

# La libre conurrencia o igualdad de trato: su aplicación en la adjudicación de los contratos públicos

JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

*Funcionario de la Administración  
local con habilitación de carácter nacional.*

*Licenciado en Derecho.*

*Grado en Ciencias Políticas.*

*Colaborador del Observatorio de Contratación Pública*

1. Introducción
2. Reconocimiento normativo del principio de libre concurrencia
3. El respeto a la libre concurrencia y no discriminación contractual en la jurisprudencia
4. La subsanación de las ofertas y el respeto al principio de libre concurrencia
5. Conclusión

## Resumen

La contratación pública está basada en la necesidad de ser respetadas unas reglas básicas, principios generales reconocidos en la normativa comunitaria y nacional, así como su aplicación en las distintas resoluciones de los tribunales administrativos de contratos públicos, tanto por el Tribunal central como por los autonómicos, y por la jurisprudencia.

Estas resoluciones son objeto de análisis en el presente trabajo, principalmente las emanadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), pues principios como la legalidad, la transparencia, la libre concurrencia, la

*Artículo recibido el 25/04/2016; aceptado el 08/10/2016.*

igualdad de trato y no discriminación, se reconocen en las distintas Directivas comunitarias y son protegidos por las variadas resoluciones.

Se analiza en este trabajo el principio de libre competencia en la fase de adjudicación de los contratos públicos, por ser el momento clave para exigirse a la Mesa y al órgano de contratación la mayor diligencia para velar por la no discriminación y con ello la igualdad real de los licitadores.

Palabras clave: *libre competencia; adjudicación del contrato; principio general; licitadores.*

### **Free competition or equality of treatment: their application in the awarding of public contracts**

#### **Abstract**

*Public procurement is based on several fundamental rules which are general principles recognized under EU and national law and are applied by administrative courts –central and regional courts– and contentious-administrative courts.*

*This article analyzes the decisions of those courts, especially the judgments of the Court of Justice of the European Union, because the principles of legality, free competition, equality of treatment and prohibition of discrimination are recognized in several EU directives and are protected by the Luxembourg Court.*

*In particular, this article studies the principle of free competition in the procedural moment of the awarding of public contracts which is especially relevant because the awarding body must ensure an equal treatment for all the bidders.*

**Keywords:** free competition; awarding of public contracts; general principles; bidders.

## **1**

### **Introducción**

Partamos del reconocimiento (STS de 19 de septiembre de 2000) de que el procedimiento de selección de contratista ha de estar orientado en la legis-

lación para garantizar un trato igual a todos los que, siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el supuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos. Del mismo vamos a desprender y analizar uno de los principios generales de la contratación pública, principio de la libre concurrencia o igualdad de trato, que ha obtenido un continuo reconocimiento normativo tanto en clave comunitaria como nacional, así como por las distintas instancias jurisprudenciales junto a la de los actuales tribunales administrativos de recursos contractuales.

## 2

### Reconocimiento normativo del principio de libre concurrencia

Es objeto y finalidad del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), según su art. 1: “regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar”. Además, en relación con el principio de no discriminación, recuérdese, entre otras causas de nulidad de derecho administrativo, la prevista en el art. 32.d) TRLCSP: “Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración” [letra d) del artículo 32 introducida por el artículo 44.3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización]. Así, según el profesor BAÑO LEÓN<sup>1</sup>,

1. BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>, “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, Madrid, enero-abril 2000, pp. 27 y 37.

la interpretación que el Tribunal de Justicia ha consolidado sobre las Directivas de contratación tiene en nuestro derecho un doble efecto. La doctrina del Tribunal vincula a nuestras autoridades y jueces en la aplicación de las normas transpuestas al derecho español. Esta es una consecuencia obligada para todos los ordenamientos de los Estados miembros. Junto a este efecto, en el derecho español aparece otro poco destacado: los contratos administrativos puramente internos también quedan afectados por la interpretación comunitaria como consecuencia del peculiar modo de transposición de las Directivas. Siendo el profesor REQUENA CASANOVA<sup>2</sup> quien, estudiando el principio general de igualdad de trato y de no discriminación en sus distintas manifestaciones (la religión o convicciones, la edad, la discapacidad, la orientación sexual o el origen racial o étnico), concluyera que la tutela judicial de la igualdad de trato está anclada en una “jerarquía de igualdad”, que es expresión de las diferencias materiales existentes entre los motivos discriminatorios mencionados en el artículo 19 TFUE, y del distinto modo en que operan los criterios legales basados en ellos. Este sistema jerárquico de protección no tiene su origen en la utilización de diferentes test por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), sino más bien en una elección por parte del legislador de la Unión.

Además, este TRLCSP contempla en su Título I: “Adjudicación de los contratos”, Capítulo I, Sección 1.<sup>a</sup>, Subsección 1.<sup>a</sup>: “Disposiciones directivas”, artículo 138, el procedimiento de adjudicación, al disponer: “1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán con arreglo a las normas del presente Capítulo. 2. La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175, ambos inclusive, podrá seguirse el procedimiento negociado, y en los casos previstos en el artículo 180 podrá recurrirse al diálogo competitivo. 3. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111. Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50 000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18 000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal. 4. En los concursos de proyectos se seguirá el procedimiento regulado en la

2. REQUENA CASANOVA, M., “La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 40, Madrid, septiembre-diciembre 2011, p. 791.

sección 6.<sup>a</sup> de este Capítulo”. Para a continuación, en su art. 139, remarcar los principios de igualdad y transparencia: “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”. En la Sección 2.<sup>a</sup> (Libro III, Título I, Capítulo I) se reconoce que “en el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores” (art. 157 TRLCSP); “En el procedimiento restringido solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos” (art. 162 TRLCSP); según el art. 169.1 TRLCSP: “En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos”. Procedimiento excepcional, por ser una excepción a los principios de publicidad y concurrencia, según el Informe 7/2008 JCCA de Aragón, de aplicación en supuestos tasados y que deben interpretarse de forma estricta. Resultando que si un licitador manifiesta su interés en participar en este tipo de procedimiento negociado sin publicidad, o presenta una oferta en plazo, la entidad deberá atenderla, para no dar un trato no igualitario y discriminatorio (Informe 33/2009, de 1 de febrero de 2010, JCCA); en el diálogo competitivo (art. 179.1 TRLCSP), “el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta”; y para los concursos de proyectos, que son los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado (art. 184 TRLCSP), dispone el art. 186 TRLCSP: “En caso de que se decida limitar el número de participantes, la selección de estos deberá efectuarse aplicando criterios objetivos, claros y no discriminatorios, sin que el acceso a la participación pueda limitarse a un determinado ámbito territorial, o a personas físicas con exclusión de las jurídicas o a la inversa. En cualquier caso, al fijar el número de candidatos invitados a participar, deberá tenerse en cuenta la necesidad de garantizar una competencia real”.

