

UNIVERSIDAD DE  
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

# **ANALES** de **DERECHO**

**EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA ANTE LAS  
NUEVAS RESPONSABILIDADES DE LA  
CONTRATACIÓN PÚBLICA: HACIA UN  
PARADIGMA ÍNTEGRO Y EFICIENTE**

ITXASO GALLASTEGI ORMAETXEA  
VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE

Universidad de Deusto

### **Resumen**

*Las Directivas europeas de 2014 sobre contratación pública han transformado definitivamente los contratos públicos en cauce estratégico para la consecución de objetivos sociales, ambientales y de innovación comunes, al mismo tiempo que han reconocido, por vez primera de forma expresa, el principio de competencia como pilar fundamental de todo el sistema de contratación. Dos realidades, antagónicas para algunos, pero cuya articulación constituye, para muchos otros, uno de los retos más grandes del Derecho administrativo de nuestros días. Es por ello que con este modesto trabajo hemos pretendido plantear algunas vías de compaginación, en las que, si bien la integridad y la eficiencia tienen un peso capital, debe hacerse hincapié en la necesidad de una voluntad política real de conseguirlo.*

**Palabras clave:** *Contratos públicos; cauce estratégico; objetivos comunes; principio de competencia; voluntad política real.*

### ***The principle of competition in the face of the new responsibilities of public procurement: towards a comprehensive and efficient paradigm***

#### **Abstract**

*The European Public Procurement Directives 2014 have definitively transformed Public Procurement into a strategic instrument to achieve common social, environmental and innovation objectives, as well as have recognised, for the first time expressly, the principle of competition as a fundamental pillar of the entire contracting system. Two realities, antagonistic according to some people, but whose articulation constitutes, for many other, one of the greatest challenges of today's administrative law. Therefore, through this modest paper, we have tried to propose a few ways of combining them, in which, although integrity and efficiency have a capital importance, emphasis must be placed on the need for a real political will to get it.*

**Keywords:** *Public procurement; strategic instrument; common objectives; principle of competition; real political will.*

**SUMARIO.** [I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.](#) [II. NOTAS SOBRE EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS OBJETIVOS DE LAS DIRECTIVAS DE 2014 Y A SUS PRINCIPIOS GENERALES.](#) [1. Lucha contra la corrupción.](#) [2. Cohesión social y respeto al medio ambiente.](#) [3. Fomento de la innovación.](#) [III. CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA Y LIBRE COMPETENCIA: PROPUESTAS DE ARTICULACIÓN.](#) [IV. BIBLIOGRAFÍA.](#)

#### ***I. A MODO DE INTRODUCCIÓN***

El 26 de febrero de 2014 la Unión Europea aprobó un nuevo paquete legislativo sobre contratación pública, a saber, las Directivas 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de

contratos de concesión, 2014/24/UE, general de contratación, y 2014/25/UE, referente a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales<sup>1</sup>. Las mismas entraron en vigor a los 20 días de su publicación, pero el plazo de transposición a los Derechos nacionales se fijó en el 18 de abril de 2016.

Pues bien, como ya ocurriera hace una década con la tercera generación de directivas en la materia, España no las ha incorporado a tiempo a su ordenamiento. Y es que el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público<sup>2</sup> confeccionado a tal efecto, debido, en gran parte, al estancamiento político que ha sufrido el país, se encuentra en tramitación parlamentaria todavía. Ello no obstante, hay que tener en cuenta que muchas de las previsiones europeas son de aplicación, desde la citada fecha, en los procesos de contratación del sector público español, en virtud de los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión, lo que plantea problemas de seguridad jurídica y puede tener serias repercusiones prácticas.

Sentado lo anterior, debe significarse que una de las grandes novedades que traen estas disposiciones normativas es la consolidación y el desarrollo de los principios de la contratación. Principios que, en todo caso, precisan ser compatibilizados, de acuerdo con la Estrategia Europa 2020<sup>3</sup>, con el propósito que se persigue de impulsar una utilización estratégica de los contratos, en general, y con las cláusulas contractuales que reflejen los criterios sociales y medioambientales a valorar en los procedimientos de licitación pública, en particular. Se trata, sin embargo, de una cuestión que ha suscitado no pocos recelos jurídicos.

Por tanto, resulta imprescindible determinar las condiciones para la validez de dichos aspectos en las distintas fases de la contratación, a fin de evitar distorsiones sobre la competencia, que constituye, ciertamente, su piedra angular y está presente, de forma indirecta, en el resto de principios que la inspiran. Y en esa labor de control de la discrecionalidad de los órganos de contratación, los mecanismos de transparencia podrían jugar un papel esencial contra conductas abusivas o colusorias, por ejemplo. Al respecto, cabe avanzar que la detección y sanción de acuerdos de cártel, en el ámbito de la innovación principalmente, adquiere especial interés.

