

■ **EL CONSULTOR**  
DE LOS AYUNTAMIENTOS

# Contratación pública y transparencia

Medidas prácticas para atajar la corrupción  
en el marco de la nueva regulación

José Manuel  
Martínez  
Fernández







# Contratación pública y transparencia

Medidas prácticas para atajar la corrupción  
en el marco de la nueva regulación

José Manuel Martínez Fernández

Consulte en la web de Wolters Kluwer ([www.digital.wke.es](http://www.digital.wke.es)) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© José Manuel Martínez Fernández, 2016

© Wolters Kluwer España, S.A.

**Wolters Kluwer**

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: [clientes@wke.es](mailto:clientes@wke.es)

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Marzo, 2016

Depósito legal: M-6347-2016

I.S.B.N.: 978-84-7052-711-1 (papel)

I.S.B.N.: 978-84-7052-712-8 (digital)

© **WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **CEDRO** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

## CONSEJO DE REDACCIÓN

**Manuel Abella Poblet**

Secretario de la Administración de Justicia.

**Enrique Arnaldo Alcubilla**

Letrado de las Cortes. Profesor Titular de Derecho Constitucional.

**Feliciano Barrios Pintado**

Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones.

**Julio Castelao Rodríguez**

Secretario de la Administración Local. Profesor de Derecho Administrativo.

**Manuel Delgado-Iribarren García-Campero**

Letrado de las Cortes.

**Tomás-Ramón Fernández Rodríguez**

Catedrático de Derecho Administrativo.

**José Luis González-Berenguer Urrutia**

Secretario de Administración Local. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación.

**Jesús González Pérez**

Catedrático de Derecho Administrativo.

**Jesús María González Pueyo**

Interventor-Tesorero de Administración Local.

**Federico Andrés López de la Riva Carrasco**

Secretario de Administración Local. Magistrado.

**José Antonio López Pellicer**

Secretario de Administración Local. Profesor Titular de Derecho Administrativo.

**Santiago Muñoz Machado**

Catedrático de Derecho Administrativo.

**Juan Alfonso Santamaría Pastor**

Catedrático de Derecho Administrativo. Letrado de las Cortes.



2. Principio de transparencia: tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador (STGUE de 16 de septiembre de 2013, apartado. 66).

La varias veces citada Sentencia de la Sala Octava del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (asunto T-235/11, Comisión contra España) recopila su doctrina sobre la esencia del principio de «transparencia» y su comunión con el de «igualdad de trato», con remisiones a sentencias anteriores que acreditan su consolidación:

- El principio de igualdad constituye la base de las Directivas de contratación e implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento. El principio de igualdad de trato de los licitadores tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, y exige que dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones.

- El principio de transparencia, corolario del de igualdad de trato, tiene por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora, lo que exige que todas las condiciones del contrato estén formuladas con precisión y claridad (STJUE de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, Comisión contra España, argumentos repetidos, con citas de esa sentencia, en la STJUE de 7 de octubre de 2015, asunto T-299/11, apartados 46, 47 y 48).

En conclusión, el principio de transparencia es consecuencia del de igualdad de trato, un principio vertebrador de toda la contratación pública, que alcanza a todo contrato público, independientemente de que esté o no sujeto a las Directivas; a todos los procedimientos; y a todas las fases del contrato. Es también un principio de marcado carácter instrumental o finalista y no meramente formal, dado que tiene como objetivo generar una mayor concurrencia empresarial y competencia que redunde en una mayor eficiencia en la inversión de los recursos públicos.