Y entre las normas aplicables por otros entes, organismos y entidades del sector público, previstas en el Capítulo II del Título I, Libro III, en el art. 192 se dispone que: “Los entes, organismos y entidades del sector

público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”. Se trata de normas de procedimiento, mediante las que nuestro ordenamiento –dijo el Consejo Consultivo de Canarias en su Dictamen 283/2010, de 6 de mayo– determina el cauce al que ha de someter su actuación la Administración en cada momento; son de derecho necesario y de estricta observancia, sin que la Administración pueda disponer libremente de las mismas, destacando que, en la contratación, el cumplimiento de los trámites relativos a la preparación y adjudicación de los contratos asegura “el interés público a procurar en cada momento y el adecuado control de la existencia del presupuesto necesario”, así como el respeto a principios esenciales como los de publicidad y concurrencia (salvo las excepciones que establece la propia Ley), o bien los de igualdad y no discriminación. Por último, el órgano de contratación adjudicará el contrato en todo caso, y aplicando los criterios de desempate fijados con carácter previo en el pliego, por respeto a los principios de transparencia y no discriminación (JCCA Aragón, Informe 7/2010, de 23 de junio).

Para el análisis de este principio de igualdad de trato, es preciso señalar su reconocimiento en la regulación comunitaria<sup>3</sup> y nacional. Así, “las entidades o poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia” (art. 4 de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. Resultando violados, según criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante, JCCA) y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), los principios de la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, para la valoración de ofertas que admita como criterio discriminatorio el criterio de la implantación (domicilio...) o arraigo de una empresa en un territorio (Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009, JCCA, y resoluciones 29/2011, de 9 de febrero, y 438/2014, de 6 de junio, TACRC). Por ello, de haber dudas en la aplicación de los pliegos, los licitadores, antes de presentar sus ofertas, de-

3. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “La contratación de las Comunidades Europeas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 142, Madrid, enero-abril 1997, y *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. El Derecho Administrativo europeo*, Thomson, Pamplona, 2008.

berían solicitar las aclaraciones que hubiesen estimado pertinentes (Tribunal Administrativo de Navarra, Resolución 2075/2010, de 16 de marzo). Principio de no discriminación que en materia de contratación pública hizo recordar la jurisprudencia a AVEZUELA CÁRCEL<sup>4</sup> para señalar que, para el Tribunal Supremo (entre otras, STS de 22 de septiembre de 1988), como para la mayoría de la doctrina, los principios generales de la contratación son principios no meramente interpretativos, sino de carácter normativo, y, por aplicación de los artículos 1.1 y 1.4 de nuestra Constitución (en adelante, CE), la igualdad de acceso entre las distintas empresas es uno de los principios esenciales de la contratación (STS de 13 de junio de 1976), en la medida en que tiende a garantizar el interés público. Y ello, por medio de la articulación de tres principios cardinales de la licitación: el de publicidad, el de libre concurrencia y el de igualdad de oportunidades.

Hace unos meses, el 18 de abril de 2016, ha vencido el plazo de transposición al derecho interno español de las denominadas Directivas de “cuarta generación” sobre contratación pública, publicadas en el DOUE de 28 de marzo de 2014 y que entraron en vigor a los 20 días de su publicación: a saber, las Directivas 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; y 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Y a partir de esa fecha procede su aplicación directa (SSTJUE *Pfeiffer y otros*, asuntos C-397/2001 a C-403/2001, apartado 103, y *Association de médiation sociale*, asunto C-176/2012, apartado 31). Para la aplicación de la normativa a partir de esa fecha de 18 de abril de 2016, los tribunales administrativos de contratación pública elaboraron el 1 de marzo de 2016 un documento de trabajo en aras de su mejor interpretación, y además en el BOE de 17 de marzo de 2016 se publicó la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública; y finalmente apuntar la Recomendación de esta misma Junta Consultiva dirigida a los órganos de contratación, en relación con la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública de 6 de abril de 2016.

---

4. AVEZUELA CÁRCEL, J., “Los Principios Generales de la Contratación Pública”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 3, Valencia, enero-junio 2005, pp. 21 y 24.



Así, podemos señalar, por lo que a nuestro estudio se refiere, que la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en su art. 3.1 reconoce: “Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras darán a los operadores económicos un trato igualitario y no discriminatorio y actuarán de forma transparente y proporcionada. El procedimiento de adjudicación de la concesión, incluida la estimación del valor, no será concebido con la intención de excluirlo del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos o determinadas obras, suministros o servicios”. Para la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés dispone el art. 35: “Los Estados miembros exigirán a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras que tomen las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de concesiones a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores”; y el art. 38: “1. Los poderes y entidades adjudicadores deberán comprobar las condiciones de participación relativas a la capacidad profesional y técnica, la solvencia financiera y económica de los licitadores o candidatos, sobre la base de las declaraciones de los mismos, la referencia o referencias que se presenten como prueba de conformidad con los requisitos especificados en el anuncio de licitación, que deberán ser no discriminatorias y proporcionales al objeto de la concesión”. Y para los criterios de adjudicación, según el art. 41: “1. La adjudicación de las concesiones deberá efectuarse basándose en criterios objetivos que cumplan los principios establecidos en el artículo 3 y que garanticen la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva tales que se pueda determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora”.

Se trata de normas de derecho necesario que, al regular la preparación y adjudicación de los contratos, aseguran el respeto a principios tan esenciales en este ámbito de actuación administrativa como son los de publicidad y concurrencia (salvo excepciones), o bien los de igualdad y no discriminación (Consejo Consultivo de Canarias, Dictamen 283/2010, de 6 de mayo), suscitando tanto los principios como el procedimiento de adjudicación la libre concurrencia, basada en un presupuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos (STSJ del País Vasco de 29 de junio de 2015). Además, para lograr salvar el interés general, por una parte, y la garantía de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia que presiden su tramitación, por otra, la finalidad de la regulación es



que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente la posibilidad de su cumplimiento (resoluciones 236/2012, de 31 de octubre, y 284/2012, de 14 de diciembre, TACRC).

Para el TJUE (sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otro*, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74) –aclaró el profesor MORENO MOLINA<sup>5</sup>–, en la medida en que el acto de adjudicación implica *de iure* la celebración del contrato, resulta de ello que en España, con el régimen que se deriva del TRLCAP, la LRJPAC y la LJCA, la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual esta elige, entre los licitadores, al adjudicatario, no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato. Siendo ilustrativo el profesor al aclarar que los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales (STC de 22 de abril de 1993) y comunitarias (STJUE de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89) de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación. Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.