Habida cuenta de todo ello, este trabajo pretende proponer algunas vías para la articulación de dos realidades claramente, que no necesariamente, enfrentadas: el fomento de la contratación pública estratégica y la defensa de la libre competencia. Porque sólo

---

<sup>1</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea*, nºs. L94/1, L94/65 y L94/243 (respectivamente), de 28 de marzo de 2014.

<sup>2</sup> España. Proyecto de Ley 121/000002 de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 2 de diciembre de 2016, nº. 2-1.

<sup>3</sup> Véase: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:ES:PDF> (Última consulta, 3 de marzo de 2017).

así se podrá asegurar la instauración de un modelo de contratación pública íntegra y eficiente.

## II. NOTAS SOBRE EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS OBJETIVOS DE LAS DIRECTIVAS DE 2014 Y A SUS PRINCIPIOS GENERALES

El último paquete de directivas europeas sobre contratación pública ha sido pionero en abordar dos elementos fundamentales de la actividad contractual: la ejecución del contrato y las concesiones. Y es que ha pasado, de limitarse a coordinar los procedimientos de adjudicación, a regular asuntos como el cumplimiento de las obligaciones impuestas, la modificación o la resolución, por un lado, y a dotar a las concesiones de un marco armonizado específico y autónomo, por otro.

Recordemos que, hasta ahora, la adjudicación de concesiones de obra se regía por las normas básicas de la Directiva clásica de contratación, es decir, de la Directiva 2004/18/CE<sup>4</sup>; la adjudicación de las concesiones de servicio, en cambio, estaba sometida, únicamente, a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De ahí que, con el propósito de superar la inseguridad jurídica en un sector cada vez más importante, así como de salvaguardar la libre prestación de servicios y el buen funcionamiento del mercado interior, evitando impedir, limitar o falsear la competencia, se haya introducido una nueva regulación a nivel comunitario.

Precisamente, la apertura de la contratación pública al juego de la competencia se erige, junto con la promoción de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, en el punto de partida y de llegada de esta normativa. En este sentido, merece destacar que la precitada Estrategia Europa 2020 ya había presentado la política de contrataciones como mecanismo para “*garantizar un uso más eficaz de los fondos públicos*”. Sin embargo, hay que percatarse de que asumir dicha visión instrumental de los contratos demanda, al mismo tiempo, combinarla con las reglas de competencia. Y el legislador europeo se ha hecho eco de ello.

El artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, referido a los principios de la contratación, dice lo siguiente: “*1. Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones y, actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos. 2. Los Estados miembros*

---

<sup>4</sup> 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 suministros y de servicios, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º. L134, de 30 de abril de 2004, p. 114.

*tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional [...]”.*

De su lectura se infiere, de acuerdo con RAZQUIN LIZARRAGA, que “la competencia, unida a la transparencia, constituye el eje vertebral de la contratación pública”<sup>5</sup>, dado que se hace, por vez primera, mención explícita a la misma. No obstante, como bien observa SÁNCHEZ GRAELLS, pese a los aspectos positivos del reconocimiento expreso del principio de competencia, la inclusión de un factor subjetivo o intencional plantea dificultades, pues “[...] requerirá establecer los parámetros por los que una decisión en la que suelen estar involucrados varios sujetos –y, potencialmente, varios órganos administrativos– se considera afectada por una intención anticompetitiva”<sup>6</sup>.

Pero antes de identificar el papel que desempeña y las concretas barreras con las que se topa este principio en las nuevas normas europeas, en especial en la Directiva 2014/24/UE general de contratación, e idear posibles soluciones, debemos advertir que la principal preocupación que se ha querido atajar con su aprobación es la ineficiencia en el gasto público, provocada por la mala administración, en su más amplio sentido. Al efecto, se han fijado distintos objetivos operativos, tales como emplear las tecnologías de la información y de la comunicación que puedan simplificar los procedimientos de contratación y asegurar su integridad, facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas en los mismos, o abrir la puerta a que las entidades contratantes los utilicen en apoyo a fines sociales, medioambientales o innovadores comunes.

Objetivos que, a continuación, analizaremos repartidos en tres grandes bloques, sobre lucha contra la corrupción, cohesión social y respeto al medio ambiente, y fomento de la innovación, respectivamente, y que buscan, en definitiva, impulsar un uso estratégico de los contratos públicos que permita obtener, en pos del interés general, bienes y servicios de calidad al mejor precio.