### **1.3. Aplicación del principio de transparencia a todos los contratos, en todas las fases de la contratación y todos los procedimientos**

#### *1.3.1. Aplicación del principio de transparencia a todos los contratos con interés transfronterizo*

El TJUE extiende su aplicación a todos los contratos, afirmando explícitamente que "*aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias que regulan los contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas, no obstante, a respetar las nor-*

*mas fundamentales del Tratado*". La STJUE de 14 de junio de 2007, (asunto c-6/05, Venizeleio-Pananeio KRITIS) recuerda que en estos contratos las entidades contratantes que los celebran están obligadas a respetar, en todo caso, los principios generales del Derecho comunitario (criterio repetido, por ejemplo, en la STJUE de 15 de mayo de 2008 (C-147/06 y C-148/06). Teniendo en cuenta esta doctrina del TJUE, ya la «Comunicación de la Comisión sobre Concesiones en Derecho Comunitario (DOCE C 121, 29-4-2000 (2000/C 121/02))» afirmaba que en las concesiones de servicios se debían respetar los principios sobre contratación pública. Y la «Comunicación interpretativa de la Comisión europea sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/c179/02)» exige igualmente que los contratos que quedan fuera de la Directiva 2004/18 respeten los principios de la misma, criterio que ha de mantenerse respecto de las actuales Directivas puesto que se fundamentan en los mismos principios que a su vez se derivan de las libertades que reconocen el TJUE, como se ha señalado.

Ello sin perjuicio de que la aplicación de los principios deba ser más exigente en la adjudicación de contratos que guarden suficiente relación con el funcionamiento del mercado interior: "*las normas fundamentales del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como el principio general de no discriminación son aplicables a los contratos cuyo valor es inferior al umbral previsto en la normativa comunitaria, cuando revistan un interés transfronterizo cierto*" (STJUE de 15 de mayo de 2008, asuntos C-147/06 y C-148/06). Aunque el Tribunal ha admitido que, en determinados casos, debido a "*circunstancias específicas, como la escasa trascendencia económica*", una adjudicación de contrato carecerá de interés para los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros, el criterio del precio no es determinante, y la jurisprudencia reciente hace una interpretación amplia de cuando un determinado contrato puede tener 'interés comunitario'.

Así, la STJUE, de 16 abril de 2015, C-278/14<sup>(8)</sup>, recuerda que la adjudicación de contratos que, por su valor, no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva está sujeta a las normas fundamentales y a los principios generales del Tratado UE, 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. No obstante, admite que (25), "*por lo que respecta a los principios de igualdad de trato y de*

---

(8) Juzga esta sentencia la compra de unos equipos informáticos por un poder adjudicador de Rumanía, por un importe relativamente pequeño, 58.600€. Considera el Tribunal que se podía presuponer en ese caso el interés transfronterizo porque se exigía un procesador de referencia de una marca internacional. (FJ 16).

no discriminación, así como a la obligación de transparencia, debe reconocerse a los Estados miembros un cierto margen de apreciación para adoptar medidas con el objeto de garantizar el respeto de dichos principios" aunque seguidamente apostilla que esos principios "vinculan a las entidades adjudicadoras en todos los procedimientos de adjudicación de un contrato público (véase la sentencia *Serrantoni y Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, apartados 31 y 32)". La sentencia, aunque remite a "los órganos jurisdiccionales nacionales" (FJ 18) para apreciar si un determinado contrato puede tener un «interés transfronterizo» realizando una apreciación global de las circunstancias que concurran en cada caso, da algunas pautas para poder apreciar esta cuestión (20): que el contrato en cuestión tenga un importe de cierta trascendencia, combinado con el lugar de ejecución de las obras o también las características técnicas del contrato.

### 1.3.2. Transparencia en todas las fases de la contratación. Publicidad de las licitaciones

La aplicación de este principio en todas las fases de la contratación, preparación, adjudicación y ejecución, se recoge ampliamente en la jurisprudencia del TJUE:

a. En la preparación: la STJUE de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, recuerda que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, "en el momento de preparar sus ofertas", todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos.

b. En la adjudicación: La transparencia favorece la igualdad de trato y la concurrencia, facilitando una competencia empresarial sana y efectiva (STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*), permitiendo a todos los licitadores disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas y asegurar que serán sometidas a las mismas condiciones de evaluación (STJUE de 16 de septiembre de 2013, *Comisión contra España*). La publicidad es uno de los medios para asegurar la transparencia en la captación de ofertas, con un doble objetivo como precisa J. M. GIMENO FELIU: permitir fiscalizar a la Administración a la vista de sus publicaciones y promover la concurrencia<sup>(9)</sup>.