### 3

#### El respeto a la libre concurrencia y no discriminación contractual en la jurisprudencia

Reconoce el art. 2 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que desde el 18 de abril de 2016 deja de estar en vigor que “los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia”, y como particularidad reconoce su art. 3 que, “cuando un poder adjudicador otorgue derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a una entidad distinta de dicho poder adjudicador, el acto por el que se otorgue dicho derecho impondrá a la entidad en cuestión, en los contratos de suministro que adjudique a terceros

5. MORENO MOLINA, J. A., “La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º Extra 10, 2008, pp. 54 y 56.

en el marco de esa actividad, la obligación de respetar el principio de no discriminación por razones de nacionalidad”. Resultando determinante el respeto al procedimiento contradictorio, respecto del cual el alto tribunal señala que está destinado “a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas” (sentencias Lombardini y Mantovani, apartado 57; y SAG ELV Slovensko, apartado 29). En este sentido el derecho comunitario persigue la finalidad de evitar que se puedan rechazar automáticamente las ofertas sin hacer previamente una comprobación de las mismas, a efectos de determinar su posible cumplimiento, evitando sean rechazadas automáticamente las proposiciones, como garantía del principio de libre concurrencia (informes 18/1996, 36/2004 y 34/12, de 14 de diciembre de 2012, JCCA).

El profesor MORENO MOLINA<sup>6</sup> ya remarcó la jurisprudencia comunitaria para reseñar que una de las cuestiones más importantes que se plantean, en relación con los recursos interpuestos por posibles violaciones del derecho comunitario, en el desarrollo de procedimientos de adjudicación de contratos públicos, es la de la justicia cautelar. En muchas ocasiones, la adopción de una medida cautelar por el Tribunal ante el que se interponga el recurso, constituye la única vía para que el posible reconocimiento posterior del derecho del particular no pierda todo su sentido. En el ámbito de los contratos públicos, el TJCE ha declarado que “el incumplimiento de una Directiva aplicable a un contrato público constituye un perjuicio grave para la legalidad comunitaria”, y que la declaración posterior de un incumplimiento por el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 169 del Tratado, con frecuencia después de la ejecución del contrato, “no podrá eliminar el perjuicio sufrido por el ordenamiento jurídico comunitario y por todos los licitadores excluidos o privados de la posibilidad de participar adecuadamente, respetándose el principio de igualdad de trato” (Auto del presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1994, en el asunto Comisión contra Bélgica). Además, recordar –con el profesor FUENTETAJA PASTOR<sup>7</sup>– que el derecho específico de los contratos de la Administración europea debe ser interpretado y aplicado de conformidad con las Directivas de contratación, porque la interpretación del derecho europeo en su conjunto debe ser uniforme, y porque el derecho administrativo alumbrado por la Unión, ya sea aplicable a los Estados, ya a la Administración europea, no puede contradecirse entre sí.

6. MORENO MOLINA, J. A., “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, Madrid, enero-abril 2000, p. 333.

7. FUENTETAJA PASTOR, J. A., “Los Contratos Públicos de la Administración Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, UNED, n.º 19, 2.º semestre 2010, pp. 227.

En su Recomendación 1/2010, de 21 de diciembre, sobre medios de acreditación de la solvencia, la JCCA de Madrid recomendó a los órganos de contratación que establecieran alternativamente otro u otros medios de acreditación de dichas solvencias previstas en la normativa (hoy artículos 74, 76, 77, 78 y 79 TRLCSP), según correspondiera conforme al tipo de contrato, a resultas de lo cual los candidatos o licitadores pudieran acreditar, en su caso, por algún otro medio, la posesión de la suficiente solvencia para optar a la adjudicación del contrato, garantizando así el cumplimiento del principio de no discriminación e igualdad de trato entre estos candidatos y licitadores. Disponiendo el art. 79 bis TRLCSP: “La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos reglamentariamente para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos”. Por eso, señalar la STJUE de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, para reflejar que, una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. Así, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Aclarándose por el profesor MORENO MOLINA<sup>8</sup> que ha sido el Tribunal de Jus-

---

8. MORENO MOLINA, J. A., “La Administración Pública comunitaria y el proceso hacia la formación de un derecho administrativo europeo común”, *Revista de Administración*

ticia quien ha formulado los grandes principios administrativos del derecho comunitario. Para basar tal reflexión, acude al célebre caso *Algera*, de 1957, donde el Tribunal de Justicia había expresado su voluntad de acudir, para la resolución de los problemas que se le planteaban, a “las reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países miembros”. Los principios generales que ha formulado, de esta manera, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, son, indudablemente, principios de derecho público; así, el principio del efecto directo (STJUE *Van Gend & Loos*, de 5-2-1963), el de la primacía del derecho comunitario (STJUE *Costa/ENEL*, de 15-7-1964), o el de responsabilidad interna por incumplimiento del derecho comunitario (SSTJUE *Francovich*, de 19-11-1991; *Wagner Miret*, de 16-12-1993; y *Faccini Don*, de 14-7-1994). Pues bien –concluirá el profesor–, entre estos principios generales, reseñar el principio de legalidad de la Administración, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, el principio de proporcionalidad, el principio de seguridad jurídica, el principio de protección de la confianza legítima, el principio de audiencia, el derecho de defensa y el principio de publicidad. El derecho comunitario establece cada vez más obligaciones directas y positivas, que condicionan a los Estados miembros a asumir procedimientos administrativos concretos y específicos. Singularmente, así ocurre, entre otras materias, con las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, las cuales establecen toda una serie de normas reguladoras de los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos. Es más, los legisladores comunitarios no se han detenido en el establecimiento de una completa regulación de los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos públicos, sino que han querido asegurar también el cumplimiento y la aplicación efectiva de la citada normativa. Conviene resaltar –con el profesor ARIÑO ORTIZ<sup>9</sup>– el punto de vista del régimen jurídico de toda Administración, sometida, en cuanto tal, al derecho administrativo, aun cuando la actividad a que dicho funcionamiento se encamine sea actividad privada; por ello, en materia contractual, todo el largo procedimiento de integración de la voluntad y habilitación del gasto es siempre derecho administrativo, aun cuando el contrato sea de derecho privado; ello significa, en materia contractual, que el derecho administrativo se aplica, como he dicho, al íntegro proceso de gestación de cualquier contrato del Estado, constituyendo eso que llamamos “zona común” de la contratación.