### **1. Lucha contra la corrupción**

El avance de resultados del barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas de febrero de 2017 refleja que, para los españoles, la corrupción y el fraude siguen siendo el segundo gran problema del país, sólo por detrás del paro<sup>7</sup>. Si bien es cierto que desde la entrada en vigor, el 10 de diciembre de 2014, de la ansiada Ley 19/2013 de transparencia,

---

<sup>5</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. “Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”. *Revista de Administración Pública*, nº. 196, 2015, p. 103.

<sup>6</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A. “El nuevo principio de competencia en la Directiva 2014/24: ¿un nuevo juego de presunciones?”. *Observatorio de Contratación Pública*, 9 de junio de 2014: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.157/recategoria.208/re/menu.3/chk.e5b0c1989f6161015284e36d97736551> (Última consulta, 3 de marzo de 2017).

<sup>7</sup> Véase: [http://datos.cis.es/pdf/Es3168mar\\_A.pdf](http://datos.cis.es/pdf/Es3168mar_A.pdf) (Última consulta, 9 de marzo de 2017).

acceso a la información pública y buen gobierno<sup>8</sup>, dicha percepción ha experimentado una leve mejoría, los casos de mala praxis en instituciones públicas que continúan destapándose hoy por hoy están debilitando, cada vez más, la confianza ciudadana en su gestión. De ahí que este “nuevo” dato no coja de improviso a nadie.

Las prácticas corruptas o fraudulentas y la falta de transparencia son dos caras de la misma moneda. De hecho, según LIZCANO ÁLVAREZ, a pesar de que la transparencia, por sí sola, no las va a resolver, sí puede combatir<sup>9</sup>. Al respecto, debe señalarse que una de sus principales finalidades es que cualquier persona pueda conocer los detalles de las decisiones adoptadas y del ejercicio llevado a cabo por las autoridades públicas, lo que, reforzando la legitimidad de éstas, se traduce en control social. O dicho de otra manera, la transparencia trata de habilitar un instrumento de participación efectiva que nos permita detectar y denunciar los abusos, vicios e ilegalidades que acontecen en el ámbito administrativo, haciendo que nos sintamos, así, parte de su correcto funcionamiento. No cabe duda, por consiguiente, de que en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho, la transparencia se configura como un principio inherente a la actuación de los poderes públicos, necesario para garantizar una gestión administrativa eficaz y eficiente y, por ende, capaz de responder a las expectativas y demandas de la sociedad<sup>10</sup>.

Estas ideas cobran máxima importancia en la esfera de la contratación pública, donde la transparencia está íntimamente ligada a los principios de igualdad de trato y no discriminación, por componer el cauce elemental para asegurar que todos los licitadores disponen de las mismas oportunidades en los procesos de contratación. Y es que nos encontramos ante un campo especialmente expuesto a la corrupción, corriendo un alto riesgo de clientelismos, arbitrariedad y fraude en sus operaciones. TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, por ejemplo, advierte que pocas actividades gubernamentales crean mayores tentaciones u ofrecen más ocasiones para la corrupción que la contratación del sector público y considera dicha forma de corrupción una de las más dañinas para los fondos y los intereses públicos<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> España. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de diciembre de 2013, n.º. 295, p. 97922.

<sup>9</sup> LIZCANO ÁLVAREZ, J. *Transparencia y corrupción a nivel nacional e internacional. Situación y perspectivas*. Conferencia impartida en el acto de clausura del curso académico n.º. 29 del Club de Encuentro Manuel Broseta, Valencia, 16 de junio de 2014.

<sup>10</sup> En la misma línea, GARCÍA MACHO ha indicado que “[...] el principio de transparencia se ha convertido en el contexto de un Estado democrático y de derecho en un requisito necesario en los procedimientos de decisión administrativos y en los de elaboración de las leyes, si se pretende crear una estructura de inclusión del ciudadano en la toma de decisiones políticas y administrativas [...]”. GARCÍA MACHO, R. “La transparencia en el sector público”. En: BLASCO ESTEVE, A. (Coord.). *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011, p. 257.

<sup>11</sup> TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. “Curbing Corruption in Public Procurement. A Practical Guide”: [https://issuu.com/transparenciainternacional/docs/2014\\_antikorruption\\_publicprocureme?e=249656/8718192](https://issuu.com/transparenciainternacional/docs/2014_antikorruption_publicprocureme?e=249656/8718192) (Última consulta, 8 de marzo de 2017).

