrupción. De esa forma, no es una sorpresa que varios países e incluso administraciones públicas subnacionales hayan buscado apoyo en la creación de agencias anticorrupción para prevenir y combatir la corrupción en sus territorios. En España, por ejemplo, existen agencias anticorrupción autonómicas en Cataluña, Comunidad Valenciana e Islas Baleares, además de agencias locales en Barcelona y Madrid[1008]. Además de velar por la integridad de forma general dentro sus respectivas circunscripciones, las referidas agencias, a través de sus actividades de prevención a la corrupción en la contratación pública, también colaboran con informaciones que son utilizadas por otras entidades, como en los informes de supervisión de la OIReScon[1009].

[1007] PONCE, J. "Las agencias anticorrupción, Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 3, 2017, pp. 1-13.

[1008] Vid. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad...", *ob. cit.*, pp. 1638-1644.

[1009] Véase, por ejemplo, el *Informe anual de supervisión de la contratación pública 2021. Módulo IV: la prevención y lucha contra la corrupción en la contratación pública*. Disponible en https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2021/ias2021-modulo4.pdf.

Uno de los casos más paradigmáticos de una agencia anticorrupción nacional está en Italia, con la creación de la denominada *Autorità Nazionale Anticorruzione* (ANAC). Creada en el 2013 a partir de la previamente existente Comisión para la Evaluación, la Integridad y la Transparencia, la ANAC es diseñada como una autoridad administrativa independente, de ámbito nacional, responsable por la prevención de la corrupción en todos los ámbitos de la actividad administrativa[1010], con actuación principal en tres grandes áreas: la lucha contra la corrupción, la transparencia y la contratación pública, en las cuáles ejerce poderes de coordinación, vigilancia, control e intervención. Es estructurada como un consejo, compuesto por 5 miembros designados por el gobierno y aprobados por comisiones parlamentarias[1011].

Una de las tareas principales de la ANAC es elaborar el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción, un conjunto de objetivos y políticas que buscan reducir la corrupción, aumentar la capacidad de vigilancia y control y proporcionar un contexto de integridad que desfavorezca los actos de corrupción. Según MARINI[1012], la adopción del PNA no puede ser encarada como una actividad puntual, pero sí como un proceso continuo en el que estrategias e instrumentos son mejorados, modificados o sustituidos de acuerdo con las respuestas derivadas de su aplicación. Por otro lado, la implementación del PNA necesita del desarrollo progresivo del sistema de prevención a la

[1010] https://www.anticorruzione.it/mission-e-competenze.

[1011] Véase CARLONI, E. "El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época,* núm. 7, 2017, pp. 86-102.

[1012] MARINI, F. "Corrupción en Italia: el antes y el después de la reforma Severino". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 7, 2018, pp. 1-6.

corrupción, basado en el consenso sobre sus políticas, su aceptación y de la promoción por todas las partes involucradas.

Específicamente en materia de contratación pública, la ANAC tiene un papel central en el ordenamiento jurídico italiano. Con efecto, buena parte de su estructura deriva de la incorporación de la antigua Autoridad para la Vigilancia de los Contratos Públicos, y entre sus competencias principales está la integridad y la competencia entre los sujetos públicos y privados que participan del sistema de contratación pública, buscando una correcta y oportuna ejecución de los objetos de los contratos públicos[1013]. Entre sus atribuciones están la regulación de la disciplina de los contratos públicos, de predisposición de las convocatorias tipo, de precios de referencia y de costos estándar, de anticorrupción y de transparencia en la contratación, además de funciones de vigilancia sobre los contratos, las variantes, y la disciplina de la transparencia y de anticorrupción[1014].

Una de las herramientas más importantes en la ANAC en su competencia de regulación y supervisión de la contratación pública son la expedición de directrices (*linee guida*), previstas en el Decreto Legislativo 50, de 18 de abril de 2016 (*Codice degli appalti pubblici*) para auxiliar los órganos de contratación, mejorar la cualidad de los procedimientos de adjudicación y garantizar la transparencia y la integridad de las contrataciones. En el texto del referido Decreto

[1013] Vid. RACCA, G. "De la autoridad sobre los contratos públicos a la Autoridad Nacional Anticorrupción: un cambio de sistema". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 19, 2018, p. 186.

[1014] DÍAZ BRAVO añade otra función de la ANAC, que es en el desarrollo de un procedimiento precontencioso, de carácter facultativo, con carácter de medio de solución alternativo de controversias, que los órganos de contratación y particulares pueden utilizar para dirimir sus conflictos sin la necesidad de judicialización ("El sistema de recursos en la contratación pública italiana: procedimientos y control de litigiosidad". *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 54, 2020, versión electrónica).

Legislativo 50, la utilización de las *linee guida* de la ANAC son abundantes, como fuente futura de las reglamentaciones necesarias para la aplicación del Decreto. De esa forma, fica claro que la ANAC, además de su papel como agencia anticorrupción italiana, tiene ese otro papel fundamental de órgano de regulación y supervisión de la contratación pública en Italia. En la ANAC existe la junción de dos competencias administrativas normalmente distintas, prevención general de la corrupción y regulación de la contratación pública, pero parece que, debido exactamente a la importancia de esta última materia y su exposición amplia a los riesgos de corrupción, el legislador italiano ha decidido mantener los temas bajo la tutela de un único órgano independiente.

En Brasil, el órgano que más se asemejaría a una agencia anticorrupción sería la ya mencionada Contraloría General de la Unión, responsable por el control interno de todos los órganos y entidades federales y por la proposición de políticas públicas de lucha contra la corrupción. Todavía, como bien apuntan JUSTINO DE OLIVEIRA y VENTURINI DE SOUSA[1015], la CGU, en que pese la ampliación reciente de sus competencias y su refuerzo institucional, no tiene importantes rasgos que caracterizan las agencias anticorrupción, principalmente un grado suficiente de independencia, pues tiene una autonomía considerable, pero permanece susceptible a influencias políticas, especialmente en áreas sensibles como la selección del personal, la definición del plan de actuación y la gestión presupuestaria. Para los citados autores, en Brasil más bien existe un modelo multiagencias, un sistema compartido de combate a la corrupción por varios órganos, como la misma CGU, el TCU y la Fiscalía.

[1015] JUSTINO DE OLIVEIRA, G. y VENTURINI DE SOUSA, O. "Controladoria-Geral da União: uma agência anticorrupção?". En PEREZ, M. A. y SOUZA, R. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 323-331.

Una situación parecida pasa con la propia contratación pública brasileña, cuya regulación, supervisión y control es dividido entre diversos órganos. El Ministerio de la Economía, a través de sus reglamentos, portarías e instrucciones normativas, realiza, en el ámbito federal, la reglamentación de las normas de contratación pública derivadas de las leyes generales, disponiendo también sobre las directrices que los órganos de contratación federales deben utilizar en su funcionamiento. La CGU, por su vez, además del control interno de las contrataciones, también publica las políticas de integridad y de combate a la corrupción que deben ser observadas por los órganos de contratación. También participa de esa "división" la Abogacía General de la Unión (AGU), responsable por fornecer los modelos de anuncios de licitación, pliegos y contratos que deberán ser usados por los órganos de contratación, además de expedir orientaciones normativas que deben ser seguidas por estes últimos. Por fin, también está el TCU, que, además de ter la competencia del control externo, funciona en la práctica, por medio de las resoluciones de las denuncias que recibe, como un auténtico tribunal administrativo, formando "jurisprudencia" que acaba influenciando los procedimientos adoptados dentro de los órganos de contratación, siendo considerado, de esa forma, el "gran intérprete" de las normas de contratación pública en Brasil. Esa confusa "arquitectura" costumbra repetirse a nivel estadual, con órganos análogos ejerciendo esas competencias.

Obviamente, esa multitud de órganos formulando reglamentos, orientaciones y decisiones sobre contratación pública frecuentemente causa contradicciones sobre la correcta interpretación a seguir, confundiendo a los órganos de contratación, los cuáles, incluso, pueden sufrir censuras y sus empleados ser punidos a partir de la adopción de una interpretación que determinado órgano de regulación utilice pero que un otro de control crea que es equivocada. Por lo tanto, en su actual configuración, esa división de competencias, además de no

ayudar, termina por perjudicar el funcionamiento de los órganos de contratación en Brasil.

La creación de una agencia anticorrupción en Brasil no parece ser probable en un horizonte próximo, principalmente por los intereses de los políticos en mantener determinados controles sobre los órganos que puedan, de alguna forma, investigarlos sobre denuncias de corrupción. La experiencia de la operación Lava-Jato, que llevó varios políticos provisoriamente a la cárcel, está ocasionando, en los últimos años, una considerable reacción de las esferas políticas, que, además de medidas legislativas para reducir los poderes de investigación, buscan también disminuir la relativa autonomía que disponen algunos órganos de combate a la corrupción. Así, discutir hoy en Brasil la posibilidad de implantación de una agencia independente de lucha contra la corrupción en el modelo de la ANAC, por ejemplo, con amplios poderes y competencias, parece ser una tarea imposible.

Por otro lado, como importante medida de gobernanza de la contratación pública, y consecuentemente colaborando para la prevención de la corrupción, la creación de una agencia independiente de contratación pública podría ser encarada de forma positiva en la realidad brasileña. En Brasil, existen las figuras de las agencias reguladoras, que son autarquías especiales responsables por reglar y fiscalizar determinadas actividades[1016], que poseen prerrogativas propias y una mayor autonomía con relación a los gobiernos. Los dirigentes de esos órganos, en el ámbito federal, son indicados por el Presidente de la República para mandatos fijos y, después de la

[1016] Actualmente, existen las seguientes agencias reguladoras: Agencia Nacional de Telecomunicaciones, Agencia Nacional de Energía Eléctrica, Agencia Nacional del Petróleo, Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria, Agencia Nacional de Salud Suplementar, Agencia Nacional de Transportes Terrestres, Agencia Nacional de Transportes Aquaviarios, Agencia Nacional del Cine, Agencia Nacional de Aguas y Agencia Nacional de Aviación Civil.

aprobación del Senado Federal, sólo pueden ser destituidos en razón de determinadas situaciones, como renuncia, sentencia condenatoria firme o proceso administrativo disciplinar[1017]. Por otro lado, tienen independencia financiera, proporcionada por la cobranza de tasas de los operadores económicos bajo su competencia y de las multas decurrentes de las sanciones aplicadas por el incumplimiento de sus normativas y determinaciones.

Así, la creación de una agencia independiente de contratación pública no sería algo tan raro en el ordenamiento jurídico brasileño, ya acostumbrado al régimen jurídicos de las agencias reguladores. Por supuesto, la conformación de una agencia para la contratación pública deberá ser analizada cuidadosamente, no siendo suficiente simplemente copiar los modelos de las agencias reguladores, que tratan de actividades económicas, mientras la contratación pública, aunque tenga un gran contenido económico, involucra muchos otros objetivos de naturaleza pública. Todavía, la independencia derivada de la "inamovilidad" de los dirigentes y del presupuesto autónomo (cuyo origen necesitaría discusión) sería un buen comienzo.

El modelo de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación podría ser utilizado en muchos aspectos en Brasil, con la coordinación de la supervisión de la contratación pública, la determinación de la correcta aplicación de la legislación, la fiscalización del cumplimiento de las normas y principios de la contratación, la promoción de las buenas prácticas y la prevención de la corrupción en los procedimientos y contratos. Para eso, la agencia brasileña podría emitir reglamentos, directrices (como las *linee guida* italianas), informes, y, principalmente, así como la OIReScon, "*aprobar*

[1017] Véase ALVES DA SILVA y NELSON, R. A. "Uma análise do aspecto regulador do Estado brasileiro à luz do papel das agências reguladores". *Revista de Direito Administrativo*, vol. 268, 2015, pp. 153-185.

instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública", pues uno de los principales problemas de la contratación pública brasileña es exactamente las interpretaciones divergentes sobre una misma norma.

Para no existir cuestionamientos sobre el ámbito de competencia de esa agencia, el ideal sería la participación conjunta de Unión, Estados y Municipios en la gestión y en elección de los dirigentes (como en el caso ya citado del PNCP), dejando claro que los entes de todas las esferas federativas están bajo la autoridad de la agencia independiente de contratación pública, que se trata de una entidad a nivel nacional y que su competencia atinge todos los órganos de contratación.

Una otra medida importante, principalmente con relación al combate a la corrupción, es dotar la agencia de instrumentos de sanción contra sujetos públicos y privados que no cumplan con la legislación de contratación, principalmente en términos de integridad y transparencia, o cometan irregularidades. El control interno central sobre contrataciones públicas, que hoy está en la CGU y en los órganos estaduales análogos, podría ser absorbido por la agencia independiente de contratación pública. De esa forma, estaría prácticamente configurada una especie de agencia anticorrupción, pero con una actuación limitada a la materia de contratación pública.