*Pública*, n.º 148, Madrid, enero-abril 1999, pp. 343-344 y 357.

9. ARIÑO ORTIZ, G., “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 172, Madrid, enero-abril 2007, pp. 92 y 93.

Adjudicado el contrato, comienza su ejecución para cumplir lo pactado. Por eso es determinante el supuesto de modificación del contrato para lograr la salvaguarda de la finalidad pública, así como el respeto a los principios intervinientes, entre ellos el de igualdad de trato. Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (Informe 3/2009, de 15 de abril) recordó que la normativa española solo permite modificaciones en los contratos cuando existan razones de interés público y se trate de necesidades nuevas imprevistas. Regulación que debe interpretarse en coherencia con la citada Directiva 2004/18 en relación con el principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la referida norma, tal y como ha interpretado el TJCE en la sentencia de 29 de abril de 2004 (*Succhi di frutta*) en la que se establece la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato.

En cuanto a los supuestos en los que estamos en presencia de una nueva adjudicación, debe destacarse la reciente STJCE de 19 de junio de 2008 (*Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*). Recordar asimismo la STJUE de 10 de diciembre de 2009, *Antwerpse Bouwwerken NV*, asunto T-195/08, que remarcó como contrario al principio de buena administración rechazar una oferta ambigua o que presentara errores manifiestos sin solicitar antes aclaraciones al licitador, ello siempre que se respetara el principio de igualdad de trato y no se modificaran los términos de la oferta, a resultas de saberse (Resolución 46/2013, de 29 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León) que el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores potenciales deben conocer las cláusulas y condiciones por las que se rige la contratación, y estas deben aplicarse a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no solo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. En definitiva, el principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (SSTJUE de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otro*, y de 19 de junio de 2003, *GAT*).

En cuanto a la posibilidad de incluir en los pliegos criterios de adjudicación basados en la valoración de mejoras consistentes en la ejecución de obras accesorias sin coste para el órgano de contratación, se pronunció la JCCA (Informe 59/09, de 26 de febrero de 2010) para aclarar que todos los licitadores han de concurrir en condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características

propias de contrato a ejecutar. Y precisamente para que esto sea posible el proyecto y los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras, y en tal caso, sobre qué han de versar unas u otras, cuáles son sus requisitos, límites, modalidades, y los aspectos del contrato sobre los que son admitidas. En consecuencia, no se habrá respetado el requisito si cuando intentamos proceder a seleccionar la mejor oferta económica, y valoramos la ejecución adicional y gratuita de obras adicionales por parte del contratista, en los pliegos no se concretan estas variantes o mejoras ni la forma de valoración, ni cuando esas obras adicionales no guarden relación directa con el objeto contractual.

Por su parte la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, reconoce en su art. 18: “Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada”. Para prevenir los conflictos de intereses, según el art.24: “Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos”. En el art. 41 se regula la participación previa de candidatos o licitadores, disponiéndose que: “Cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al poder adjudicador, sea o no en el contexto del artículo 40, o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia. [...] El candidato o el licitador en cuestión solo será excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato”. Para los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos, en el art. 76 se reconoce que “los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos” (con sus equivalentes en los arts. 36, 42, 59 y 93 de la Directiva 2014/25 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE).

Visto este reconocimiento, recordar que según el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en su Dictamen n.º 59/1997, de 30 de septiembre, en cuanto a proteger el interés público en la licitación mediante el respeto a los principios de igualdad y no discriminación, dicha finalidad no se conseguiría si la empresa que ha redactado el proyecto y conoce por tanto de forma anticipada las especificaciones técnicas del mismo, pudiera participar en la licitación y ser un posible adjudicatario de las obras mediante la unión con otras empresas, pues tiene el carácter de *lex inter partes* el pliego de condiciones técnicas, constituyendo “un auténtico bloque normativo al que quedan sujetos tanto la Administración como los particulares” (STS de 25 de noviembre de 1985), por lo que si una empresa pudiera participar posteriormente en la licitación, bien a título individual o en unión temporal con otras, se encontraría en clara ventaja con respecto a los otros posibles licitadores, lo que en definitiva supondría una trasgresión del principio de igualdad en la contratación pública<sup>10</sup> (en este sentido, véase también sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2002).

Si sabemos –con el profesor MEILÁN GIL<sup>11</sup>– que, desde los postulados de nuestra Constitución, la razón de ser de la Administración Pública es la satisfacción eficaz de los intereses generales, que ha de realizar de acuerdo con las pautas constitucionales de objetividad y sometimiento pleno a la ley y al derecho, debemos añadir que esas pautas no son el objetivo de la Administración, no constituyen el fin que justifica su existencia. Aquel servicio, como actividad de realización, legitima estructural y funcionalmente a la Administración Pública. Es criterio jurisprudencial (SSTS de 10 de marzo de 1999, 10 de marzo de 1982, 18 de abril de 1979, 11 de marzo de 1980, 20 de abril de 1992, 20 de julio de 1988, 6 de febrero de 1988, 18 de noviembre de 1987 y 23 de enero de 1985) señalar como principio básico de la contratación administrativa que los términos de un contrato (entre otros elementos, el precio es requisito esencial del contrato –informes 28/95, de 24 de octubre, 8/97, de 20 de marzo, y 29/98, de 11 de noviembre, JCCA–<sup>12</sup>) no pueden quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes, y que los pliegos de cláusulas son ley del contrato, teniendo que estarse a él para su cumplimiento. Recuérdese, con la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de

10. AGUILERA RULL, A., “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, febrero de 2009, p. 18.

11. MEILÁN GIL, J. E., “La Administración Pública a partir de la Constitución Española de 1978”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 47, Madrid, mayo-agosto 1996, p. 76.

12. TORRE NIETO, J. L. DE LA, “Los requisitos para ser licitador y los criterios de adjudicación en los contratos de la Administración”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 3, Valencia, enero–junio 2005, p. 55.