En consecuencia, resulta esencial gestionar adecuadamente los conflictos de intereses que puedan surgir en su seno y frenar las conductas ilícitas que la han venido comprometiendo los últimos años hasta convertirla en uno de los mayores focos del problema. Y eso es, justamente, lo que la transparencia promueve: objetividad y concurrencia en los procedimientos, en aras de la integridad del sistema de contratación.

Habida cuenta de todo lo anterior y de que los 28 Estados miembros de la Unión Europea se enfrentan, en mayor o menor grado, al reto de erradicar el fenómeno de la corrupción<sup>12</sup>, la Directiva 2014/24/UE anuncia en sus Considerandos numerosas medidas pro-transparencia, entre las que destacan: documentar debidamente todas las fases del procedimiento de contratación; convertir los medios electrónicos en el método estándar de comunicación e intercambio de información, exigiendo la transmisión de anuncios en formato electrónico, la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los pliegos de contratación, una comunicación electrónica general, etc.; acompañar el procedimiento de licitación con negociación de salvaguardias adecuadas, como indicar con antelación los requisitos mínimos que caracterizan su naturaleza o mantener estables los criterios de adjudicación y su ponderación; supervisar cuidadosamente la agregación y la centralización de las compras; impedir que la utilización de catálogos electrónicos para la presentación de ofertas implique la posibilidad de que los operadores económicos se limiten a la transmisión de su catálogo general, debiendo adaptarlo en función del procedimiento específico de contratación; y convocar una nueva licitación para sustituir, cuando las circunstancias así lo requieran, un licitador adjudicatario por otro operador económico.

Entrando ya a comentar brevemente el articulado de la Directiva, interesan, sobre todo, dos cuestiones: el reconocimiento de la transparencia como principio de la contratación en el mencionado artículo 18.1, por una parte, y la dedicación de la Sección 2 del Capítulo III del Título I a la regulación de la publicidad y la transparencia del procedimiento, por otra. Más concretamente, los artículos 48-55 que componen la Sección 2 recogen normas sobre anuncios de información previa, de licitación y de adjudicación, invitación a los candidatos –en los procedimientos que contengan dicho trámite–, e información a candidatos y licitadores.

En todo caso, hay que reparar, de acuerdo con MORENO MOLINA, en que a lo largo de su texto la Directiva fija otra serie de reglas en relación con los “[...] conflictos de intereses, las conductas ilícitas, los impedimentos a la adjudicación, las ofertas anormalmente bajas, las consultas preliminares al mercado y las modificaciones de los contratos durante su vigencia”<sup>13</sup>, cuya vinculación al principio de competencia estudiaremos en el próximo capítulo. Y es preciso apuntar, igualmente, al deber que impone en su artículo 83 de crear una oficina anticorrupción o una autoridad, organismo o estructura de supervisión que

---

<sup>12</sup> Para más detalle, véase, por ejemplo: EU Anti-Corruption Report, COM(2014) 38 final, de 3 de febrero de 2014: [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr\\_2014\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf) (Última consulta, 8 de marzo de 2017).

<sup>13</sup> MORENO MOLINA, J.A. “La lucha contra la corrupción en la contratación pública”. *Contratación Administrativa Práctica*, nº. 135, 2015, p. 4.

vele por la aplicación de estas normas, previendo, detectando y notificando posibles irregularidades.

## 2. Cohesión social y respeto al medio ambiente

La contratación pública representa aproximadamente el 19% del PIB europeo y el 18,5% del PIB español. Estos datos respaldan a GIMENO FELIÚ en su afirmación de que “[...] el impacto económico de los contratos públicos es de tal dimensión que afecta a la consecución del objetivo del mercado interior y desarrollo de la actividad económica transfronteriza”<sup>14</sup>, así como a BURZACO SAMPER, quien, de un modo más global, considera que “la relevancia de los fondos públicos dedicados a la contratación hace imprescindible una reflexión sobre la viabilidad de alcanzar fines de interés general que trasciendan el objeto propio de cada contrato”<sup>15</sup>.

En efecto, a la luz de la Estrategia Europa 2020 y con base en el artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>16</sup>, la contratación pública ha dejado de concebirse como un fin inmediato en exclusiva, pasando a conformar, por razón de su papel capital en nuestra economía, uno de los instrumentos más poderosos para el impulso de otras políticas públicas directas como las de empleo, inclusión, género o medio ambiente. Y es que, de acuerdo con RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, la vinculación de la Administración Pública y, por ende, de todas las instituciones administrativas, también del contrato público, al interés general, especialmente en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, implica la defensa, protección y promoción de estos y otros aspectos que derivan de la dignidad misma del ser humano<sup>17</sup> y que, en palabras de GIMENO FELIÚ, responden al propósito de “[...] garantizar valores superiores del ordenamiento jurídico tan relevantes como son la libertad, la igualdad y la solidaridad”<sup>18</sup>.