CONCLUSIONES

Este trabajo nació con la pretensión de hacer una comparación entre la, en aquella época, recién promulgada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y, por su vez, la entonces vigente Ley 8.666/1993, la ley general de contratación pública en Brasil. Sería una oportunidad de analizar la transposición realizada por el legislador español de las directivas europeas de 2014 sobre contratación pública, una de las normativas más modernas del mundo sobre a materia. Como enfoque específico, el trabajo también buscaría la investigación de los mecanismos de prevención a la corrupción previstos en las legislaciones de contratos públicos de España y Brasil, intentando examinar la posibilidad de aplicación de algunos de los españoles en la realidad brasileña, uno país reconocido por su alto grado de corrupción en todas las áreas, y particularmente en la contratación pública.

Todavía, casi 4 años después, la realidad ha cambiado un poco el curso del trabajo y mucho la propia noción de la contratación pública necesaria para la sociedad. Más recientemente, ya en abril de 2021, ha surgido una nueva ley general de contratos públicos en Brasil, la Ley 14.133/2021. Esta ley, a pesar de varias criticas y avances por veces tímidos en algunos temas, modernizó la legislación brasileña en muchos y relevantes aspectos, incluso con la introducción y perfeccionamientos de mecanismos de combate a la corrupción que definitivamente irán ayudar a reducir, al menos en alguna monta, los graves problemas de integridad y transparencia que la contratación pública sufre en Brasil.

Todavía, el hecho más importante (quizá de nuestra generación) ocurrió a partir de febrero de 2020, con la irrupción de la pandemia de Covid-19. De un momento para otro, el mundo asiste incrédulo, como en una película mala de Hollywood, la diseminación de un virus mortal, que cierra las fronteras de los países y las personas en sus casas. Con un número asustador de enfermos y fallecidos, los sistemas sanitarios alrededor del mundo empezaran a colapsar, pues no disponían del personal, de los insumos y de los equipos suficientes para combatir la nueva enfermedad.

Esa situación de emergencia ha puesto en evidencia la contratación pública como herramienta fundamental para la sociedad, pues los insumos y equipos disponibles eran disputados de manera reñida por las naciones, muchas veces con bloqueos y confiscaciones, pues la vida de las personas estaba en juego. De una serie de procedimientos tediosos y burocráticos, la contratación pública había pasado al palco principal, se tornando un instrumento jurídico y económico para salvar vidas. La necesidad imperiosa de una contratación pública ágil y sin amarras excesivas llevó muchos países a crearen normativas excepcionales, pues sus legislaciones ordinarias no estaban preparadas para el desafío de aquel momento.

Todavía la situación no está totalmente controlada, pero, con medidas sanitarias más efectivas, tratamientos más eficientes contra la enfermedad y, principalmente, con la vacunación de cada vez más personas, la perspectiva es que el virus sea derrotado. La esperada "vuelta a la normalidad", tarde o temprano, llegará para todas las sociedades. No obstante, entre tantas lecciones que deberían ser aprendidas con esa pandemia, la importancia de una contratación pública ágil, eficiente y enfocada en las políticas públicas más necesarias para los ciudadanos, debe ser recordada por los legisladores y por todos que trabajan con el área.

La idea de una contratación pública estratégica, basada en la realización de políticas públicas esenciales, como la salud, la educación, la protección medioambiental, el desarrollo social y económico y la innovación, precisa ser cada vez más puesta en práctica. Cuando la Administración Pública contrata una obra, un servicio o un suministro no puede estar simplemente haciendo una adquisición como una persona común, pero sí invirtiendo los fondos públicos en una necesidad de la sociedad y ayudando con esa inversión en la implementación de determinadas políticas públicas también en beneficio de la misma sociedad. Ese cambio de paradigma, que empezó hace algunos años, precisa ser cada vez más fortalecido.

Las directivas europeas de 2014, analizadas de forma general en el primero capítulo de la tesis, pueden ser consideradas como un punto de referencia en la comprensión de que la contratación pública precisa ser una herramienta moderna y eficaz a servicio del desarrollo de la sociedad, y, en el caso específico de las directivas, del desarrollo de los Estados miembros de Unión Europea. Por eso, después de una breve mención a normativas y documentos anteriores, inicialmente fue importante delimitar el alcance objetivo y subjetivo de la normativa europea de contratación pública, con enfoque en la Directiva 2014/24/UE, y la búsqueda por evitar que su aplicación sea evadida por intereses nacionales, en detrimento de la igualdad de trato que debe existir para los operadores económicos de la Unión.

A seguir, fue analizada la preocupación de la Directiva 2014/24/UE con la implementación de una contratación pública electrónica y estratégica en Europa. La utilización de medios electrónicos en los procedimientos de adjudicación es siempre una forma de proporcionar más celeridad, transparencia e integridad a esos procedimientos, pero, en términos de la Unión, es también aumentar

la oportunidad de participación de operadores económicos de otros países europeos, incrementando la competencia y garantizando la igualdad de trato. Por otro lado, fue visto que la Directiva 2014/24/UE hace hincapié especial en la contratación pública estratégica, colocando la necesidad de los órganos de contratación pensaren los objetivos medioambientales, sociales y de innovación en todas las fases de sus contrataciones.

En el segundo capítulo, fue analizada la transposición realizada por España de las directivas europeas de 2014 sobre contratación pública. Tal transposición, realizada a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, significó una importante modernización de la normativa española, que pasó a contar con nuevas herramientas para una contratación pública más eficiente. Así, fue detallado el ámbito de aplicación de la ley, con énfasis en la observación de las disposiciones europeas sobre eso. A seguir, se pasó al estudio de las formas y reglas en planificación, preparación y adjudicación de los contratos públicos, así como de las técnicas de racionalización de la contratación, siempre poniendo relevo en las novedades traídas por la LCSP. Después, también fueran objeto de análisis las disposiciones de la ley española sobre contratación electrónica, contratación verde, cláusulas sociales y, por fin, las principales cuestiones sobre la ejecución de los contratos.

Como mencionado en varias partes del trabajo, la transposición de las directivas europeas realizada por España sofrió varias criticas por diversas razones, pero, en general, la LCSP puede ser sí considerada una ley moderna y capaz de ofrecer contrataciones públicas eficientes, eficaces y de carácter estratégico. Muchos de los problemas relatados por los especialistas citados no pasan tanto por cuestiones en la redacción de las normas, pero sí en la forma como muchas veces ellas son aplicadas en la práctica de los órganos de

contrataciones. Así, con un refuerzo en la regulación de las rutinas de los órganos y en la supervisión de las contrataciones, no hay duda de que la LCSP puede servir para que España se torne cada vez más una referencia en contratación pública.

Ya en el tercer capítulo fue examinada la nueva ley de contratación pública brasileña, la Ley 14.133/2021. Se partió un breve recorrido histórico por las legislaciones anteriores para empezar con la edición de la ley y su ámbito de aplicación. Posteriormente, se ha analizado, entre otros temas, las disposiciones sobre planificación, preparación y adjudicación de los contratos, así como las normas relativas a la contratación electrónica, contratación verde, contratación social y las reglas aplicables a la ejecución de los contratos.

La nueva ley brasileña debe ser criticada por su falta de osadía, al no traer novedades capaces de realmente cambiar el panorama de la contratación pública en Brasil. Obviamente, como visto, existe la adopción de ideas y institutos que serán muy útiles para hacer la contratación brasileña más eficiente y burocrático, pero no como podría ser posible y quizá necesario. Ese conservadorismo del legislador, que en muchos temas se limitó a unificar leyes anteriores y la jurisprudencia de los tribunales, mantuvo los procedimientos brasileños demasiadamente burocráticos. Por otro lado, se puede decir que el uso de medios electrónicos en las contrataciones, y para dar transparencia a esas contrataciones, recibió un impulso, lo que no se puede decir de la contratación estratégica, una vez que el criterio del precio más bajo continuará a ser la regla general en las adjudicaciones brasileñas.

Ya en el cuarto capítulo, fue realizada una comparación específica entre algunas de las principales medidas de prevención de la corrupción en las legislaciones de España y Brasil. Se empezó con un

breve estudio sobre la corrupción y su ocurrencia en la contratación pública de los países. A continuación, fueran abordados temas importantes para la lucha contra la corrupción, como el principio de la integridad, los conflictos de intereses, la transparencia, la buena administración, las medidas de *compliance,* las denuncias de corrupción y las formas y órganos de control de irregularidades en la contratación pública.

Aquí, se quedó muy claro el atraso de Brasil en diversos puntos importantes para la prevención de la práctica de actos de corrupción relacionados a los contratos públicos. Las menciones escasas a la integridad en la legislación, el tratamiento equivocado de los conflictos de intereses, problemas en la gobernanza de las contrataciones y en la protección de los denunciantes, y, principalmente, en la forma de control de la contratación, principalmente en la inexistencia de órganos independientes para la resolución de recursos. Aunque pueda ser criticada en algunos aspectos, la LCSP, y la legislación española en general, ofrece medidas de prevención a la corrupción más amplías y efectivas que la ley brasileña.

Por fin, en el quinto capítulo, se buscó exactamente hacer algunas propuestas para mejorar la lucha contra la corrupción en la contratación pública en Brasil, aprovechando todo el aprendizaje de los capítulos anteriores. Así, se ha planteado seis medidas principales a ser implementadas en la legislación brasileña: 1) profesionalización de la contratación pública; 2) mejora en el sistema de protección a los denunciantes de corrupción; 3) uso de tecnologías disruptivas en la contratación; 4) refuerzo del control social de los contratos públicos; 5) creación de tribunales administrativos de recursos en materia de contratación pública; y 6) creación de una agencia independiente para regular, supervisar y controlar la contratación pública en Brasil.

Por supuesto que la transformación de esas propuestas en realidad tiene un camino largo y arduo por delante. Medidas de prevención a la corrupción muchas veces, y principalmente en países menos desarrollados como Brasil, enfrentan fuerte oposición de aquellos que se benefician de la práctica de la corrupción. Esos obstáculos sólo son ultrapasados a través de la presión de sociedad, que precisa luchar por una contratación más íntegra y transparente, que realmente sea capaz de ser estratégica, colaborando con la mejora de esa misma sociedad, por intermedio de la promoción de políticas públicas en sus procedimientos.

En el mundo contemporáneo, en lo cual todo es global y casi inmediato, no hay espacio para sistemas de cualquier tipo que estén presos en un pasado en que los trámites dispondrían de plazos largos y seguían burocracias infinitas, mucho menos en el caso de la contratación pública, como la tragedia de la pandemia lo demostró. Pero, además de se requerir eficiencia y eficacia en los contratos públicos, la sociedad también demanda la integridad de ellos, que los escasos fondos públicos, todavía más en un país como Brasil, no desaparezcan en los agujeros de la corrupción.

La exigencia de integridad en la contratación es la propia exigencia de eficacia de ella, pues, sin la existencia de integridad, los procedimientos de contratación tienen su competencia viciada, lo que, consecuente, llevará a malas contrataciones, sea por costes más altos o por adquisiciones de peor cualidad. Para aquellos que desean mejores contrataciones públicas, luchar contra la corrupción no es una opción, es el único camino posible para asegurarse que los contratos públicos puedan ser utilizados no en beneficio de unos pocos, pero sí en favor de toda la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

ABADE, D. "Direito internacional anticorrupção no Brasil". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, vol. 7, núm. 13, 2019, pp. 213-232.

ADAMY, P. "O Carf como tribunal paritário". *Jota,* 2020. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-carf/o-carf-como-tribunal-paritario-25022020.

ALAMILLO DOMINGO, I. "Innovación y seguridad en la contratación pública. Especial referencia a la presentación y recepción electrónica de ofertas". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 353-386.

ALONSO GARCÍA, M. C. "Contratación pública ecológica". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2753-2806.

ALONSO GARCÍA, R. *Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

- "El soft law comunitario". *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001, pp. 63-94.

- *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Cizur Menor: Civitas, 2014.

ALTEMIR FUMANAL, S. "Los contratos mixtos". *Anuario Aragonés del Gobierno Local,* núm. 7, 2016, pp. 393-426.

ALTENBURG DE ASSIS, L. E. "Alteração dos contratos administrativos". En NIEBUHR (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, pp. 189-199.

- ALTENBURG DE ASSIS, L. E. "Extinção dos contratos". En NIEBUHR (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, pp. 209-229.

ÁLVAREZ GARCÍA, V. "Las perspectivas de futuro del derecho público: la formación del derecho público europeo y la armonización de los

derechos públicos nacionales". *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 25, 2010, versión electrónica.

ALVES DA SILVA y NELSON, R. A. "Uma análise do aspecto regulador do Estado brasileiro à luz do papel das agências reguladores". *Revista de Direito Administrativo*, vol. 268, 2015, pp. 153-185.

ALVES LIMA, E. "O diálogo competitivo e os desafios práticos de sua operacionalização". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/coberturas-especiais/nacao-inovadora/dialogo-competitivo-desafios-operacionalizacao-11052021.

AMANDO DE BARROS, L. "Burocracia de rua, accountability e controle social: o caminho para a eficiência". *Jota*, 2019. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/burocracia-de-rua-accountability-e-controle-social-o-caminho-para-a-eficiencia-23082019.