2002 (FD 3.º), que esta realidad es la garantía de que la adjudicación se hará respetando aquellas exigencias públicas, y el principio de concurrencia en igualdad de oportunidades de los licitadores. Sobre esta oferta económica<sup>13</sup>, recuérdese la Resolución n.º 394/2015, de 30 de julio de 2015, del Consejo Consultivo de Extremadura (hoy el órgano administrativo en materia de recursos contractuales de Extremadura, competente para conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación, es el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura, según la disposición final segunda de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura); la técnica de baja anormal o desproporcionada se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio, y el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que en cumplimiento de la doctrina del TJUE (entre otras, sentencia de 27 de noviembre de 2001, *Impresa Lombardini Spa. v. Impresa Generale di Costruzioni*) considera que, al margen del importe del contrato, la calificación de una oferta como anormalmente baja es presunta y se requiere siempre, en todo caso, solicitar del o de los empresarios afectados una justificación o defensa de las razones que han llevado a presentar una proposición que es considerada desproporcionada o anormal, requiriéndose el asesoramiento del servicio técnico correspondiente. Los argumentos que pueden ser planteados son: ahorros en el procedimiento de ejecución del contrato, soluciones adoptadas, condiciones favorables para la ejecución contractual, ayudas estatales otorgadas sin contravenir las disposiciones comunitarias, a los que se refiere el artículo 152.3 TRLCSP, y que pueden entenderse suficientemente justificadores, o no, de la oferta y de sus condiciones. Recordar que recientemente se pronunció el Tribunal de Cuentas, en su Informe n.º 1142/2016, de 25 de febrero de 2016, de fiscalización de la Comunidad Autónoma de Extremadura, ejercicio 2013, para, entre otras recomendaciones habituales en relación con la preparación y adjudicación de los contratos, prever en la número 13 el deber de especificarse la forma de determinar y/o de valorar las ofertas según los criterios de adjudicación establecidos y la manera de la asignación de puntos de los correspondientes baremos, así como el de otorgar al criterio del precio en la valoración de las ofertas un valor más determinante de la adjudicación de los contratos.

13. GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, “La adjudicación de los contratos: la oferta económicamente más ventajosa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º Extra 10, 2008, pp. 155-184.

También se debe velar por el principio de no discriminación e igualdad de trato (Dictamen n.º 437/2013, de 24 de septiembre de 2013, del Consejo Consultivo de Extremadura), pues, siendo determinante la obligación de los poderes adjudicadores de someterse a los términos del contrato, se exige la igualdad de trato entre los licitadores (para fomentar y favorecer una competencia sana y efectiva entre las empresas que participen en una contratación pública), así como la existencia de igualdad de oportunidades de los licitadores al presentar sus ofertas, ajenas a los favoritismos o arbitrariedades; y por ello en el anuncio público, de manera clara e inequívoca, deben aparecer todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación (STJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99 P, *Succhi di Frutta*).

Principio de no discriminación, tratamiento igualitario y proporcionalidad en la actuación pública, al que acudir, junto al contexto del pliego de cláusulas administrativas particulares (JCCA de Madrid, Informe 1/2014, de 11 de abril), también a la hora de determinar el importe de la garantía definitiva en función de su duración, para así lograr hacer realidad el fin que la justifica, siendo menos restrictiva de los derechos de los particulares, y resultando en definitiva equilibrada. Este principio, en su variante de no discriminación por razón de nacionalidad –según el profesor MORENO MOLINA<sup>14</sup>–, implica, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios sean respetados. A los efectos de nuestro estudio, esta obligación de transparencia, que recae sobre dicha autoridad, consiste en garantizar la imparcialidad en el procedimiento de adjudicación (STJUE *Teleaustria y Telefonadress*, antes citada, apartados 61 y 62), extendiéndose su aplicación mediante la intervención de la Comisión Europea, al publicar una Comunicación interpretativa sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (Diario Oficial n.º C 179 de 01/08/2006), en la que concluye sobre la obligación de respetar en todo caso estos principios generales.

Desde el punto de vista finalista, resulta evidente que la sumisión de los contratos privados, en su preparación y adjudicación, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, responde a la idea de que, aunque por su naturaleza privada sus efectos y extinción se rigen por el

14. MORENO MOLINA, J. A., “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de contratos del sector público”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2008, n.º 45, pp. 50-51.

derecho privado, ello no obsta para que, por el dato fundamental de los fondos públicos con los que se financian estos contratos, su adjudicación haya de llevarse a cabo con las normas concretas en que se plasman los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación; idea que se ve reforzada porque muchos de estos contratos privados por naturaleza pueden quedar sujetos a las Directivas comunitarias, concretamente a la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en cuyo art. 3.2 se establecía que: “las entidades adjudicadoras velarán por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios”, y que, como es sabido, obligaba a aplicar sus preceptos, referentes exclusivamente a la preparación y adjudicación de contratos, a los contratos privados (Informe 67/1996, de 18 de diciembre, JCCA, sobre la posibilidad de utilización del procedimiento negociado para su adjudicación en los contratos privados). En definitiva, no debemos olvidar que el procedimiento de selección de contratistas ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que, siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el presupuesto de la publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos (STS de 17 de octubre de 2000).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid manifestó que la constitución de la Mesa de contratación en los procedimientos negociados, además de en los abiertos y restringidos, ha resultado muy provechosa para los intereses públicos, por asegurar tanto la calificación de la capacidad de las empresas como el análisis de las ofertas, contribuyendo de manera decisiva al cumplimiento de los principios informadores de la contratación administrativa: objetividad, transparencia, igualdad y no discriminación (Recomendación 4/2000, de 14 de marzo); en la Recomendación 5/2000, de 25 de julio, que los órganos de contratación, al elaborar los pliegos de prescripciones técnicas, deberán tener en cuenta que no procede incluir en los mismos aspectos, circunstancias o declaraciones de contenido jurídico, administrativo y económico, que deben reservarse para los pliegos de cláusulas administrativas particulares; y en su acuerdo 2/2000, de 25 de julio, que la aplicación de los criterios de adjudicación a cada proposición u oferta, en función de las circunstancias de esta, debe quedar justificada suficientemente en el informe-propuesta de adjudicación de la Mesa al órgano de contratación.

De ahí que el profesor GIMENO FELIÚ<sup>15</sup> recuerde la jurisprudencia comunitaria, puesto que la publicidad para hacer efectiva la regla de transparencia no es —ni puede serlo— un mero principio formal. La publicidad, mediante los instrumentos que se utilicen —técnicos y regulatorios—, debe generar competencia o concurrencia empresarial, tal y como bien advierte la STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, al afirmar que “los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados”. La obligación de transparencia que recae sobre cualquier ente contratante consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada y efectiva que permita abrir a la competencia el contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 16 de septiembre de 2013). No quedando vulnerados los principios de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores (Informe 26/2011, de 23 de noviembre, JCCA Aragón) por el sometimiento a una dualidad de regímenes impugnatorios del acto de adjudicación del contrato, con idéntico régimen jurídico y dictado por el mismo órgano, pues, ya se trate de un acto susceptible de recurso de alzada o susceptible de reposición, el recurso que proceda se podría interponer por cualquier licitador en condiciones de igualdad. No obstante, sí resultarían violados los principios citados anteriormente de admitir el derecho de tanteo a favor de la empresa constructora que suscribiera las acciones de la Empresa Municipal de la Vivienda, en los futuros contratos de obras que la misma Empresa Municipal pudiera adjudicar, pues no está permitido discriminar las ofertas por razón de las características que pueda tener cada una de las empresas licitadoras (Informe 57/10, de 15 de diciembre de 2011, JCCA).