En vista de todo ello, la Unión Europea ha querido dar el empujón legislativo definitivo a la actuación de los contratos públicos como palanca de progreso social y ambiental y, en consecuencia, a su afianzamiento como nueva forma de intervención dentro de la actividad de fomento de la Administración. El último paquete de directivas sobre

---

<sup>14</sup> GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.). *Las nuevas directivas de contratación pública*. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 45.

<sup>15</sup> BURZACO SAMPER, M. “Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales”. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº. 86, 2016, p. 281.

<sup>16</sup> Dice así: “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. “La dimensión social de la Administración”. *Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, 4 de marzo de 2016: <http://rodriguezarana.com/site/?p=2173> (Última consulta, 10 de marzo de 2017).

<sup>18</sup> GIMENO FELIÚ, J.M. “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (Coord.). *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Atelier, Barcelona, 2004, p. 65.

contratación viene, por consiguiente, a perfeccionar, sistematizar y desarrollar las escasas previsiones que recogían las normas anteriores al respecto. Merece destacar que la Directiva 2004/18/CE contemplaba la figura potestativa del contrato reservado en su artículo 19 y la posibilidad de exigir condiciones especiales de tipo social y medioambiental en relación con la ejecución del contrato en su artículo 26.

Tal como se ha avanzado, la Directiva 2014/24/UE encarga a los Estados miembros adoptar las medidas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones sociales y medioambientales durante la fase de ejecución en su artículo 18, relativo a los principios básicos de la contratación, una clara muestra de la importancia que le ha otorgado al tema. Sin embargo, debemos notar que en este apartado nos estamos refiriendo a las cláusulas que permiten ir más allá de dicho mínimo legalmente exigido y que generan un valor añadido a los procesos de contratación.

Así pues, en lo que a las reglas que ya comprendía la Directiva previa concierne, es de señalar que, pese a seguir dotando a los contratos reservados de carácter voluntario, el artículo 20 extiende su ámbito de aplicación del marco del empleo protegido a los operadores económicos con fines de integración social y profesional en general, siempre que al menos un 30% de sus trabajadores sean personas discapacitadas o desfavorecidas. El artículo 77 admite, además, que los Estados miembros dispongan que los poderes adjudicadores estén facultados para reservar contratos de servicios sociales a ciertas organizaciones, a las entidades de la economía social, por ejemplo.

Dicho esto, el artículo 67 recoge otra de las grandes novedades de la Directiva 2014/24/UE, dado que, como bien ha indicado RAZQUIN LIZARRAGA, sosteniendo como criterio de adjudicación de los contratos el de la oferta económicamente más ventajosa, ha integrado el del coste de ciclo de vida para que sirva de base en su determinación y ha acentuado la preponderancia del de la mejor calidad-precio<sup>19</sup>. Aunque la principal mejoría, en lo que aquí interesa, es que, a propósito de la evaluación de este último criterio, ha apuntado a las características sociales y medioambientales.

Según eso, parece lógico pensar que se dan por despejadas las dudas en torno a la legalidad del papel de las cláusulas sociales y medioambientales en la fase de adjudicación. Dicho reconocimiento pasa, eso sí, porque se cumplan tres requisitos indispensables: que estén vinculadas al objeto del contrato, esto es, que *“se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida”*; que no confieran al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada, o lo que es lo mismo, que garanticen una competencia efectiva en el mercado; y que los pliegos de contratación definan la ponderación que se les atribuye.

Sin embargo, la práctica está evidenciando fuertes disputas entre quienes abogan por la utilización de esta herramienta estratégica en fase de adjudicación, sujetando su validez a la relación con la prestación contractual, y los defensores de la libre competencia, que

---

<sup>19</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. “Las nuevas...”, *op. cit.*, pp. 112 y 124-125.

insisten en el abastecimiento de las Administraciones Públicas y resto de entidades del sector público, de obras, suministros y servicios a través de su adjudicación a las ofertas económicamente más ventajosas como principal objetivo de la contratación, poniendo el acento en la necesaria igualdad entre licitadores. Problemática que examinaremos en el segundo capítulo, pero que adelantamos, nos parece más una cuestión de voluntad política que de capacidad técnica para conjugar esas dos realidades.