AMARAL GARCIA, F. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2018.

AMOEDO BARREIRO, D. "Elementos esenciales para un sistema de protección de denunciantes". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 4, 2017, pp. 1-8.

AMOEDO-SOUTO, C. A. "En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos". *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018, pp. 81-129.

- "Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 369-410.

- "Una valoración urgente sobre el régimen de los encargos a medios propios en la Ley 9/2017". *Observatorio de Contratación Pública*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/una-valoracion-urgente-sobre-el-regimen-de-los-encargos-medios-propios-en-la-ley-92017.

AMORIM, V. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. Brasília: Senado Federal, 2017.

- "Modalidades e rito procedimental da licitação". En DI PIETRO. M. S. (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 55-106.

- "A fase de lances na nova Lei de Licitações sob a perspectiva da 'teoria dos leilões': contributos para a futura regulamentação dos modos de disputa". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2021. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/04/26/a-fase-de-lances-na-nova-lei-de-licitacoes-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-leiloes-contributos-para-a-futura-regulamentacao-dos-modos-de-disputa/.

- "Definição da modalidade de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia na nova Lei de Licitações". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2021. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/05/21/definicao-da-modalidade-de-licitacao-para-contratacao-de-obras-e-servicos-de-engenharia-na-nova-lei-de-licitacoes/.

ANDRADE JÚNIOR, E. "Breves considerações sobre o sistema de registro de preços no PL nº 4.253/2020". *Inove*, 2021. Disponible en https://inovecapacitacao.com.br/breves-consideracoes-sobre-o-sistema-de-registro-de-precos-no-pl-no-4-253-2020/.

ANDRECKA, M. "Innovation partnership in the new public procurement regime - a shift of focus from procedural to contractual issues?". *Public Procurement Law Review*, núm. 2, 2015, pp. 48-62.

ANDRÉS PÉREZ, M. R. "Los contratos reservados en la ley 9/2017, del 8 de noviembre". *Observatorio de Contratación Pública*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/los-contratos-reservados-en-la-ley-92017-del-8-de-noviembre.

ARADY MIRANDA, F. "O Procedimento Licitatório como Garantia de Direitos Fundamentais". En GALVÃO, C., CHAUVET, R. y DUARTE, L. (Org.). *Licitações e contratações públicas: desafios, polêmicas e aspectos relevantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 189-211.

ARAÚJO, V., FREITAS, M. y MARTIN, M. V. "Blockchain e o futuro dos contratos administrativos". *Quaestio Iuris*, vol. 14, núm. 1, 2021, pp. 481-503.

ARAÚJO REIS, C. y ABREU, L. E. "Administrando conflitos de interesses. Esforços recentes no Brasil". *Revista de Informação Legislativa*, vol. 45, núm. 180, 2008, pp. 161-173.

ARNÁEZ ARCE, V. A. "La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquirente de bienes y servicios innovadores". *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 93, 2012, pp. 17-35.

ARRIBAS REYES, E. "Los pactos de integridad como herramienta para la prevención de la corrupción y el fomento de la integridad, la eficacia,

la eficiencia y la competitividad a través de la transparencia de los procesos de contratación pública a nivel local". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 237-261.

- "Pactos de integridad". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 17, 2019, pp. 328-348.

ARROWSMITH, S. "Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía" *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2019, pp. 223-261.

ARROYO DIÉZ, A. *El ámbito subjetivo en la normativa española de contratación del sector público: las fundaciones y las cámaras de comercio*. Barcelona: Universitat Ramon Llull, 2013.

ARRUDA CÂMARA, J. "O 'menor preço' não é mais o mesmo". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-menor-preco-nao-e-mais-o-mesmo-16032021.

AVELAR, M. "7 pontos do Diálogo competitivo que você precisa saber". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2021. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/03/31/7-pontos-do-dialogo-competitivo-que-voce-precisa-saber/.

AYMERICH CANO, C. "Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, pp. 209-239.

- "Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contractos del Sector Público de 2017". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, 2019, pp. 306-343.

- "Exclusión por corrupción y fraude en la contratación pública: diferencias y convergencia". *Revista Administración & Cidadanía EGAP*, vol. 15, núm. 1, 2020, pp. 265-284.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, G. "Riesgos de corrupción en contratos públicos. Cómo prevenir malas prácticas". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 5, 2017, pp. 1-6.

BALLINA DÍAS, D. "Los sistemas de racionalización de la contratación pública como alternativa al contrato menor". *Observatorio de Contratación Pública*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/los-sistemas-de-racionalizacion-de-la-contratacion-publica-como-alternativa-al-contrato.

BAÑO LEÓN, J. M. "La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas". *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000, pp. 11-38.

- "El «modificado» de los contratos". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público.* Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1345-1364.

- "La Ley de Contratos del Sector Público y gestión de lo público. ¿Regulación o sobrerregulación?". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, 2018, pp. 11-19.

BARCELLOS, A. P. "Acesso à informação: os princípios da Lei nº 12.527/2011". *Quaestio Iuris*, vol. 8, núm. 3, 2015, pp. 1741-1759.

BARRERO RODRÍGUEZ, C. "Las causas generales de resolución de los contratos administrativos". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1365-1392.

BASTARDO YUSTOS, F. M. "Efectos de la falta de transposición en plazo: normas de aplicación directa". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143, 2016, pp. 32-39.

BATET JIMÉNEZ, M. P. "*Racionalidad y racionalización en la contratación pública local*". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 449-476.

BELANDO GARÍN, B. "La contratación pública como instrumento de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Observatorio de contratos públicos 2016*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, pp. 431-445.

BELLINI DE CASTRO, L. "As camadas da defesa contra a corrupção da nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-nov-15/castro-defesa-corrupcao-lei-licitacoes.

BENÍTEZ PALMA, E. "La propuesta de directiva europea de protección de los denunciantes: un avance importante con algunas matizaciones". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 9, 2019, pp. 1-9.

BERNAL BLAY, M. A. "La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde

la óptica del Derecho de los contratos públicos". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Coord.). *La organización local. Nuevos modelos*. Cizur Menor: Civitas, 2011, pp. 361-376.

- "El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 124, 2013, pp. 88-93.

- "El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos". En PERNAS GARCÍA, J. J. (Dir.). *Contratación pública estratégica.* Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 161-186.

- "Principales novedades del Borrador de Anteproyeto de Ley de Contractos del Sector Público". En RODRÍGUEZ-CAMPOS, S. (Coord.). *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición.* Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 235-272.

- "Blockchain, Administración y contratación pública". *Observatorio de Contratación Pública*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/blockchain-administracion-y-contratacion-publica.

- "Las «leyes del contrato» (los pliegos): contenido esencial y formas de control". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 957-994.

- "*Blockchain* y contratación pública: caso de uso en el Gobierno de Aragón". Ponencia en el II Congreso Anual del Observatorio de Contratación Pública "Por una contratación pública transparente y sostenible", Barcelona, 2018. Disponible en http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumenVIII.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/7605b4aa3d02fab0c12583c30029e8f6?OpenDocument.

BERTAZZO, S. "La incorporación de criterios ambientales en la contratación pública. La experiencia europea". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 46, 2016, pp. 255-285.

BEZERRA DE OLIVEIRA, L. H. "Alocação de risco na nova lei de licitações". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica.

BINENBOJM, G. y TOLEDO, R. "A exorbitância contratual na Nova Lei de Licitações". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/

coberturas-especiais/inova-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021.

BITTENCOURT, S. "Algumas novidades trazidas pela nova regulamentação do pregão eletrônico: o Decreto Nº 10.024, de 20 de setembro de 2019". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2019. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/11/21/algumas-novidades-trazidas-pela-nova-regulamentacao-do-pregao-eletronico-o-decreto-no-10-024-de-20-de-setembro-de-2019/.

- *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Leme: Mizuno, 2021.

- "A designação de agentes públicos para o desempenho de funções no âmbito das licitações e contratos". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2021. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/02/10/a-designacao-de-agentes-publicos-para-o-desempenho-de-funcoes-no-ambito-das-licitacoes-e-contratos/.

BLANCHET, L. A. y MARIN, T. "A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei nº 12.846/13". *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 71, 2018, pp. 267-294.

BLANCO LÓPEZ, F. "La subasta electrónica y el sistema dinámico de adquisición". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 137, 2015, pp. 58-67.

- "Los criterios de adjudicación en la contratación pública estratégica". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1271-1296.

BONATTO, H. "Questões relevantes sobre a contratação de obras e serviços de engenharia na Nova Lei de Licitações". En FORTINI, C., OLIVEIRA, R. y CAMARÃO, T. (Coord.). *Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, pp. 57-63.

BOSELLI, F. "Considerações sobre algumas das hipóteses de contratação direta na Nova Lei de Licitações". En FORTINI, C. OLIVEIRA, R. y CAMARÃO, T. (Coord.). *Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.* Belo Horizonte: Fórum, 2021, pp. 48-56.

BRACARENSE LOPES, V. "Os instrumentos auxiliares à contratação: credenciamento e pré-qualificação". Ponencia en *Semana da Escola da AGU da Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 2021. Disponible en https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222229/os%20instrumentos%20auxiliares%20%C3%A0%20contrata%C3%A

7%C3%A3o%20-%20virginia%20lopes%20%20eagu.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

BRAGA, S. y BEZERRA, E. V. "O jeitinho brasileiro: as pequenas corrupções diárias e seus reflexos na morosidade da justiça". *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, vol. 3, núm. 1, 2017, pp. 17-33.

BRAUN, M. "O fenômeno corrupção: de suas raízes à revitalização da cidadania brasileira como forma de enfrentamento do vício social". En GESTA LEAL, R. y SILVA, I. (Org.). *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014, pp. 42-58.

BRITO RODRÍGUEZ, M. "Cláusulas medioambientales en la contratación pública: necesaria vinculación al objeto del contrato". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 171, 2021, pp. 118-129.

BUENO, J. C. "Os dispute boards na nova lei de licitações econtratos administrativos". *Migalhas,* 2021. Disponible en https://www.migalhas.com.br/depeso/342966/dispute-boards-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos.

BURMANN, A. y BRITO, F. "Desenvolvimento nacional sustentável e aspectos ambientais na Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/burmann-brito-aspectos-ambientais-lei-licitacoes.

CACHARRO LÓPEZ, M. "Procedimiento negociado. Claves para resolver la problemática abierto-negociado según cuantía". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 621-656.

CALHEIROS, E. "Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP", en LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*, *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica.

CAMARÃO, T. "O PL nº 1292/95 e a importância do planejamento das contratações". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2019. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/11/04/o-pl-no-1292-95-e-a-importancia-do-planejamento-das-contratacoes/.

- "O estudo técnico preliminar na Nova Lei de Licitações e Contratos". En FORTINI, C., OLIVEIRA, R. y CAMARÃO, T. (Coord.). *Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, pp. 11-16.

- "Compras públicas sustentáveis: ponderações necessárias", *Zênite*, 2021. Disponible en https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/04/ContratacoesSustentaveis_NovaLeiLicitacoes_TatianaCamarao.pdf.

CAMPINS ERITJA, M. "Ordenamiento jurídico comunitario: fuentes". En ABELLÁN HONRUBIA, V. (Dir.), VILÀ COSTA, B. (Dir.) y OLESTI RAYO, A. (Coord.). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo.* Barcelona: Ariel, 2011, pp. 105-125.

CAMPOS ACUÑA, C. "Transparencia en la contratación pública y prevención de los conflictos de intereses". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.), *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 171-203.

- "Compliance en la contratación pública: mapa de riesgos corrupción y claves para su gestión". *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, pp. 101-118.

CAMPOS JIMÉNEZ, A. "Transparencia en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del sector público". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 160, 2019, pp. 24-33.

CAMPOS JÚNIOR, R. y CAMPOS, B. B. "Das prerrogativas da Administração na nova lei das licitações e contratos admnistrativos". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica.

CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J. A. *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018.

CANALS AMETLLER, D. "El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública". *Revista Galega de Administración Pública*, vol. 1, núm. 55, 2018, pp. 103-139.

CANDELA TALAVERO, J. E. *El recurso especial en materia de contratación: instrumento de protección al licitador y mecanismo de vigilancia a la Administración en la contratación pública*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2019.

CARANTA, R. "Sustainable Public Procurement in the EU". En CARANTA, R. y TRYBUS, M. (Ed.). *The Law of Green and Social Procurement in Europe*. Copenhague: DJØF Publishing, 2010, pp. 15-51.

CARBONERO GALLARDO, J. M. "Reglas para la determinación y aplicación de los criterios de adjudicación". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pp. 114-123.

- "El test de los criterios de adjudicación". *Gabilex*, núm. extra 2, 2019, pp. 621-643.

CARLONI, E. "El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época,* núm. 7, 2017, pp. 86-102.

- "Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione". *Diritto amministrativo*, vol. 27, núm. 3, 2019, pp. 497-538.

CARNEIRO SALES, P. "Regime Diferenciado de Contratações Públicas e contratação por resultados no Brasil". *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 124-148.