Es trascendental que se respete en el proceso de adjudicación contractual el principio de libre concurrencia; como alertara el profesor MORENO MOLINA<sup>16</sup>, “las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favo-

15. GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, “La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia”, en *obcp.es* (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.153/releategoria.121/relemenu.3/chk.577429fa7149b11b2d930ebe5b579d9f>), y “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *REDA. Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 147, 2010, pp. 517-535.

16. MORENO MOLINA, J. A., “La apuesta europea por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública”, en *obcp.es* (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/releategoria.121/relemenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1>).

ritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas. El propio Tribunal europeo de Justicia ha calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción ‘más grave del derecho comunitario en materia de contratos públicos’ (STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, apartado 37)”.

Saber que no será posible establecer adiciones a los criterios de valoración del pliego, que los alteren o modifiquen, sobre todo si se hace una vez producida la apertura de los sobres. Este criterio, concretado en la STJUE de 24 de noviembre de 2005, significó que el derecho comunitario no se opone a que una Mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación, establecidos con antelación, siempre que tal decisión no modifique los criterios establecidos en el pliego, no contenga criterios que de haber sido conocidos en el momento de preparación de las ofertas habrían podido influir en tal preparación, y no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (STSJ de Castilla y León de 26 de enero de 2012). Además, la STJUE de 7 de octubre de 2015, asunto T-299/11, FD 44, reconoció que el principio de igualdad de trato hace que los licitadores deban estar en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como en el de la evaluación de estas por la entidad adjudicadora. Ello implica más especialmente que los criterios de adjudicación se han de formular en el pliego de cláusulas o en el anuncio de licitación, de manera que permitan a todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes interpretarlos de igual forma; y que en la evaluación de las ofertas esos criterios deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (STJUE de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, EU:C:2011:84, apartados 39 y 40, y STJUE de 25 de octubre de 2012, *Astrim y Elyo Italia/Comisión*, T-216/09, EU:T:2012:574, apartados 35 y 36). En definitiva, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores (STJUE de 24 de enero de 2008, *Emm. G. Lianakis AE y otros*, asunto C-532/06).

Ahora bien, los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación (Informe 1/2004, de 1 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Extremadura, y Recomendación 4/2001, de 22 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía), basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación. El Tribunal Constitucional ya había se-

ñalado, en la STC de 22 de abril de 1993, que la normativa básica en materia de contratación administrativa tenía principalmente por objeto proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguraran a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas, lo que no es sino manifestación general de la función que los principios generales en el derecho administrativo desempeñan, como asegura el profesor BLANQUER CRIADO<sup>17</sup>, destacando el efecto de su respeto, como es, entre otros, el de la seguridad jurídica, al saberse la convicción compartida por la comunidad política de que es valioso establecer una convivencia pacífica, también en un campo de la trascendencia de la contratación pública.

Asimismo, el respeto a estos principios no es incompatible con la discrecionalidad administrativa; razón que fue base de la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (Resolución 238/2015, de 29 de junio), para quien “[...] si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada”. Así también la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, reconoce que “los criterios de adjudicación no conferirán a la entidad adjudicadora una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación” (art. 82.4). No violándose el principio de igualdad si existe un grado de concreción de los criterios suficiente para que el licitador<sup>18</sup> se oriente a la hora de formular su oferta (Resolución 416/2015, de 8 de mayo, TACRC). Recordar –con el profesor BERNAL BLAY<sup>19</sup>– que la fijación de los criterios de solvencia en el pliego de cláusulas administrativas particulares permite el control de su objetividad, utilizando el mecanismo del recurso especial en materia de contra-

17. BLANQUER CRIADO, D., *Derecho Administrativo. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 1235-1236.

18. GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, “La necesaria interpretación subjetivo–funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, Madrid, enero-abril 2000, pp. 425 a 439; y “La nueva y novedosa regulación de la adjudicación de los contratos públicos de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”, *Revista Presupuesto y Gasto Público*, n.º 60, Instituto de Estudios Fiscales, 2010.

19. BERNAL BLAY, M. Á., “El principio de objetividad en la contratación pública”, *DA. Revista Documentación Administrativa*, n.º 289, enero-abril 2011, pp. 138 y 140.



tación pública, al ser el pliego un acto susceptible de impugnación (art. 40.2 TRLCSP), cuando el contrato sea uno de los que admiten la interposición de este recurso especial (art. 40.1 TRLCSP) (Acuerdo 2/2011, de 6 de abril, del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón); objetividad en el criterio de adjudicación que recuerdan la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 17 de septiembre de 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*) y la normativa europea y española (considerando n.º 46 y art. 53 de la Directiva 2004/18, y art. 150 TRLCSP), en la necesidad de que los criterios de adjudicación se encuentren vinculados al objeto del contrato (resoluciones del TACRC 227/2012 y 220/2012, y Resolución 41/2015, de 8 de abril de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi)<sup>20</sup>.

Cabría añadir, pues, que el principio de igualdad de trato constituye la base de las Directivas<sup>21</sup> relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, e implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (SSTJUE de 31 de enero de 2013, T-235/11; de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia y 3-S*, C-275/98, EDJ 1999/30259; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otro*, C-470/99, EDJ 2002/61297; y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09). No discriminación que, entre otros medios, trata de salvarse agilizando la información, mediante mecanismos como el perfil del contratante, regulado en el art. 53.1 TRLCSP (Informe 12/1998, de 24 de julio, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia). En este orden de cosas, analizando la Directiva de Servicios, el profesor GIMENO FELIÚ<sup>22</sup> apuntó que trata de garantizar el derecho de los prestadores de servicios a la agilidad administrativa, así como que la contratación pública electrónica favorecerá la competencia, ya que facilitará el acceso a la información pertinente sobre oportunidades de negocio; pero aunque en España existe la posibilidad de búsqueda de anuncios de licitación a través de portales web, es tal el número (de varios miles) que se dificulta a los licitadores tener una visión

20. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.<sup>a</sup>, “La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales”, *Revista de Administración Pública*, n.º 186, septiembre-diciembre 2011, p. 81.