Por lo demás, mientras que el artículo 43 permite reclamar como medio de prueba una etiqueta determinada en las especificaciones técnicas, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución del contrato cuando se tenga la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características concretas de tipo social o medioambiental, el artículo 57 enuncia los motivos de exclusión de la participación en los procedimientos de contratación por incumplimiento de la legislación social o medioambiental, citando, como veremos en el próximo capítulo, la infracción de reglas de competencia, entre otros.

### **3. Fomento de la innovación**

El sector público español se enfrenta, cada vez más, a la necesidad de idear fórmulas de contratación con las que impulsar la producción de bienes y servicios innovadores que, al mismo tiempo, abunden en la mejora de la calidad de la atención a los ciudadanos y, en este contexto, se introduce en el Derecho administrativo de nuestros días la llamada “compra pública innovadora”.

En una primera aproximación conceptual, se puede definir la compra pública innovadora como un mecanismo en manos de los poderes públicos que tiene por objeto incentivar la incorporación de tecnología innovadora en los bienes y productos que se adquieren y utilizan para la prestación y gestión de los servicios públicos. Noción que tiene su origen en el seno de la Unión Europea, en tanto que ha sido desarrollada a través de diferentes resoluciones y comunicaciones del Parlamento y la Comisión<sup>20</sup>.

De hecho, la Comisión Europea ha hecho suyo el propósito de fomentar la aplicación de nuevas prácticas asociadas a la contratación pública que integren, de manera eficiente y sistemática, la innovación en las adquisiciones de las Administraciones Públicas y resto de entidades del sector público y, en especial, las contrataciones pre-comerciales, entendidas como instrumento generador de oportunidades de innovación para empresas que contribuye a la competitividad global de los Estados miembros<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Entre las que destacan la Resolución del Parlamento Europeo, de junio de 2007, sobre problemas específicos de transposición y aplicación de la legislación relativa a la contratación pública, y la Comunicación que la Comisión Europea presentó en diciembre de ese mismo año; ambas completadas por una nueva Resolución del Parlamento Europeo, de febrero de 2009, que, con base en estudios presentados por la Comisión y otras instituciones afines y de acuerdo con la normativa europea vigente, mostró su apoyo a la promoción de la compra pública innovadora.

<sup>21</sup> Más concretamente, propone la consolidación de una amplia estrategia de innovación fundamentada en seis pilares básicos, siendo uno de ellos el desarrollo de políticas de compra pública como método de refuerzo de la capacidad innovadora de la Unión. Para más detalle, véase el informe publicado por B+I

Y todo ello, con una triple finalidad: en primer lugar, la de mejorar el funcionamiento de los servicios públicos, permitiendo una mayor implicación del sector público en la implementación de las políticas comunitarias de investigación, desarrollo e innovación; en segundo lugar, la de estimular la innovación empresarial y el interés de las empresas de participar en los procedimientos de contratación mediante la presentación de ofertas innovadoras; y en tercer y último lugar, la de favorecer la internacionalización de la innovación a partir del uso del mercado público como primer cliente de lanzamiento o cliente de referencia.

Dichas finalidades pueden materializarse a través de dos modalidades distintas de actuación: la compra pública de tecnología innovadora y la pre-compra pública innovadora o compra pública pre-comercial.

La compra pública de tecnología innovadora consiste en la adquisición comercial de bienes y productos por las Administraciones Públicas y resto de entidades del sector público, integrando en los expedientes de contratación criterios que recojan la valoración de las innovaciones incorporadas por los licitadores en sus ofertas. Es decir, el contratante público desea adquirir un bien o un servicio que en el momento de la formalización del contrato no existe en el mercado pero que puede desarrollarse en uno posterior, con tecnología nueva o mejorada que garantice el cumplimiento de los requisitos que demanda<sup>22</sup>.

La pre-compra pública innovadora o compra pública pre-comercial, por su parte, consiste en la contratación pública de servicios de investigación, desarrollo e innovación, remunerada íntegramente por el órgano de contratación, en virtud de la cual el comprador público no se reserva para su uso exclusivo los resultados de la investigación, sino que comparte con los suministradores los riesgos y beneficios de la inversión que éstos realizan y que se concibe como necesaria para la búsqueda de soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado<sup>23</sup>. La nota característica de esta segunda modalidad estriba, precisamente, en el agregado al procedimiento de contratación de un trámite

---

STRATEGY: *Marco Europeo Favorecedor de compras públicas: ventajas, inconvenientes y principales palancas de actuación*. B+I Strategy, Vitoria-Gasteiz, 2009, pp. 6-7.