CARRODEGUAS MÉNDEZ, R. "Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época,* núm. 10, 2018, pp. 56-79.

- "El acceso de la PYME a la compra pública desde la perspectiva de la garantía del principio de libre competencia". *Gabilex*, núm. 22, 2020, pp. 199-264.

CARVALHO, G. e ORZARI, O. "O crime de contratação direta ilegal na nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-abr-08/opiniao-contratacao-direta-ilegal-lei-licitacoes.

CARVALHO, G. y GARCIA CABRAL, F. "Controle das contratações públicas: diversas linhas de frente". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-set-03/licitacoes-contratos-controle-contratacoes-publicas-diversas-linhas-frente.

CARVALHO, V. "O sistema de registro de preços e a nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-mai-06/carvalho-sistema-registro-precos-lei-licitacoes.

CARVALHO, V. A. "Corrupção nas contratações públicas: dois instrumentos analíticos para a detecção de indevidos incentivos". *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 1, núm. 2, 2018, pp. 1-21.

- "Programas de integridade em contratações públicas: boas intenções, resultados incertos". *Jota,* 2020. Disponible en https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/programas-de-integridade-em-contratacoes-publicas-boas-intencoes-resultados-incertos-17032020.

CASADEVANTE ROMANI, C. F. *Nociones básicas de derecho de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2014.

CASTRO MARQUINA, G. "La división en lotes: panorama y propuestas en la aplicación de las nuevas Directivas sobre contratación pública". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49-50, 2017, pp. 500-566.

CAVALIERI, D. "O compliance como mecanismo de combate à corrupção". *Revista Fórum Administrativo*, núm. 227, 2020, pp. 18-22.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local". *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2011, pp. 277-313.

- "Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos". En VILLORIA, M., GIMENO FELIÚ, J. M. y TEJEDOR BIELSA, J. (Dir.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 185-211.

- *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018.

- "Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad de la contratación pública". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público.* Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1615-1656.

- "La transparencia en la contratación pública". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 803-826.

- "Transparencia, acceso a la información y contratación pública". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 319-367.

- "Contratación electrónica y transparencia: Fundamentos necesarios de la contratación abierta". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2018, pp. 121-149.

- "Diez propuestas para la colaboración ciudadana en la alerta de malas prácticas en la Administración Pública". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 6, 2018, pp. 1-7.

- "Public transparency as a tool to prevent corruption in public administration". En CARLONI, E. y PAOLETTI, D. (Ed.) *Preventing corruption through administrative measures.* Perugia: Morlacchi, 2019, pp. 81-91.

CHAVES, L. C. "A nova lei de licitações e contratos e o exame prévio de legalidade dos processos de contratação". *Inove*, 2021. Disponible en https://inovecapacitacao.com.br/a-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-e-o-exame-previo-de-legalidade-dos-processos-de-contratacao/?utm_campaign=newsletter_-10092021&utm_medium=email&utm_source=RD+Station.

CHINCHILLA MARÍN, C. "La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las directivas". En SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.) y OLMO ALONSO, J. (Coord.). *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros.* Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 33-79.

CHINCHILLA PEINADO, J. A. "La preparación del contrato. En especial, solvencia y criterios de adjudicación". En DÍEZ SASTRE, S. (Ed.). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*. A Coruña: Iuris Utilitas, 2018, pp. 128-169.

CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. "La modificación objetiva de los del sector público en la nueva LCSP", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pp. 124-131.

- "Breve apunte sobre algunas consecuencias de la europeización de la legislación de contratos del sector público". *Observatorio de Contratación Pública*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/breve-apunte-sobre-algunas-consecuencias-de-la-europeizacion-de-la-legislacion-de.

COLÁS TENAS, J. "Los pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1405-1440.

COLOMBO, G. y PATATURO, C. "Patti di integrità 2.0: dalla sperimentazione all'applicazione diffusa nei contratti pubblici". En BENACCHIO, G. A. y COZZIO, M. (Dir.). *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato*. Trento: Universitá degli Studi di Trento, 2019, pp. 147-153.

CORDEIRO, A. "A matriz de riscos na nova Lei de Licitações aumentará a segurança jurídica?". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-ago-04/andre-cordeiro-matriz-riscos-lei-licitacoes.

- "A importância dos programas de *compliance* na nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-jun-26/cordeiro-importancia-compliance-lei-licitacoes.

CORRAL GUERRERO, L. "La Unión Europea: sus principios y naturaleza". *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 10, 2000, p. 61-82.

CÔRTES, P. "A Quem Você é Leal? Motivações para o whistleblowing". *Revista da CGU*, vol. 13, núm. 23, 2021, pp. 142-156.

COZZIO, M. "Introduzione alla prima sessione". En BENACCHIO, G. A. y COZZIO, M. (Dir.). *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato*. Trento: Universitá degli Studi di Trento, 2019, pp. 3-23.

CRUZ, J. y ALVES, P. J. "Das comissões na Lei 14.133/21". *Inove*, 2021. Disponible en https://inovecapacitacao.com.br/das-comissoes-na-lei-no-14-133-21/.

CUÉLLAR, L. y PINHO, C. A. "Reflexões sobre a Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)". *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 46, 2014, pp. 131-170.

CUNHA PEREIRA, G. "A matriz de riscos na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-jul-16/gabriel-pereira-matriz-riscos-lei-licitacoes.

DELGADO FERNÁNDEZ, R. "Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución". En LAZO VITORIA, X. (Dir.), *Compra pública verde*. Barcelona: Atelier, 2018, pp. 175-188.

DELGADO PIQUERAS, F. "El procedimiento restringido en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público". *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 110, 2018, pp. 97-116.

DELSIGNORE, M. y RAMAJOLI, M. "La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1, 2019, pp. 61-77.

DÍAZ BRAVO, E. *El recurso en materia de contratación pública en el derecho europeo y su aplicación en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

- "El sistema de recursos en la contratación pública italiana: procedimientos y control de litigiosidad". *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 54, 2020, versión electrónica.

DÍEZ SASTRE, S. "El ámbito subjetivo de la LCSP". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 519-553.

- "Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: el régimen jurídico aplicable". En DÍEZ SASTRE, S. (Ed.). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*. A Coruña: Iuris Utilitas, 2018, pp. 25-77.

- "La obligatoriedad de las instrucciones de la OReISCon". *Instituto de derecho local*, 2019. Disponible en https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/.

DI PIETRO, M. S. y MARRARA, T. "Estrutura Geral da Nova Lei: Abrangência, Objetivos e Princípios". En DI PIETRO, M. S. (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 1-44.

DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P. y MORENO MOLINA, J. A. "Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad". En PERNAS GARCÍA, J. J. (Dir.). *Contratación pública estratégica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 187-212.

DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. "La insistencia de la UE en la Contratación Pública Electrónica –y sus correspondientes decepciones-". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 137, 2015, pp. 7-19.

- "Situación y novedades en materia de contratación pública electrónica (CPE) introducidas por el paquete de nuevas Directivas relativas a la contratación pública, tras su no transposición". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143, 2016, pp. 104-117.

- "Los Sistemas Dinámicos de Adquisición: Unos cambios de calado". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2077-2110.

- "¿Contratación administrativa 4.0 o contratación administrativa 0.0?". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público.* Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1177-1204.

DUARTE, L. y FONSECA, A. "Análise crítica ao RDC à luz das ADINs 4.645 e 4.655". En GALVÃO, C., CHAUVET, R. y DUARTE, L. (Org.). *Licitações e contratações públicas: desafios, polêmicas e aspectos relevantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 57-84.

EDWARD, D. "Efecto directo y primacía del derecho comunitario. El problema especial de las directivas". *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 42, 1995, pp. 35-42.

ESTEVE PARDO, J. *Autorregulación. Génesis y efectos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

FARACO, B., NIWA, T. y VICENTIN, I. "Controle na Administração Pública". En GONÇALVES, A., PISA, B. y AUGUSTINHO, S. (Org.). *Gestão e governança pública: aspectos essenciais*. Curitiba: UTFPR, 2016, pp. 195-233.

FARIAS, R., RIBEIRO FILHO J. F. y AGUIAR, S. "Licitações e controle nas compras e contratações nas entidades públicas: panorama no Brasil, organismos internacionais, Comunidade Europeia e estudo comparativo entre Brasil e Estados Unidos". *Revista Gestão Pública*, vol. II, núm. 4, 2011, pp. 75-103.

FASSIO, R. "Contratações diretas na Nova Lei de Licitações". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/advocacia-publica-em-estudo/contratacoes-diretas-na-nova-lei-de-licitacoes-03062021.

FASSIO, R. y NÓBREGA, M. "Procedimentos auxiliares na nova lei de licitações: o rating de fornecedores no registro cadastral e o procedimento de manifestação de interesse". *Ronny Charles*, 2021. Disponible en https://ronnycharles.com.br/procedimentos-auxiliares-na-nova-lei-de-licitacoes-o-rating-de-fornecedores-no-registro-cadastral-e-o-procedimento-de-manifestacao-de-interesse/.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. "Incorporación clausulas ambientales en la contratación pública". En LAZO VITORIA, X. (Dir.). *Compra pública verde*. Barcelona: Atelier, 2018, pp. 29-51.

- "Negocios y contratos excluidos". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 281-323.

- "Los retos de la transparencia en la contratación pública". Ponencia en el II Congreso Anual del Observatorio de Contratación Pública "Por una contratación pública transparente y sostenible", Barcelona, 2018.

- "Los criterios de adjudicación de los contratos públicos". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1443-1510.

- "El recurso especial en materia de contratación: procedimiento: procedimiento y resolución. El nuevo reparto jurisdiccional". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pp. 148-158.

- "Hacia la simplificación y la transparencia en materia procedimental: las nuevas modalidades del procedimiento abierto", *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, pp. 309-334.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de directivas del sector. En FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.), *La contratación pública a debate: presente y futuro.* Cizur Menor: Civitas, 2014, pp. 199-274.

FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. "Estatus axiológico de la Directiva de Protección del Denunciante". *Revista Administración & Cidadanía EGAP*, vol. 15, núm. 1, 2020, pp. 241-264.

FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B. "La modificación de los pliegos durante la fase de licitación". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 171, 2021, pp. 5-12.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. "La contratación del sector público y la protección del medio ambiente. Objetivos y medios". En QUINTANA LÓPEZ (Dir.), RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y CASARES MARCOS, A. (Coord.). *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 159-214.

FERNÁNDEZ MALLOL, A. L. "La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de

interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época,* núm. 2, 2012, pp. 117-130.

FERNÁNDEZ PONS, X. "Fuentes del derecho de la Unión (II): derecho derivado". En SÁNCHEZ, V. M. (Dir.): *Derecho de la Unión Europea*. Barcelona: Huygens, 2010, pp. 157-169.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. "La transparencia pública: pasado, presente y futuro". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, 2018, pp. 213-243.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. "La asociación para la innovación: su incorporación en la directiva europea sobre contratación pública y en el proyecto español de ley de contratos del sector público". *Revista de Direito da Administração Pública*, núm. 2, 2017, pp. 208-218.

FERRARIS, V. y SCOMPARIN, L. "Gli appalti pubblici tra criminalità organizzata e corruzione". En SCOMPARIN, L. (Org.). *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*. Torino: G. Giappichelli, pp. 3-44.

FERRAZ, L. "Contratos na nova lei de licitações e contratos". En DI PIETRO, M. S. (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 183-220.

FERRAZ, L y MOTTA, F. "Controle das Contratações Públicas". En DI PIETRO. M. S. (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 264-279.

FERRAZ, R. "Equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual". En NIEBUHR (Coord.), *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, pp. 200-208.

FERREIRA, D. T. "La participación de entidades privadas como factor excluyente de una relación in house – la evolución normativa y jurisprudencial. El caso especial del Such". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 519-536.

FERREIRA JÚNIOR, E. "A função regulatória das compras públicas e a nova lei de licitações e contratos: três críticas à Lei n.º 14.133/2021". *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 68-87.

FERREIRA SILVA, E. A. "O adeus ao convite e à tomada de preços". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica.

FERRERA IZQUIERDO, J. M. "Análisis de diversos aspectos controvertidos de las Mesas de Contratación en los ayuntamientos". *Revista Digital CEMCI*, núm. 49, 2021, pp. 1-29.

FIGUEIRÔA JUNIOR, N. "As repercussões trabalhistas da nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opiniao-repercussoes-trabalhistas-lei-licitacoes.

FOLGUERA FONDEVILA, R. "La fiscalización de los conflictos de interés". *Auditoria Pública*, núm. 70, 2017, pp. 97-103.

FONDEVILA ANTOLÍN, J. "La Subasta Electrónica". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2020-2076.

FONSECA AMORIM, F. C. "Agentes de contratação: quem eles são?". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica.

FORNI, J. P. "Contratação integrada no RDC: a majoração de custos decorrente de sua adoção no Brasil". *Revista de Direito da Administração Pública*, vol. 1, núm. 2, 2019, pp. 136-160.