21. MORENO MOLINA, J. A., “Crisis y contratación local desde la perspectiva de la Administración”, *Anuario del Gobierno Local 2011*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Barcelona-Madrid, 2012, p. 142. La Comisión de Defensa de la Competencia ha presentado el pasado mes de febrero una “Guía sobre contratación y competencia”, en las *Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza*, publicadas en diciembre de 2009 por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

22. GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, “Directiva de Servicios y contratación pública. Hacia la simplificación”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º Extra 12, 2010, pp. 435 y 436.



de conjunto, quebrando el principio de transparencia y en consecuencia el de igualdad de trato y no discriminación, dado que esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia (SSTJUE de 6 de abril de 2006, *ANAV*, apartado 21, y de 15 de octubre de 2008, *Acoset SpA*)<sup>23</sup>.

#### 4

### La subsanación de las ofertas y el respeto al principio de libre concurrencia

Al regularse la clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación, dispone el art. 151.2 TRLCSP: “El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos. Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles. De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”. Pues bien, la improcedencia de conferir plazo de subsanación en el trámite del artículo 151.2 TRLCSP pretende precisamente salvaguardar, como se ha expuesto, la transparencia y la igualdad de trato entre los licitadores (Resolución n.º 28/2016, de 15 de enero, TACRC).

En materia de subsanación de las ofertas, y en relación con el respeto al principio de libre concurrencia y no discriminación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa viene entendiendo (Informe 18/10, de

23. BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, 7.ª edición, Thomson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 55.

24 de noviembre, con cita de los informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 36/04, de 7 de junio de 2004, 27/04, de 7 de junio de 2004, 6/00, de 11 de abril de 2000, 48/02, de 28 de febrero de 2003, o 47/09, de 1 de febrero de 2010) que “se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable. Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la interpretación que da esta Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia”.

En clave comunitaria, visto el contenido del art. 24 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (que dispone: “Los Estados miembros velarán para que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos. 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”), FERNÁNDEZ MALLOL<sup>24</sup> apuntará que obliga a los Estados miembros a que adopten medidas para prevenir, detectar y solucionar de inmediato los conflictos

24. 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 (REALA)*, Nueva Época, n.º 2, julio-diciembre 2014, pp. 4 y 5.

de intereses que puedan surgir en todas las fases de los procedimientos de contratación, a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores. En cuanto a los pronunciamientos jurisprudenciales comunitarios, el mismo autor cita la STJUE de 16 de diciembre 2008 en el asunto *Michaniki* (recurso C-213/2007), en que se resuelve que el derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que, en aras de la consecución de los objetivos legítimos de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, establezca una presunción absoluta de incompatibilidad en dos sectores distintos; y la STJUE de 6 de mayo de 2010 en el asunto *Club Hotel Loutraki AE y otros contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis y otros* (recurso C-145/08 y C-149/08), en que se analiza el eventual conflicto de interés en una unión temporal de empresas cuando una de ellas decide accionar y no existe voluntad de todas. Sin olvidarse –como recordaba el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>25</sup>– de que, para respetar el principio de no discriminación de los licitadores, la existencia de circunstancias determinantes de la excepción licitadora (recuérdese el procedimiento negociado, por ejemplo, que en cuanto tal hay que interpretar restrictivamente) debe ser justificada caso a caso en el expediente de contratación (Consejo de Estado, dictámenes de 18 de octubre de 1962 o de 21 de diciembre de 1964), so pena de nulidad de la adjudicación (STS de 18 de febrero de 1964).

Por su parte, este Tribunal ha aplicado el criterio de la citada Junta, entre otras muchas, en las Resoluciones 128/2011, de 27 de abril, 184/2011, de 13 de julio, 225/2013, de 12 de junio, y 92/2014, de 5 de febrero, donde ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible. Esta doctrina se fundamenta en la del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 110/1985, 174/1988, 17/1995 y 104/1997) a propósito de los requisitos procesales, de los que declaró que carecen de sustantividad propia, constituyendo medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de forma que sus eventuales anomalías no pueden convertirse en meros obstáculos formales impositivos de tales fines, resultando obligada una interpretación presidida por el criterio de proporcionalidad entre la finalidad y entidad real del defecto advertido y las consecuencias que de su apreciación

---

25. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, 14.ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 721.

puedan seguirse para el ejercicio del derecho o de la acción, perspectiva que favorece la subsanación de defectos siempre que sea posible.

Subsanabilidad de la documentación aportada por los licitadores en el trámite del plazo de diez días hábiles (art. 151 TRLCSP) para aportar la documentación exigida en el mismo, que no puede ser rebasado, pues caso contrario supondría un punto de máxima inseguridad jurídica para el resto de los licitadores, con la consiguiente vulneración de los principios de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación, consagrados en los artículos 1 y 139 TRLCSP (resoluciones n.º 311/2015, de 10 de abril, n.º 409/2014, o n.º 28/2016, de 15 de enero de 2016, TACRC). Y respecto a la ampliación de estos diez días al amparo de lo dispuesto en el artículo 49 LRJPAC, fue rechazada por la Resolución 422/2015, de 8 de mayo, TACRC, y por el Informe 44/05, de 19 de diciembre de 2005, JCCA, pues se trata de una cuestión sobre la que el TRLCSP (arts. 151.2 y 99) se pronuncia expresamente, y además cuya aplicación supondría una situación de inseguridad jurídica para el resto de los licitadores, y por ello contraria, entre otros principios, a la libre concurrencia.

También viene admitiendo el TACRC (resoluciones 614/2013, de 13 de diciembre, y 463/2014) la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica; así, “la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, solo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada”. Resoluciones con base en la STJUE de 29 de marzo de 2012, que, entre otras cuestiones, admitía que, “excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta”. Siguiendo lo declarado en la Resolución 876/2014, de 28 de noviembre, TACRC, cabe recordar que, como regla general, el artículo 81 RGLCAP solo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la económica (Resolución 151/2013, TACRC), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido, y no a una nueva oportunidad para hacerlo (resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013, entre otras). Por su parte, se pronunció el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía (resoluciones 31/2013, de 25 de marzo, 123/2014, de 20 de mayo, 39/2015, de 10 de febrero, y 420/2015, de 10 de diciembre), en consonancia con la STS de 6 de julio de 2004 y las resoluciones 128/2011, de 27 de abril, 184/2011, de 13 de julio, y 61/2013, de 6 de febrero del TACRC, consoli-

dando una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.