<sup>22</sup> Para más detalle, véase, por ejemplo: ARNAEZ ARCE, Vega María. “La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquiriente de bienes y servicios innovadores”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º. 93, 2012, p. 19.

<sup>23</sup> En este sentido, merece citar las reflexiones contenidas en el informe publicado por B+I STRATEGY: *Marco Europeo favorecedor...*, *op.cit.*, p. 7, que afirman expresamente lo siguiente: “[...] el desarrollo de políticas de compra pública desde los Gobiernos implica la necesidad de que el sector público abra caminos con planteamientos innovadores. Unas mejores prácticas de contratación pública pueden ayudar a estimular la absorción por el mercado de productos y servicios innovadores, al tiempo que aumenta la calidad del servicio público en los mercados donde el sector público es un comprador significativo, haciéndolos más rentables y beneficiando así a los contribuyentes. Se debe animar a los compradores públicos a que se abran a soluciones innovadoras y alternativas, que no continúen necesariamente comprando lo mismo que antes. De esta forma brindarán nuevas oportunidades a la innovación para las empresas, contribuyendo así, en general, a mejorar la competitividad y la innovación de Europa. La Comisión Europea destaca las oportunidades que Europa desaprovecha en cuanto a las compras o contratación pre-comercial”.

previo, de pre-compra pública, en el que los proveedores, consorciados con tecnólogos de la cadena de valor de que se trate, realizan procesos de investigación, desarrollo e innovación dirigidos a aportar en sus ofertas soluciones innovadoras para el cumplimiento de los objetivos del contratante público.

Así las cosas, la Directiva 2014/24/UE ha hecho una clara apuesta por la orientación estratégica de la contratación pública, reconociendo que la investigación y la innovación, incluidas la innovación ecológica y la innovación social, son dos de los principales motores del crecimiento futuro<sup>24</sup>. Y en ese tenor afirma, en su Considerando 47, que “[...] *los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad. Contribuye a obtener mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de ese modo, fomentar un crecimiento económico sostenible*”.

Es ya en su artículo 2.1.22 donde define el concepto de “innovación”, entendiendo por tal la *“introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europea 2020[...]*”. Ello no obstante, debemos percatarnos de que, en su Considerando 95, advierte que no es apropiado imponer a toda contratación pública unos requisitos de innovación de carácter general y obligatorio, toda vez que son muchas y relevantes las diferencias existentes entre los distintos sectores y entre los distintos mercados de la Unión.

En este contexto, la Directiva hace referencia en reiteradas ocasiones a lo largo de su articulado al fomento de la innovación por parte de los poderes adjudicadores, previendo diversos mecanismos al efecto, entre los que sobresale la regulación de un procedimiento de contratación específico para aquellos supuestos en los que las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, obras o servicios innovadores. Se trata del nuevo procedimiento denominado “asociación para la innovación” que presenta en su artículo 31, cuya utilización es habilitada, precisamente, por el presupuesto basado en la previa acreditación de la existencia de una demanda pública de productos, obras o servicios

---

<sup>24</sup> En esta línea se manifiestan, entre otros, MEDINA ARNÁIZ, T. en “Las principales novedades en la normativa contractual del sector público” (en BELLO PAREDES, S.A. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*. La Ley, Madrid, 2011, pp. 119-163); RODRÍGUEZ BEAS, M. en “La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública” (en GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.): *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 311); y ARNÁEZ ARCE, V.M. en “La compra...”, *op. cit.*, pp. 17.

innovadores que no pueda satisfacerse mediante la adquisición de productos, obras y servicios que estén disponibles en el mercado.

Desde el punto de vista procedimental, el órgano de contratación deberá describir en la convocatoria correspondiente cuáles son los elementos que considera requisitos mínimos para todos los licitadores que estén interesados en concurrir, de manera que únicamente podrán hacerlo aquéllos que resulten invitados de forma expresa por el poder adjudicador, previa evaluación de la información facilitada. En todo caso, y de conformidad con el artículo 67 de la Directiva, los contratos se adjudicarán, tal y como se ha explicado en el apartado anterior, con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio.