FORTINI, C. *"Formação de agentes públicos como fator de mudança em licitações".* Consultor Jurídico, 2019. Disponible en https://www.conjur.com.br/2019-abr-11/interesse-publico-formacao-agentes-publicos-fator-mudanca-licitacoes.

- "O sistema de registro de preços: a União impõe suas regras". En FORTINI, C., OLIVEIRA, R. y CAMARÃO, T. (Coord.). Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

- "Solução extrajudicial de conflitos com a administração pública: o hoje e o porvir". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica.

FORTINI, C. y MOTTA, F. "Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional".

Revista de Direito Administrativo & Constitucional, núm. 64, 2016, pp. 93-113.

FRANCO GARCÍA, M. A. "Los acuerdos marco: entre la racionalización y la indefinición". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 144, 2016, pp. 16-30.

FUENTES I GASÓ, J. R. y JUNCOSA VIDAL, C. "Principales novedades, régimen transitorio y cuestiones adiciones". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.), *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 87-138.

FURTADO, M. y VIEIRA, J. "Portal Nacional de Contratações Públicas: uma nova lógica jurídica, gerencial e econômica para a Lei de Licitações e Contratos". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2021. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/05/13/portal-nacional-de-contratacoes-publicas-uma-nova-logica-juridica-gerencial-e-economica-para-a-lei-de-licitacoes-e-contratos/.

GABARDO, E. y CASTELLA, G. "A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a Administração Pública". *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 60, 2015, pp. 129-148.

GALLEGO CÓRCOLES, I. "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Observatorio de los contratos públicos 2013.* Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 165-232.

- "El fraccionamiento del contrato y la división en lotes". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 138, 2015, pp. 76-85.

- "Las relaciones "contractuales" entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública". En ALMEIDA CERREDA, M. y MARTÍN DELGADO, I. (Dir.), *La nueva contratación pública. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*, 2015, pp. 123-124. Disponible en http://www.obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos_La-nueva-contratacion-publica_e813ae7b.pdf.

- "Nuevos desarrollos de la contratación «in house» en el Derecho Español: los encargos a medios propios y servicios técnicos". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Observatorio de contratos públicos 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 169-222.

- "Las subastas electrónicas en la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 144, 2016, versión electrónica.

- "La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública". *Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 4, 2017, pp. 92-113.

- "Los procedimientos abiertos, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1073-1146.

- "El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 72-160.

- "El diálogo competitivo". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 156, 2018, pp. 54-60.

- "Las consultas preliminares del mercado: algunas reflexiones". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2018*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, pp. 131-180.

- "Centrales de contratación y compra colaborativa". *Observatorio de Contratación Pública*, 2019. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/centrales-de-contratacion-y-compra-colaborativa.

GALLO SALLENT, J. A. "El recurso especial en materia de contratación". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 759-784.

GAMERO CASADO, E. "Novedades de la Ley 9/2017 en materia de contratación electrónica: razones de una decepción". *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 55, 2018, pp. 447-469.

- "Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista por daños a terceros en la ejecución del contrato". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2201-2258.

- "El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2018, pp. 150-177.

GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. "¿Jaque a la contratación directa?: el controvertido régimen de los contratos menores". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, 2018, pp. 245-295.

- "La responsabilidad en la ejecución de los contratos públicos: penalidades, responsabilidad frente a la administración contratante y frente a terceros". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1297-1344.

GARCÍA-ANDRADE, X. C. "La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas". *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 50, 2014, pp. 73-101.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo, I.* Cizur Menor: Civitas, 2017.

GARCÍA GARRIDO, M. I. "Incumplimientos en la contratación pública: la transparencia como medida de prevención". En VILLAVERDE GÓMEZ, M. B. *El control externo y fomento de la integridad: experiencias en la prevención de la corrupción*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021, pp. 155-173.

GARCÍA MELIÁN, J. C. "Buen gobierno y profesionalización de las compras públicas". En SÁNCHEZ DE DIEGO, M. y SIERRA RODRÍGUEZ, J. *Transparencia y participación para un gobierno abierto*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2020, 273-274.

- "10 claves sobre las prescripciones técnicas y una infografía". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 172, 2021, pp. 146-173.

GARCÍA SANTOS, J. y JURADO JIMÉNEZ, J. C. "Aptitud para contratar con el sector público. Capacidad y solvencia del empresario". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1043-1120.

GARRIDO MAYOL, V. "El principio de buena administración y la gobernanza en la contratación pública". *Estudios de Deusto*, vol. 68, núm. 2, 2020, pp. 115-140.

GESTA LEAL, R. y FRIEDRICH, D. "Controle interno da administração pública no Brasil em face de atos corruptivos: limites e possibilidades". En RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GESTA LEAL, R. (Dir.). *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 27-46.

GIMENO FELIÚ, J. A. *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación (La incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español)*. Madrid: Civitas, 2003.

- *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*. Cizur Menor: Civitas, 2006.

- *Novedades de la ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*. Cizur Menor: Civitas, 2010.

- "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", *Revista española de derecho administrativo*, núm. 147, 2010, pp. 517-535.

- "Las nuevas Directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública". *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, pp. 39-106.

- "La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de la organización en el modelo local". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2012*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 27-80;

- *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

- "Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?". En FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.), *La contratación pública a debate: presente y futuro.* Cizur Menor: Civitas, 2014, pp. 25-136.

- La "codificación" de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE". *Revista española de derecho administrativo*, núm. 172, 2015, pp. 88-91.

- "La corrupción en la contratación pública". En CASTRO MORENO, A. y OTERO GONZÁLEZ, P. (Dir.), y GRAFFE GONZÁLEZ, L. (Coord.).

Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 13-49.

- "El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143, 2016, pp. 8-19.

- "El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 2, 2016, pp. 1-12.

- "Una primera valoración del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público desde la perspectiva de la integridad y prevención de la corrupción". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 2, 2016, pp. 1-5.

- "El nuevo paquete legislativo de contratación pública: principales novedades. (La orientación estratégica de la contratación pública)". En RODRÍGUEZ-CAMPOS, S. (Coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición.* Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 15-127.

- "Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites", *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2017, pp. 241-287.

- "La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades". *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, 2017, pp. 7-30.

- "Nuevos paradigmas de la contratación pública: la transparencia y la integridad en un contexto de prevención de la corrupción". Ponencia en la I Jornada "Nuevos escenarios de la contratación pública: hacia un modelo plenamente profesional, estratégico y más eficiente", Zaragoza, 2017.

- "Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?". *Revista española de derecho administrativo*, núm. 182, 2017, pp. 181-221.

- "Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 7, 2017, pp. 45-67.

- "La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente". En GIMENO FELIÚ, J.

M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 47-132.

- "Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP". En GAMERO CASADO y GALLEGO CÓRCOLES (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 239-318.

- "Ser o ser poder adjudicador: ¡¡Esa no es la cuestión!!". En GIMENO FELIÚ. J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 29-55.

- "La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación". *Ius Publicum Network Review*, núm. 1, 2018. Disponible en http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/05_03_2018_15_54-La-contratacin-pblica-como-estrategia_Ius_Publicum_I_2018.pdf.

- "Nuevos paradigmas de la contratación pública tras la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público". Ponencia en el IX Seminario de Contratación Pública en Formigal, *Nuevos escenarios y retos para la contratación pública: discusión práctica*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos_1._J.M.GIMEN._NUEVOS_RETOS_DE_LA_CONTRATACION_PUBLICA_TRAS_LA_LEY_9_2017_de_CONTRATOS_DEL_SECTOR_PUBLICO_a7aa0e26.pdf.

- *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

- "Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 9, 2019, pp. 1-17.

- "Hacia la compra pública socialmente responsable". *Observatorio de Contratación Pública"*, 2019. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/hacia-la-compra-publica-socialmente-responsable.

- "Las fronteras del contrato público. Depuración conceptual de los negocios Jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del derecho europeo". *Revista española de derecho administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 19-60.

- "Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma". En MARTÍN DELGADO, I. y

MORENO MOLINA, J. A. (Dir.). *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*. Madrid: Iustel, 2020, pp. 299-318.

- "De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 55, 2021, pp. 88-114.

- "Integridad y transparencia en la contratación pública. De las ideas a la acción". En VILLORIA (Coord.). *Ética pública en el siglo XXI*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2021, pp. 31-54.

- "El Tribunal Supremo fija jurisprudencia en relación a la exigencia de acumulación de solvencia en la contratación pública". *Observatorio de Contratación Pública*, 2021. Disponible en http://www.obcp.es/noticias/el-tribunal-supremo-fija-jurisprudencia-en-relacion-la-exigencia-de-acumulacion-de.

GIMENO FELIÚ, J. M. y BERNAY BLAY, M. A. (Coord.). *Guía 2.0 para la compra pública de innovación*. Ministerio de Economía y Competitividad, 2015.

GIMENO FELIÚ, J. M. 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*, 2019. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como.

GÓMEZ GUZMÁN, J. C. "Asociación para la innovación". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 680-721.

- "Valores económicos de los contratos: coste y beneficio (el precio)". *Gabilex*, núm. extra 2, 2019, pp. 567-584.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programs "anti-corrupción" como exigencias legales de contratación pública?". En PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. *La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades: los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, p. 1236.

GÓMEZ MANRESA, M. F. "Retos de la contratación pública electrónica". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, 2016, pp. 244-275.

GÓMEZ RUIZ, M. *Aspectos sociales y ambientales en la contratación pública*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2015.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. "Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública". *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, pp. 13-42.

- "Contratos de obras". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público.* Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1393-1413.

GONZÁLEZ RÍOS, I. "La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 12, 2019, pp. 6-25.

GONZÁLEZ SANFIEL, A. "La integridad en la contratación pública: ¿un principio con substantividad propia? En HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (Dir.). *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia y Francia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 31-53.

- "Acuerdos marco". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1877-1908.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. "Efectos, ejecución, modificación de los contratos, resolución, cesión y subcontratación (artículos 188 a 218 de la LCSP 2017". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2018, pp. 89-120.

GORDILLO PÉREZ, L. y MÚGICA ALCORTA, R. "La evolución de los contratos "in-house" en el derecho de la UE. especial referencia a la jurisprudencia en materia de contratación pública local". *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 9, 2014, pp. 85-115.

GORDO CANO, D. "Aspectos prácticos de la ejecución del contrato. Problemas y soluciones". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 171, 2021, pp. 80-92.

GRACIA ROMERO, L. "Las fisuras del sistema especial de protección de los candidatos y licitadores en la nueva ley de contratos del sector público". *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 46, 2018, pp. 65-99.

GRANDO, F. y DE BONA, C. "O aspecto jurídico da sustentabilidade – instrumentos normativos regulamentadores das licitações sustentáveis". *Revista de Direito e Sustentabilidade*, vol. 4, núm. 2, 2018, pp. 20-39.

GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J. "Ámbito subjetivo y objetivo", en MESTRE DELGADO, J. F. y MANENT ALONSO, L. (Dir.). *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 55-88.

GUERRERO MANSO, C. "La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública". *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XIX, 2018, pp. 141-177.

- "Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1047-1071.

- "La subscrición de pactos de integridad como mecanismo de lucha contra la corrupción en la contratación pública". En GIMENO FELIÚ. J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 225-265.

- "La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública. La utilización de la herramienta ProcurComp^{EU}". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2020*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021, pp. 91-125.

GUICHOT, E. "Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción". En VILLORIA, M., GIMENO FELIÚ, J. M. y TEJEDOR BIELSA, J. (Dir.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 141-156.

GUIMARÃES, E. "Inovações no planejamento da fase interna das contratações". En DI PIETRO, M. S. (Coord.), *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 45-54.

- *Licitação - Previsão constitucional e infraconstitucional, competência legislativa e exceções ao dever de licitar*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

HAAB, A. "Breves considerações históricas da tramitação da nova lei de licitações e contratos administrativos". *Migalhas*, 2021. Disponible en https://www.migalhas.com.br/depeso/343217/consideracoes-historicas-sobre-a-lei-de-licitacoes.

HACHEM, D. y MALDANER, A. "Corrupção e parcerias público-privadas". En RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GESTA LEAL, R. (Dir.). *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 255-269.

HADLICH MIGUEL, L. F. "Licitação – passado, presente e futuro". *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, núm. 158, 2015, pp. 41-49.

HEINEN, J. "Sistema de registro de preços na nova lei de licitações", *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2020. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/02/12/sistema-de-registro-de-precos-na-nova-lei-de-licitacoes/

- "Controle das licitações e contratos públicos – linhas de defesa e atores". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2020. Disponible en https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/14/controle-das-licitacoes-e-contratos-publicos-linhas-de-defesa-e-atores/.

- "O reequilíbrio econômico-financeiro na nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico,* 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-mai-11/heinen-reequilibrio-economico-financeiro-lei-licitacoes.

HERNÁEZ SALGUERO, E. "Cláusulas sociales en la contratación pública". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES. I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2809-2840.

- "El éxito del recurso especial y los retos y problemas que lleva consigo". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pp. 138-146.

HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A. "Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2133-2200.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. "Procedimiento abierto y procedimiento abierto simplificado". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1553-1594.

HERNANDO RYDINGS, M. "El reglamento de procedimientos de revisión en materia contractual como intento de depuración formal de este tipo de procedimientos". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Observatorio de los contratos públicos 2013.* Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 329-357.

- "La adjudicación del contrato". En DÍEZ SASTRE, S. (Ed.). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*. A Coruña: Iuris Utilitas, 2018, pp. 170-217.

- "El procedimiento de asociación para la innovación". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1147-1176.

- "Procedimiento de licitación con negociación y diálogo competitivo". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1629-1668.

HORGUÉ BAENA, C. "Modificación de los contratos". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2259-2312.

HUBERTS, L. "Integrity: What it is and Why it is Important". *Public Integrity*, núm. 20, 2018, pp. 18-32.

HUERGO LORA, A. "Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época,* núm. 8, 2017, pp. 5-26.

ITO, C. y SANTOS, F. "*E-Procurement* e Contratos inteligentes: desafios da modernização tecnológica da contratação pública no Brasil". *International Journal of Digital Law*, núm. 2, 2020, pp. 55-69.

IVANEGA, M. "Concepto, clasificación y contenido del control público". *Revista de Administración Pública,* núm. 348, 2007, pp. 361-368.

IZQUIERDO CARRASCO, M. "Novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en la figura del contrato menor". En BENÍTEZ OSTOS, A. y CANDELA TALAVERO, J. E. (Coord.). *Manual sobre en contrato menor*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021, versión electrónica.

JACKSON, P. "De Estocolmo a Kyoto: Breve historia del cambio climático". *Naciones Unidas*. Disponible en https://www.un.org/es/chronicle/article/de-estocolmo-kyotobreve-historia-del-cambio-climatico.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Cómo prevenir la corrupción. Integridad y transparencia*. Madrid: Catarata, 2017.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. "Crisis y corrupción en España: mejorar la calidad de gobierno para moralizar la vida pública". En VILLORIA (Coord.). *Ética pública en el siglo XXI*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2021, pp. 73-90.

JUAN CASERO, L. J. "La utilización de los medios electrónicos en el procedimiento de contratación. El expediente electrónico de contratación". En CAMPOS ACUÑA (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 273-312.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, edición electrónica.

- "Condições para licitar não se confundem com requisitos de habilitação". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/condicoes-para-licitar-nao-se-confundem-com-requisitos-de-habilitacao-29062021.

JUSTINO DE OLIVEIRA, G. y MOREIRA, M. "Quem tem medo da solução negociada de conflitos da nova Lei de Licitações?". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-jun-13/publico-pragmatico-governo-digital-caminhar-maos-dadas-rumo-transformacao-digital.

JUSTINO DE OLIVEIRA, G. y VENTURINI DE SOUSA, O. "Controladoria-Geral da União: uma agência anticorrupção?". En PEREZ, M. A. y SOUZA, R. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 323-331.

KAUFMANN, D. "Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción". *Finanzas y desarrollo: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial*, vol. 43, núm. 3, 2005, pp. 41-43.

LAERTE VIEIRA, D. "O âmbito de aplicação da nova Lei de Licitações e Contratos". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-abr-12/david-vieira-aplicacao-lei-licitacoes-contratos.

LARREA VILLAROYA, F. y IRIBARREN HERNÁIZ, J. "Acuerdos marco: poliamor no es infidelidad". *Observatorio de Contratación Pública*, 2021. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/acuerdos-marco-poliamor-no-es-infidelidad.

LAROCCA, A. C. *Los conflictos de intereses aparentes en el Estado Constitucional de Derecho*. Tesis de maestría en la Universidad Austral, Buenos Aires, 2019.

LAZO VITORIA, X. "La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, especial referencia al coste del ciclo de vida". En LAZO VITORIA, X. (Dir.). *Compra pública verde*. Barcelona: Atelier, 2018, pp. 129-144.

- "¡Habemus Ley de Cambio Climático!". *Observatorio de Contratación Pública*, 2021. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/habemus-ley-de-cambio-climatico.

LAZZARI LAHOZ, R. "Modalidades de licitação e procedimentos auxiliares". En NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, pp. 123-135.

LEONEZ, A. "A Lei nº 14.133/21 e a implementação do Planejamento das Contratações Anual. *Portal L&C*, 2021. Disponible en https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/224817/A%20Lei%20n%C2%BA%2014.133_21%20e%20a%20implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Planejamento%20das%20Contrata%C3%A7%C3%B5es%20Anual.pdf?sequence=1.

LÉRIDA NAVARRO, C. y VÁZQUEZ MATILLA, J. "Las fórmulas de valoración económica. Problemas prácticos". *Observatorio de Contratación Pública*, 2020. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/las-formulas-de-valoracion-economica-problemas-practicos.

LESSA CARVALHO, F. "Novos paradigmas jurídicos para os contratos administrativos". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*, *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica.

LIMA FILHO, J. F. "Primeiras impressões sobre o regime jurídico de extinção dos contratos na nova lei de licitações". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica.

LIMA, L. H. "A nova lei de licitações e a acessibilidade". *Instituto Rui Barbosa*, 2021. Disponible en https://irbcontas.org.br/artigo/a-nova-lei-de-licitacoes-e-a-acessibilidade/.

LOBO RODRIGO, A. "Las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE". En HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (Dir.). *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia y Francia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 73-106.

LÓPEZ DONAIRE, M. B. "Los programas de Compliance y su reflejo en la contratación pública". *Gabilex*, núm. 6, 2016, pp. 133-158.

- "Las consultas preliminares del mercado a la luz de las nuevas directivas". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 147, 2017, pp. 70-78.

LÓPEZ TOLEDO, P. "La contratación pública verde y su nueva regulación en el derecho de la Unión Europea". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 134, 2014, pp. 10-29.

- "La consideración de aspectos ambientales y sociales en la contratación pública. Régimen de su nueva regulación". *Gabilex*, núm. 14, 2018, versión electrónica.

LOSA CAPÓ, J. "La evolución de los criterios de adjudicación de los contratos". *Gabilex,* núm. 17, 2019, pp. 102-140.

LOUREIRO, C. "Prestação de serviço associado na nova Lei de Licitações". *Consultor Jurídico*, 2019. Disponible en https://www.conjur.com.br/2019-out-21/opiniao-prestacao-servico-associado-lei-licitacoes.

MACÉA, C. y ROST, M. A. "Licitação tem gênero? As regras da nova lei". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/licitacao-tem-genero-as-regras-da-nova-lei-22042021

MAGAMI JUNIOR, R. "A nova Lei de Licitações e os desafios dos programas de integridade". *Consultor Jurídicoi,* 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-jun-09/opiniao-lei-licitacoes-desafios-programas-integridade.

MALARET. E. "El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, 2016, pp. 21-60.

MANNELLA, F. "Corruption and the right to good administration". En CARLONI, E. y PAOLETTI, D. (Ed.). *Preventing corruption through administrative measures.* Perugia: Morlacchi, 2019, pp. 137-145.

MANGAS MARTÍN A. y LINÁN NOGUERAS D. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2014.

MARINELA, F. "O regime de transição da nova lei de licitações". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica.

MARINI, F. "Corrupción en Italia: el antes y el después de la reforma Severino". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 7, 2018, pp. 1-6.

MARQUES BARRETO, C. "O controle cidadão das licitações e contratos administrativos". *Revista Controle*, vol. 5, núm. 2. 2005, pp. 68-77.

MARQUES FERREIRA, M. A., MEDINA, S. y REIS, A. "Pregão Eletrônico e Eficiência nos Gastos Públicos Municipais". *Administração Pública e Gestão Social*, núm. 6, 2014, pp. 74-81.

MARTÍN DELGADO, I. "El uso de los medios electrónicos en la contratación pública". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1657-1714.

- "La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos". En GAMERO CASADO y GALLEGO CÓRCOLES (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1951-2019.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, A. C. "Aspectos prácticos del principio de publicidad como mecanismo para garantizar la concurrencia y transparencia en la contratación pública". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 173, 2021, pp. 25-37.

MARTÍNEZ FERNANDEZ, J. M. *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2016.

- "Los diferentes tipos de contratos para prestar servicios públicos tras la LCSP y el difícil equilibrio entre los riesgos y la atracción de inversiones privadas". *Gabilex*, núm. extra 2, 2019, pp. 753-782.

MARTÍNEZ FERNANDEZ, J. M. y BOCOS REDONDO, P. (Dir.). *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. *La contratación pública electrónica: análisis y propuestas de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

- "El impacto de la contratación pública electrónica en la transposición a España de la Directiva 2014/24/UE". En GIMENO FELIÚ (Dir.), *Observatorio de contratos públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 241-252.

- "Los procedimientos de contratación pública electrónica. Subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1205-1234.

- "Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES. I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1910-1950.

MARTÍNEZ ISIDORO, B. "El estado de la participación en la actividad de la Administración General del Estado". En SÁNCHEZ DE DIEGO, M. y SIERRA RODRÍGUEZ, J. *Transparencia y participación para un gobierno abierto*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2020, pp. 149-169.

MASTRODI, J. y BRITO, B. "Licitações públicas sustentáveis: vinculação ou discricionariedade do administrador?". *Revista de Direito Administrativo*, vol. 274, 2017. pp. 81-112.

MEDEIROS, I. "Critérios de julgamento das propostas". En NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, pp. 136-147.

- "Formalização dos contratos". En NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, pp. 173-179.

MEDINA ARNÁIZ, T. "Comprando para asegurar nuestro futuro: La utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea". En GIMENO FELIÚ. J. M. (Dir.) y BERNAL BLAY. M. A. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2010*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 43-101.

- "Comercio justo y contratación pública". En PERNAS GARCÍA, J. J. (Dir.). *Contratación pública estratégica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 249-282.

- "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española". En FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.), *La contratación pública a debate: presente y futuro.* Cizur Menor: Civitas, 2014, pp. 299-344.

- "Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Observatorio de los contratos públicos 2013.* Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 271-302.

- "Hacia una contratación pública electrónica: el uso del Documento Europeo Único de Contratación". *Gabilex*, núm. 8, 2016, pp. 10-37.

- "El documento único de contratación: un paso más para reducir la carga burocrática en la contratación pública". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Observatorio de contratos públicos 2015.* Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 247-272.

- "Las prohibiciones de contratar". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 749-802.

- "El requisito de solvencia en la Ley de Contratos del Sector Público". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.). *Observatorio de contratos públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 167-223.

- "El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2018*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, pp. 253-280.

MEILÁN GIL, J. L. "La buena administración como institución jurídica". *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87, 2013, pp. 13-50.

MELLADO RUIZ, L. *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

- "El ámbito objetivo de la LCSP". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 575-607.

MELO DE SOUZA, A. "Os meios alternativos de resolução de controvérsias na nova lei de licitações e contratos administrativos". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica.

MENDES BORGES, M. C. "Da licitação como instrumento para uma gestão condizente com o interesse público: o problema do formalismo exacerbado na frustração desse fim e a importância da participação popular para implementar a efetividade do seu controle". *Revista do TCU*, núm. 105, 2005, pp. 91-100.

MENEGUETTI PEREIRA, L. "A importância do direito internacional no combate à corrupção no Brasil". En MENEGUETTI PEREIRA, L. (Org.). *O Brasil e o direito internacional: temas contemporâneos*. Birigui: Boreal, 2016, pp. 18-91.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. "La extinción del contrato: la resolución". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2381-2412.

MÍGUEZ MACHO, L. "Ámbito objetivo y subjetivo. Especialidades del ámbito local". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 415-448.

MILECH, M. "O agente de contratação como servidor efetivo:norma geral constitucional". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-jun-28/marcelo-milech-agente-contratacao-servidor-efetivo.

MINGIONE, C. "Os retrocessos da Contratação Integrada". *Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil*, 2019. Disponible en https://www.caubr.gov.br/os-retrocessos-da-contratacao-integrada/.

MIÑO LÓPEZ, A. "La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública". En PERNAS GARCÍA, J. J. (Dir.). *Contratación pública estratégica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 213-248.

- "Defensa de la competencia y contratación pública". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES. I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 369-421.

MIRANZO DÌAZ, J. "Hacia una administración pública sostenible: novedades en la legislación europea de contratación pública". *Actualidad Jurídica Ambiental,* núm. 64, 2017, pp. 3-43.

- "Los conflictos de interés tras las directivas de contratación de 2014". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Observatorio de contratos públicos 2016*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, p. 475.

- "Deficiencias e incoherencias en la transposición de la normativa europea sobre conflicto de interés por la Ley de Contratos del Sector Público". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 54, 2019, pp. 298-336.

- "Los nuevos agentes de control en los procedimientos de compra pública: pactos de integridad y canales de denuncia". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.). *Observatorio de los contratos públicos 2018*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, pp. 333-336.

- *Hacia una configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020.

- "Retos de futuro de la compra pública: ¿nuevas oportunidades?". Ponencia en el IX Congreso Internacional sobre Contratación Pública "*Nuevos retos de la compra* pública", Cuenca, 2020.