Transparencia y publicidad van unidos, aunque la jurisprudencia admite posibles limitaciones justificadas a la publicidad: El Tribunal de Justicia ya ha

(9) GIMENO FELIU, José María, recoge esta expresión en "*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*". Colección Estudios. Editorial Thomson-Reuters, Universidad de Zaragoza, 2014. Pág. 19.

declarado que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad imponen a la autoridad concedente una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de cualquier licitador potencial, una 'publicidad adecuada' que permita abrir a la competencia el procedimiento de adjudicación y controlar la imparcialidad de dicho procedimiento, sin implicar necesariamente la obligación de convocar una licitación (STJUE de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia, C-260/04, apartado 24; de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant, C-324/07, apartado 25; de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12, petición de decisión prejudicial Art. 267 TFUE. Comune di Ancona). La publicidad puede ser menor o mayor: desde el DOUE hasta sólo el perfil de contratante, pero sólo puede eludirse en situaciones expresamente previstas en la normativa comunitaria, aunque se admite por el TJUE la publicidad se limite a "*un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato*".

La publicidad implica el deber de los gestores públicos de dar la información necesaria a los posibles interesados, de tal forma que puedan adoptar la decisión de participar o no en un procedimiento. Se ha de garantizar que todos los interesados disponen de las mismas oportunidades, y proteger las legítimas expectativas de los licitadores seleccionados (STJUE de 16 de julio de 2014, asunto T-48/12). Ello implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (STJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99P, Comisión/Caso Succhi di Frutta).

La publicidad se demanda incluso en contratos excluidos de las Directivas, puesto que supone una materialización del principio de transparencia, exigible, como se ha explicitado, en todos los contratos. La SJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12, recuerda la obligación de no discriminación por razón de la nacionalidad y la imparcialidad del procedimiento, exige una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el procedimiento de adjudicación, y la adjudicación de una concesión, sin respetar el principio de transparencia, constituye una diferencia de trato en perjuicio de las empresas establecidas en otros Estados miembros, y si no está justificada por circunstancias objetivas, tal diferencia de trato constituye una discriminación indirecta por razón de nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 y 56 TFUE (STJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12).





**E**sta obra ofrece un completo paquete de medidas prácticas para prevenir y atajar la corrupción en la contratación pública, actualmente el campo más vulnerable a esta lacra de costosísimos efectos morales y económicos. La «transparencia» se presenta como el 'antídoto' más efectivo contra la corrupción para lograr una contratación pública íntegra y eficiente.

Se analizan más de cuarenta medidas para materializar este principio a lo largo del procedimiento de contratación en todos los contratos públicos, especialmente en las denominadas 'zonas oscuras', la preparación y la ejecución, sin descuidar la fase de adjudicación: control sobre los documentos preparatorios; elección del procedimiento de adjudicación (con especial atención a los contratos menores); delimitación de los criterios de solvencia; elección y valoración de los criterios de adjudicación; control de la ejecución, sus modificaciones y restablecimiento del equilibrio económico; coordinación del derecho de información con los de propiedad intelectual e industrial de los licitadores; etc. Las propuestas parten de la regulación de las Directivas sobre contratación de 2014, del vigente TRLCSP y del anteproyecto de la ley que transpondrá aquéllas, interpretadas a la luz de la doctrina científica y jurisprudencial, especialmente del TJUE. Por todo ello, las medidas que se examinan en esta obra, son aplicables tanto en base a la legislación vigente como de cualquier otra que se dicte en el futuro.

El libro concluye con unas propuestas para fortalecer la aplicación del principio de transparencia en la futura ley de contratos y con medidas más amplias para cerrar el círculo del control de la corrupción: profesionalización de todos los intervinientes; fortalecimiento de los controles internos y externos y exigencia efectiva de responsabilidades administrativas y penales.