Respecto de la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, que no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por la STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es solicitar aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos, porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición, lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad (Resolución 94/2013)<sup>26</sup>.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sus informes de 18 de diciembre de 1996 y 4/98, de 2 de marzo<sup>27</sup>, ya recordara, analizando la sumisión de los contratos privados de la Administración, en su preparación y adjudicación, a la normativa de contratación pública, que por el dato fundamental de los fondos públicos con que se financian estos contratos privados, su adjudicación debe llevarse a cabo con las normas concretas en que se plasman los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación. Sobre esta situación ya recordó la profesora Silvia DEL SAZ<sup>28</sup> la postura jurisprudencial (SSTS de 9 de mayo de 1996 y de 27 de noviembre de 1997), al afirmarse que no puede por ello admitirse que la diferencia entre los contratos privados y los administrativos sea solo y únicamente la presencia en estos últimos de cláusulas exorbitantes del derecho común, que serían ilícitas en un contrato privado, por ser incompatibles con el artículo 1256 del Código Civil, que impide dejar al arbitrio de una de las partes contratantes la validez y el cumplimiento del contrato, tanto más cuando la interpretación que viene realizando la jurisprudencia sobre el alcance de la regla antes mencionada, en concreto en cuanto a la resolución unilateral, no es que las partes no puedan pactar la resolución unilateral del contrato, sino

26. ALONSO HIGUERA, C., *Manual del Secretario. Teoría y Práctica del Derecho Municipal*, Tomo II, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 1104 y 1175.

27. AA. VV., *Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al Texto Refundido de la Ley (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio)*, 3.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2000, pp. 349 y 353.

28. SAZ CORDERO, Silvia DEL, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, n.º 174, Madrid, septiembre-diciembre 2007, pp. 340-341.

que ninguna de las partes podrá resolverlo unilateralmente si esta posibilidad no está expresamente contemplada en el mismo<sup>29</sup>.

## 5 Conclusión

Los principios de igualdad de trato y no discriminación presiden la Administración Pública en cuanto organización personificada –apuntó el profesor RIVERO YSERN<sup>30</sup>, y se han ido consolidando –como recuerda GUTIÉRREZ COLOMINA<sup>31</sup> por la jurisprudencia comunitaria. Así, el principio de igualdad de trato, del que derivan el de no discriminación y el de transparencia, comporta que idénticas situaciones no se traten de manera diferente; y otorgar información esencial y exclusiva solo a un licitador, hará que estos principios resulten conculcados (SSTJUE de 19 de octubre de 1977, *Rucdeschel y otros*, y de 13 de diciembre de 1984, *Sermide*). Además, la STJUE de 18 de octubre de 2001, *Siac Construction*, C/19100, resolvió que la igualdad de trato conlleva la transparencia para poder materializarla; esto es, iguales oportunidades para presentar las proposiciones, y sometimiento a iguales condiciones.

Sobre el aspecto de la discrecionalidad administrativa y la igualdad de trato de los licitadores, recordar que toda valoración técnica implica un juicio de valor de carácter subjetivo que está presidido por criterios técnicos concretos previamente definidos. En el análisis de estos criterios la jurisprudencia dice que la Administración puede valorar las ofertas presentadas dentro de un cierto margen de discrecionalidad técnica. Ello no es obstáculo para afirmar que los tribunales pueden valorar si la actuación de la Administración en la valoración ha sido arbitraria, o si entra dentro de los límites de la discrecionalidad administrativa (SSTS de 18 de julio de 2000 y de 20 de junio de 2002). Así la STS de 19 de julio de 2000, que señalara que la normativa en materia de contratación administrativa atribuye a la Administración, primero, la facultad de precisar en el pliego de cláusulas los criterios básicos

29. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á., *Manual de Administración Local*, 5.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas (Madrid), 2006, pp. 415-519.

30. RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, 5.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 340.

31. GUTIÉRREZ COLOMINA, V. (dir.), *Manual práctico de la Ley de Contratos del Sector Público. Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2009, p. 234; y GIMENO FELIÚ, J. M.ª, “Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º Extra 10, 2008, p. 15.

a tener en cuenta para la adjudicación, y luego, tras la apertura por la Mesa de contratación de las proposiciones presentadas por los licitadores y la elevación del acta y las observaciones pertinentes, la de adjudicar a la oferta “más ventajosa” el correspondiente contrato. Y en el caso de uso de marcas comerciales, aclarar que según la Resolución 116/2011, de 27 de abril, TACRC, constituye una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, y esto supondrá la necesidad de su interpretación restrictiva, llevando al órgano de contratación la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción (Informe 62/07, de 26 de mayo de 2008, JCCA).

Ya advirtió el profesor BAÑO LEÓN<sup>32</sup> que la irrupción progresiva del derecho de la Unión modifica profundamente la óptica. Como lo que preocupa a la Unión es la apertura real a la libre competencia de los mercados públicos, tradicionalmente proteccionistas, toda medida que coadyuve al mantenimiento del proteccionismo es vista con enorme sospecha. Concurrencia que, al ser promovida, conlleve que se facilite una de las libertades básicas que se encuentran, en palabras del profesor MESTRE DELGADO<sup>33</sup>, empeñadas en esta materia, poniendo como ejemplo la STJUE de 11 de agosto de 1995, *Comisión/República Federal de Alemania*, que identificó la finalidad de la ordenación comunitaria, al respetar este principio en la adjudicación para proteger al licitador contra la arbitrariedad del órgano de contratación. Igualdad de los licitadores como manifestación de lo que el profesor COSCULLUELA MONTANER<sup>34</sup> incluía en la manifestación del Estado de derecho, como es garantizar la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

La promoción de la transparencia y su consecuencia, la libre concurrencia en la contratación pública, suponiendo esto una manifestación de la buena administración, para el profesor PONCE SOLÉ<sup>35</sup> “implica el aumento de las probabilidades de prevenir y rebajar el nivel de corrupción pública en una sociedad”. Por tanto, en palabras gráficas del profesor GIMENO FE-

32. BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>, “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, *Anuario del Gobierno Local 2012*, Institut de Dret Públic-Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona-Madrid, 2013, p. 143.

33. MESTRE DELGADO, J. F., “La contratación local”, en MUÑOZ MACHADO, S. (coord.), *Tratado de Derecho Municipal. Tomo II*, 2.<sup>a</sup> edición, Civitas, Madrid, 2003, p. 1582.

34. COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1995, p. 45.

35. PONCE SOLÉ, J., “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local”, en *Anuario del Gobierno Local 2012*, Institut de Dret Públic-Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona-Madrid, 2013, p. 139.



LIÚ<sup>36</sup>, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (*Comisión contra Reino de España*), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública, al resolver que “el principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores”.

---

36. GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, “Reflexiones y Propuestas en Torno a la Nueva Normativa Comunitaria sobre Contratación Pública”, *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 44, p. 41.