- "Inteligencia artificial y contratación pública". En MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J. A. (Dir.). *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*. Madrid: Iustel, 2020, pp. 116-122.

MOLINA DEL POZO, C. F. *Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Reus, 2015.

MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, L. *Los encargos a medios propios en la legislación actual*. Madrid: Editorial Reus, 2017.

MONTEIRO, V. "O concurso não é mais o mesmo". *Jota,* 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-concurso-nao-e-mais-o-mesmo-06042021.

MONTES DE OCA, B. "El derecho de acceso a la información pública generada en la contratación pública*". Revista Española de la Transparencia*, núm. 11, 2020, pp. 135-155.

MONTES SEBÁSTIAN, B. "Régimen jurídico de la cooperación vertical entre las entidades pertenecientes al sector público: los encargos a medios propios personificados". *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, pp. 139-155.

MORA RUIZ, M. "Procedimiento negociado sin publicidad". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1713-1743.

MORENO, M. "Com nova lei, licitações podem ter análise de riscos aprimorada". *Migalhas*, 2021. Disponible en

https://www.migalhas.com.br/depeso/344864/com-nova-lei-licitacoes-podem-ter-analise-de-riscos-aprimorada.

MORENO MOLINA, J. A. *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*. Oxford: Chartridge Books Oxford, 2015.

- "El Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio y la Directiva de la Unión Europea 2014/24". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 140, 2015, pp. 52-55.

- "Relación de síntesis sobre las nuevas Directivas de contratación pública", en GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Observatorio de contratos públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 21-34.

- "Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina". *Derecho & Sociedad*, núm. 44, 2015, pp. 55-64.

- "Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública". *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017, pp. 343-373.

- "La aprobación de la LCSP 2017: un balance preliminar". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pp. 6-8.

- *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de contratos del sector público 9/2017*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

- *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*. Albacete: Bomarzo, 2018.

- "Los principios generales de la LCSP 2017". *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, pp. 21-34.

- "El informe trienal de la JCCPE sobre la contratación pública en España 2018-2020 y la contratación social y estratégica". *Observatorio de Contratación Pública*, 2021. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/el-informe-trienal-de-la-jccpe-sobre-la-contratacion-publica-en-espana-2018-2020-y-la.

MORENO MOLINA, J. A. y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P. "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública". En

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.), *La contratación pública a debate: presente y futuro.* Cizur Menor: Civitas, 2014, pp. 139-164.

MORENO MOLINA, J. A. *et al. Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*. Las Rosas: Wolters Klower, 2016.

MOREO MARROIG, T. "Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 754-800.

- "Racionalización y acuerdos marco". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Meno: Aranzadi, 2018, pp. 1235-1270.

MOTA ALMEIDA, L. F. "A contratação pública verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE". *Revista de Concorrência e Regulação*, núm. 27-28, 2016, pp. 103-128.

MOTTA, F. "Contratação direta: inexigibilidade e dispensa de licitação". En DI PIETRO, M. S. (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 107-154.

MOTTA, F. y BELÉM, B. "Persecução do interesse público em um cenário de múltiplos interesses: recomendações da OCDE e os conflitos regulados pela Lei nº 12.813/2013". *Revista de Direito Administrativo*, vol. 277, núm, 2, 2018, pp. 149-175.

MULLER, C. y RECK, J. "Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da Administração Pública". *Revista do Direito*, vol. 2, núm. 49, 2016, pp. 96-115.

NAVARRO GONZÁLEZ, R. "La motivación de las decisiones en la preparación y adjudicación del contrato". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1511-1552.

NAWA, R. "Uma breve introdução aos programas de reportantes do Brasil". En CARNEIRO, C. y AYRES DELLOSO, A. (Coord.). *Compliance aplicado ao Direito*. ComplianceLab, 2021, edición electrónica.

NEVES, C. y RIBEIRO NAVES, F. "Prevenção à corrupção como desafio constitucional: programa de integridade como condição de habilitação nas licitações". En COELHO, S., NEVES, C. y MOTTA, F. (Org.). *Direito*

e administração pública nos 30 anos da constituição: experiências e desafios no direito administrativo brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 47-71.

NIEBUHR, J. "As licitações sustentáveis na nova Lei de Licitações". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2019. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/12/04/as-licitacoes-sustentaveis-na-nova-lei-de-licitacoes/.

- "Fase preparatória das licitações". En NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, pp. 80-95.

- "Dispensa e inexigibilidade de licitação pública". En NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, pp. 33-79.

- "A dispensa de licitação eletrônica é modalidadede licitação disfarçada". *Zênite*, 2021. Disponible en https://zenite.blog.br/a-dispensa-de-licitacao-eletronica-e-modalidade-de-licitacao-disfarcada/.

NIEBUHR, P. "Licitações sustentáveis", en NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, pp.

NOBRE JÚNIOR, E. y TORRES, R. C. "A nova lei de licitações e o controle das contratações públicas". *Revista da AGU*, vol. 20, núm. 4, pp. 19-48.

NÓBREGA, M. y OLIVEIRA NETTO, P. "Alterações contratuais na nova lei de licitação: preços e critérios de pagamento". *Ronny Charles*, 2021. Disponible en https://ronnycharles.com.br/alteracoes-contratuais-na-nova-lei-de-licitacao-precos-e-criterios-de-pagamento/.

NÓBREGA, M. y OLIVEIRA, R. "As modalidades de licitação e as possibilidades de variação procedimental". En FORTINI, OLIVEIRA y CAMARÃO (Coord.). *Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, pp. 17-29.

NOGUERA DE LA MUELA, B. "El ámbito subjetivo de aplicación de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Compra conjunta y centrales de compra". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 233-280.

- "Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos". En GAMERO CASADO y GALLEGO CÓRCOLES (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 665-711.

NOHARA, I. P. *Nova lei de licitações e contratos comparada*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, edición electrónica.

NOVELLO, F. "Il Green Public Procurement nelle politiche, nelle regole e nelle prassi dell'Unione europea e degli Stati membri". *Rivista Trimestrale degli Appalti*, núm. 4, 2017, pp. 1097-1152.

NÚÑEZ LOZANO, M. C. "La contratación pública innovadora: compras comerciales y compras precomerciales". En HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (Dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia y Francia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 107-144.

OCHSENIUS ROBINSON, I. "La transparencia como control y beneficio de una contratación pública presente". *Revista Española de la Transparencia*, núm. 4, 2017, pp. 110-124.

OLIVEIRA, A. F. "Nova Lei de Licitações: uma lei de Princípios?". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2020. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/20/nova-lei-de-licitacoes-uma-lei-de-principios/.

OLIVEIRA, R. "A nova Lei de Licitações: um museu de novidades?". *Consultor Jurídico*, 2020. Disponible en https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades.

- *Nova lei de licitações e contratos administrativos comparada e comentada: lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, R. S. "A fase recursal na nova Lei de Licitações: uma análise comparativa com as Leis n° 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011" (*Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2021. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/07/23/a-fase-recursal-na-nova-lei-de-licitacoes-uma-analise-comparativa-com-as-leis-n-8-666-93-10-520-2002-e-12-462-2011/.

ORTIZ ESPEJO, D. "La legitimación activa en la interposición del recurso especial en materia de contratación". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 171, versión electrónica).

PALACÍN SÁENZ, B. "Contratación pública social". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pp. 70-81.

PASCUAL GARCÍA, J. *Convenios de colaboración entre administraciones públicas y convenios con administrados*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2012.

PASSOS DE FREITAS, V. "O whistleblower (informante do bem) na ordem jurídica brasileira". *Consultor Jurídico*, 2019. Disponible en https://www.conjur.com.br/2019-nov-03/whistleblower-informante-bem-ordem-juridica-brasileira.

PASTOR SÁNCHEZ, J. "Determinación del coste del ciclo de vida de un contrato público en España para su posible utilización como criterio de adjudicación". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 161, 2019, pp. 83-120.

PAVÓN PÉREZ, J. A. "La contratación pública electrónica en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público tras las nuevas directivas europeas de contratación pública: ¿una realidad más cercana?". *Actualidad Administrativa,* núm. 7-8, 2016, versión electrónica.

PELLICER GARCIA, J. L. "Herramientas y propuestas para luchar contra la corrupción en el Sector Público: Ética, transparencia y compliance". *Revista internacional de transparencia e integridad*, núm. 5, 2017, pp. 1-9.

PEÑA OCHOA, A. "El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción". En VILLORIA, M., GIMENO FELIÚ, J. M. y TEJEDOR BIELSA, J. (Dir.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 83-108.

- "Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva ley de contratos del sector público de 2017". En GIMENO FELIÚ (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 931-956.

PEREIRA JUNIOR, J. "Sustentabilidade e planejamento: valores constitucionais reitores das contratações administrativas, no estado democrático de direito". *Revista de Direito Administrativo*, vol. 270, 2015, pp. 81-115.

- "Critérios de julgamento". *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2020. Disponible en http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/20/criterios-de-julgamento/.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M. "Whistleblower y las dificultades para su implantación en España y Itália". En SÁNCHEZ DE DIEGO, M. y SIERRA RODRÍGUEZ, J. *Transparencia y participación para un gobierno abierto*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2020, pp. 227-247.

PEREZ, M. A. y MÓDOLO, L. "Diversidade nas contratações administrativas: novidades da Lei nº 14.133/2021". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diversidade-nas-contratacoes-administrativas-novidades-da-lei-no-14-133-2021-02062021.

PERNAS GARCÍA, J. J. *Las operaciones* in house *y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*. Madrid: Iustel, 2008.

- *Contratación Pública Verde.* Las Rozas: La Ley, 2011.

PINHO, C. A. "Contratação pública e *compliance*: uma proposta para a efetividade dos programas de integridade em contratações públicas". *Revista de Contratos Públicos*, núm. 13, 2018, pp. 79-97.

PINTOS SANTIAGO, J. "Génesis, regulación y calendario obligatorio de la Contratación Pública Electrónica". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 137, 2015, pp. 20-32.

PIRONTI, R. y ZILIOTTO, M. "A exigência de programas de compliance nas relações contratuais com a administração pública: uma análise de constitucionalidade". En MOTTA, F. y GABARDO, E. (Coord.). *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Curitiba: Íthala, 2019, pp. 225-236.

PONCE, J. "Las agencias anticorrupción, Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 3, 2017, pp. 1-13.

- "Reformas de buena administración y calidad normativa: un reto crucial, todavía en proceso". En VILLORIA (Coord.). *Ética pública en el siglo XXI*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2021, pp. 169-194.

PUERTA SEGUIDO, F. "Las obligaciones de publicidad activa previstas en la nueva ley de contratos del sector público: una de las claves de bóveda para garantizar la transparencia en la actividad contractual". *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, pp. 61-110.

PUERTA SEGUIDO, F. y PUNZÓN MORALEDA, J. "Contratación pública socialmente responsable y discapacidad. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 159, 2019, pp. 72-86.

QUINT, G. "Regime de execução". En NIEBUHR, J. (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, pp. 112-122.

RACCA, G. "De la autoridad sobre los contratos públicos a la Autoridad Nacional Anticorrupción: un cambio de sistema". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 19, 2018, pp. 181-220.

- "Public procurement and corruption: the EU challenges". En CARLONI, E. y PAOLETTI, D. (Ed.) *Preventing corruption through administrative measures.* Perugia: Morlacchi, 2019, pp. 95-103.

RACCA, G. y PONZIO, S. "La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione". En En SCOMPARIN, L. (Org.). *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*. Torino: G. Giappichelli, pp. 109-144.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. "Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España". *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, pp. 97-135.

- "Los principios generales de la contratación pública". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 181-238.

- "El recurso especial en materia de contratación en la nueva Ley de contratos del sector público". *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018, pp. 149-190.

- "Los procedimientos de adjudicación con negociación". *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, pp. 289-308.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. y VÁZQUEZ MATILLA, J. *La adjudicación de contratos públicos en la nueva ley de contratos del sector público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.

REED, Q. "Sitting on the fence: Conflicts of interest and how to regulate them". *U4 Issue Anti-Corruption Resource Centre*, 2008.

REMÉDIO, J. A. "Lei de licitações e contratos administrativos (Lei 14.133/2021): o diálogo competitivo como nova modalidade de licitação". *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, vol. 7, núm. 1, 2021, pp. 1-21.

RÍOS MARÍN, E. "Novedades en el recurso especial en materia de contratación pública en la ley de contractos del sector público". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, 2018, pp. 225-228.

ROCHA FURTADO, L. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *El buen gobierno y la buena administración de las instituciones públicas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

- "La contratación del sector público como política pública". En PERNAS GARCÍA, J. J. (Dir.). *Contratación pública estratégica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 31-44.

- "La directiva de contratación pública y la lucha contra la corrupción". En RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GESTA LEAL, R. (Dir.). *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 47-75.

- "Compliance y self-cleaning en la contratación pública (Una aproximación europea). *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 95, 2016, pp. 13-51.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERCE MAZA, J. I. "La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato". *Gabilex*, núm. extra 1, 2019, pp. 35-60.

RODRÍGUEZ BEAS, M. "La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 39, pp. 141-161.

RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R. "Objeto, causa y plazo de duración de los contratos públicos", en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 715-753.

RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. "La protección de los informantes – whistleblowers – y las garantías de los investigados. Análisis de la propuesta de directiva de la Unión Europea y en España de la proposición de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes". *Revista de Estudios Europeos,* núm. extraordinario monográfico 1, 2019, pp. 225-245.

RODRÍGUEZ PÉREZ, P. "Organización administrativa de la contratación pública: órganos de contratación, responsable del contrato, órganos de asistencia y órganos consultivos". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES. I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1001-1041.

ROMÁN MÁRQUEZ, A. "Tutela y promoción de los derechos sociales y laborales por las directivas europeas sobre contratación pública de cuarta generación: su incorporación al ordenamiento jurídico español". *Revista Chilena de Derecho,* vol. 46, núm. 2, 2019, pp. 477-500.

ROMANO PENA. A. C. "Pregão Eletrônico: ferramenta para a manutenção e fortalecimento da governança digital". *Revista Defesa e Segurança*, vol. 4, 2019, pp. 30-41.

ROMAR, J. C. "El régimen general de la modificación de los contratos en la Ley 9/2017 de contratos del sector público". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 159, 2019, pp. 140-147.

ROMEO RUIZ, A. "Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público". *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018, pp. 297-325.

ROSE-ACKERMAN, S. y PALIFKA, B. *Corruption and government: causes. Consequences, and reform*. New York: Cambridge University Press, 2016.

ROSILHO, A. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

ROYO MANERO, M. T. "Los procedimientos de adjudicación de contratos públicos". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, 2018, pp. 355-373.

SÁEZ HIDALGO, I. "Los canales internos de denuncia en el sector público". *Actualidad Administrativa*, núm. 7, 2021, versión electrónica.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo: parte general*. Madrid: Tecnos, 2015.

SANMARTÍN MORA, M. A. "La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea". En GIMENO FELIÚ. J. M. (Dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (Coord.). *Observatorio de contratos públicos 2011*. Cizur Menor: Aranzadi, 2012, pp. 407-433.

- "Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Observatorio de los contratos públicos 2013.* Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 81-119.

- "El Diálogo Competitivo, un instrumento adecuado para adjudicar contratos complejos", *Observatorio de Contratación Pública*, 2015. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/el-dialogo-

competitivo-un-instrumento-adecuado-para-adjudicar-contratos-complejos.

- "Los procedimientos simplificados en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: algunas cuestiones prácticas que pueden poner en valor este procedimiento". *Observatorio de Contratación Pública*, 2018. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/los-procedimientos-simplificados-en-la-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico-algunas.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. "El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales". *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 32, 2015, pp. 41-78.

SANTANA SUÁREZ, M. "La prevención de riesgos de corrupción por el Consello de Contas de Galicia. Primeras experiencias y resultados en la evaluación de los sistemas de prevención". En VILLAVERDE GÓMEZ, M. B. *El control externo y fomento de la integridad: experiencias en la prevención de la corrupción*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021, pp. 109-133.

SANTIAGO FERNÁNDEZ, M. J. "Recurso especial en materia de contratación". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES. I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 839-847.

- "Procedimiento del recurso especial en materia de contratación". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 667-687.

- "División en lotes: nueva configuración del objeto del contrato en la Ley de Contratos del Sector Público". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pp. 86-92.

- "La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación y la estrategia y la estrategia nacional de contratación". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 159, 2019, pp. 167-172.

SANTIAGO IGLESIAS, D. "Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las directivas de contratación al ordenamiento español". *Revista general de derecho administrativo*, núm. 38, 2015, versión electrónica, pp. 1-37.

- "Ámbitos subjetivo y objetivo". En DÍEZ SASTRE, S. (Ed.). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial*

referencia a la contratación de las entidades locales. A Coruña: Iuris Utilitas, 2018, pp. 78-127.

SANZ RUBIALES, I. "Preparación y adjudicación del contrato: algunas novedades destacables de la nueva Ley". *Cuadernos de Derecho Local,* núm. 48, 2018, pp. 68-88.

SARMIENTO, D. *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

SARMIENTO ACOSTA, M. "El control sobre los contratos públicos en la Ley 9/2017: el recurso especial y la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación". *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 101, 2018, pp. 17-63.

SAVONITTI MIRANDA, H. *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, edición electrónica

SAZ, S. "El régimen jurídico de los contratos del sector público. Contratos administrativos y contratos privados (arts. 24, 25, 26 y 27 LCSP/2017)". En GIMENO FELIÚ (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 545-569.

SCHNEIDER, R. "Contratação direta na Lei 14.133/2021". Ponencia en el Tribunal de Cuentas del Estado de Alagoas, 2021. Disponible en https://www.tceal.tc.br/view/documentos/doc27042021165422000000608841be445b9.pdf.

SCHOMMER, P. y MORAES, R. "Observatórios sociais como promotores de controle social e *accountability*: reflexões a partir da experiência do Observatório Social de Itajaí". *Revista Eletrônica de Gestão Organizacional*, núm. 8, 2010, pp. 298-326.

SIERRA RODRÍGUEZ, J. "Impulso europeo al *whistleblowing* y las autoridades de integridad". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, pp. 64-85.

SILVA MARQUES, B. "O pregão na nova lei de licitações". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica.

SILVA SOUZA, M. "Compras Públicas Municipais: a importância de profissionalização nas pontas do processo". *Jus,* 2017. Disponible en https://jus.com.br/artigos/56245/compras-publicas-municipais-a-importancia-de-profissionalizacao-nas-pontas-do-processo.

SOBRAL ROLIM, D. "O sistema de registro de preços e sua aplicabilidade para obras e serviços de engenharia na nova lei de licitações". En LESSA CARVALHO, F. (Coord.) *et al*. *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos – de acordo com a Lei 14.311/2021 (Lei de Licitações)*. Curitiba: Juruá, 2021, edición electrónica.

SOLA TEYSSIERE, J. "El coste del ciclo de vida como criterio de adjudicación del contrato". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 151, 2017, pp. 6-13.

SOLOVEICIK, D. y SIMANSKIS, K. "The Evolving Concept of 'Conflict of Interests' in the EU Public Procurement Law". *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, núm. 2, 2017, pp. 112-131.

SOSA WAGNER, F. "El empleo de los «recursos propios» por las administraciones locales". En COSCULLUELA MONTANER, L. *Estudios de Derecho público económico*. *Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo.* Civitas, 2003, p. 1309-1342.

SOUZA, L. I y LEAL, P. "Whistleblower no Brasil: a importância de olharglobal na busca de melhores práticas". *Consultor Jurídico,* 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/inacio-leal-whistleblower-brasil.

SPASIANO, M. "L'attività di controllo nell' ordinamento giuridico italiano". *Revista de Administración Pública*, núm. 476, 2018, pp. 47-51.

STROPPA, C. "Algumas questões relevantes sobre os contratos administrativos na Nova Lei de Licitações". En FORTINI, C., OLIVEIRA, R. y CAMARÃO, T. (Coord.). *Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, pp. 44-47.

SUBIRANA DE LA CRUZ, S. "Instituciones específicas". En PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.). *Contratación Administrativa Electrónica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 221-296.

TEJEDOR BIELSA, J. "Ámbito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva Ley de Contratos". *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, 2018, pp. 59-90.

- "El principio de la competencia en la contratación pública. Delimitación, riesgos y garantías". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.). *Observatorio de los contratos públicos 2018*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, pp. 409-410.

TENA PIAZUELO, V. "¿El recurso a los medios propios personificados como alternativa? La llamada cooperación vertical entre entidades del sector público". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, 2018, pp. 297-324.

TENA RUIZ, J. y SANZ RUBIO, E. "Hacia la contratación pública socialmente responsable: la incorporación de cláusulas sociales en el ámbito de la contratación pública". *Contratos del Sector Público*. Disponible en http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/08DocumentosdeTrabajo/Otros/Condiciones%20sociales%20y%20contrataci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20vdef.pdf.

TERRÓN SANTOS, D. "La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores". *Revista española de derecho administrativo*, núm. 196, 2019, pp. 269-304.

- "Las particularidades del recurso especial en contratación y su relación con la transparencia". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 163, 2019, versión electrónica.

- "La organización administrativa para la contratación del sector público. Las centrales de contratación". En QUINTANA LÓPEZ (Dir.), RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y CASARES MARCOS, A. (Coord.). *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 499-556.

TOLOSA FILHO, B. *Licitações, contratos y convênios*. Curitiba: Juruá, 2018.

TONIN, M. "Procedimento de reabilitação de licitantes e contratados na nova Lei de Licitações". *Jota*, 2021. Disponible en https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/procedimento-de-reabilitacao-de-licitantes-e-contratados-na-nova-lei-de-licitacoes-29012021.

TORRENT I SANTAMARIA, J. M. y PÉREZ GIL, L. "Análisis de la Directiva Europea de whistleblowing y principales retos de la nueva regulación. El caso de España". *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 85, 2020, pp. 79-114.

TORRES, R. C. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, 2009. Disponible en https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. Brasília: Senado Federal, 2010.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pp. 56-68.

- "La delimitación de los tipos contractuales". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 411.475.

- "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 FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2018*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, pp. 93-130.

- "La Compra Pública de Innovación (CPI)". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1669-1712.

- "Las consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las «compras públicas inteligentes»". *Revista española de derecho administrativo*, núm. 191, 2018, pp. 77-106.

- "El contrato de suministro en la Ley 9/2017". *Gabilex*, núm. extra 2, 2019, pp. 729-752.

- "La planificación, asignatura pendiente en la cultura de una buena gestión de la contratación pública". *Observatorio de contratación pública*, 2021. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/la-planificacion-asignatura-pendiente-en-la-cultura-de-una-buena-gestion-de-la.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y GÓMEZ FARIÑAS, B. "Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental". En LAZO VITORIA, X. (Dir.). *Compra pública verde*. Barcelona: Atelier, 2018, p. 79-101.

VALLES BENTO, L. "Aplicación de inteligencia artificial y big data en el control de la Administración Pública y en el combate a la corrupción: la experiencia del gobierno brasileño". *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, versión electrónica.

VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B. "La contratación pública al servicio de las pequeñas y medianas empresas". *Gabilex*, núm. extra 2, 2019, pp. 229-246.

- "La problemática del contrato menor", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 159, 2019, p. 112-117.

VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B. y GARCÍA LUENGO, J. "El contrato menor y el nuevo procedimiento simplificado en la Ley de Contratos del sector público: elementos comunes y diferenciadores". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.). *Observatorio de contratos públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 556.

VÁZQUEZ MATILLA, J. "La solvencia en la nueva LCSP". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 715-747.

- "Ejecución de los contratos". En DÍEZ SASTRE, S. (Ed.). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*. A Coruña: Iuris Utilitas, 2018, pp. 258-281.

- "Consultas preliminares desde la óptica de los poderes adjudicadores y las empresas". *Contratación administrativa práctica*, núm. 162, 2019, pp. 8-22.

VIANA, C. "Contratación pública electrónica: la experiencia portuguesa". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (Coord.). *Observatorio de contratos públicos 2014*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 279-294.

VILALTA REIXACH, M. *El carácter oneroso de los contratos públicos*. Observatorio de Contratación Pública, 2013. Disponible en http://www.obcp.es/opiniones/el-caracter-oneroso-de-los-contratos-publicos.

- "De novo sobre os negocios xurídicos excluídos da Lei de contratos do sector público: encargos a medios propios personificados e transferencias de competencias entre entidades públicas". *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 56, 2018, pp. 37-70.

VILLORIA, M. "Principales rasgos y características de la corrupción en España". En VILLORIA, M., GIMENO FELIÚ, J. M. y TEJEDOR BIELSA, J. (Dir.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 47-66.

VOLPI, M. "A função extraeconômica da licitação e a proteção ao deficiente na Lei 14.133/21". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en

https://www.conjur.com.br/2021-jul-14/volpi-licitacao-protecao-deficiente-lei-1413321.

YÁÑEZ SANCHÉZ, G. "El procedimiento abierto. La nueva contratación pública en ámbito local". En CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.). *La nueva contratación pública en ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018, pp. 593-620.

ZAGO, M. "Diálogo competitivo: para o quê e para quem?". *Migalhas*, 2021. Disponible en https://www.migalhas.com.br/depeso/346368/dialogo-competitivo-para-o-que-e-para-quem.

ZAMORA SANTA BRÍGIDA, I. "Los encargos a medios propios en la nueva ley de contratos del sector público". En GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y GUERRERO MANSO, C. (Coord.), *Observatorio de contratos públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 497-518.

ZYMLER, B. y MAIA ALVEZ, F. S. "A nova Lei de Licitações como sedimentação da jurisprudência do TCU". *Consultor Jurídico*, 2021. Disponible en https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opiniao-lei-licitacoes-jurisprudencia-tcu.