Asimismo, es de destacar la similitud existente, al menos en cuanto a procedimiento, entre la asociación para la innovación y el diálogo competitivo, toda vez que ambos se estructuran en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, desde la fabricación de productos hasta la ejecución de obras, pasando por la prestación de servicios. Claro que, en la asociación para la innovación, cobra especial importancia, como salvaguardia del *know how* obtenido, la protección de los datos de carácter confidencial de las ofertas, por lo que los poderes adjudicadores, a falta de acuerdo previo con el licitador, no podrán revelarlos a los demás participantes. Ahora bien, dicho acuerdo no puede adoptar la forma de una renuncia general, sino que debe referirse a la comunicación intencionada de información específica, en aras de la transparencia del procedimiento. Igualmente, cabe señalar que las disposiciones relativas a la defensa de la confidencialidad no evitarán en modo alguno la divulgación pública de partes no confidenciales de contratos celebrados, incluidas sus modificaciones posteriores.

### III. *CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA Y LIBRE COMPETENCIA: PROPUESTAS DE ARTICULACIÓN*

Según la Comisión Nacional de la Competencia –integrada, desde 2013, en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia–, “unas condiciones de competencia deficientes conllevan un mayor esfuerzo económico para las entidades del sector público que contratan bienes y servicios y, por tanto, para los ciudadanos”<sup>25</sup>. De modo que en la agenda de un área de actividad que posee suma importancia cuantitativa como es la contratación pública, resulta esencial y prioritaria la promoción de una competencia efectiva.

Se ha dicho ya que la libre competencia constituye el pilar fundamental de la contratación pública y que está presente en el resto de principios que la informan. De hecho, la vía óptima para su fomento pasa por que se materialicen y lleven a la práctica los principios

---

<sup>25</sup> Véase: COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. “Guía sobre contratación pública y competencia”: [https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias\\_y\\_recomendaciones/GUIA\\_CONTRATACION\\_v4.pdf](https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf) (Última consulta, 10 de marzo de 2017).

de igualdad de trato y no discriminación, transparencia y proporcionalidad que enuncia el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE. En consecuencia, hay que reparar en que, tan imperiosa es la labor de detección de las restricciones cometidas en el diseño, desarrollo y ejecución de los procedimientos de contratación pública, como las técnicas de prevención de conductas abusivas o colusorias en su seno.

En este contexto, cabe destacar que el artículo 24 de la Directiva exige a los Estados miembros velar por que los poderes adjudicadores tomen las medidas necesarias, bien para evitar, bien para solucionar, los conflictos de intereses que puedan surgir en los procesos de contratación, a fin de impedir cualquier falseamiento de la competencia. Por conflicto de intereses debemos entender 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 su nombre, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado del mismo, tengan un interés financiero, económico o personal, directo o indirecto, que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el marco del procedimiento. Así, cuando un conflicto de intereses no pueda resolverse por medios menos restrictivos, los poderes adjudicadores, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, podrán excluir al operador económico en cuestión de la participación en el procedimiento de contratación.

Entre los motivos de exclusión que prevé la Directiva en su artículo 57 se encuentran, además: el incumplimiento de las obligaciones aplicables en virtud del artículo 18.2 y que hemos expuesto en el capítulo anterior; los acuerdos entre operadores económicos destinados a distorsionar la competencia; los falseamientos de la competencia derivados de la participación previa de los operadores económicos en la preparación del procedimiento de contratación; la declaración de culpabilidad por falsedad grave al proporcionar la información exigida para verificar la inexistencia de motivos de exclusión o el cumplimiento de los criterios de selección; y las tentativas de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador, obtener información confidencial que pueda conferir ventajas indebidas o facilitar negligentemente información engañosa que pueda afectar a las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación.

En vista de ello, y conforme al artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la colusión, esto es, la adopción de acuerdos que tienen por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, está prohibida en la contratación pública, constituyendo un motivo de exclusión. Más aún, el artículo 26.4 de la Directiva considera irregulares las ofertas que muestren indicios de colusión. Pues bien, en nuestra opinión, los mecanismos para su prevención deberían activarse ya durante la fase de diseño del procedimiento de licitación, donde las consultas preliminares al mercado podrían ser de gran utilidad.

Ciertamente, el artículo 40 de la Directiva 2014/24/UE posibilita que los poderes adjudicadores, antes de iniciar el procedimiento de contratación, realicen consultas al mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos

acerca de sus planes y sus requisitos de contratación, lo que les permite disponer de datos concretos sobre el mercado en el que se inserta la contratación pública y la tendencia a la colusión de los operadores económicos que participan en el mismo. En ese sentido, les está permitido solicitar o aceptar asesoramiento, tanto de expertos y autoridades independientes, como de los propios participantes en el mercado, siempre que no dé lugar a vulneraciones de los principios de competencia, no discriminación y transparencia. Y del resultado de dichas consultas dependerá el grado de sofisticación que demanda la planificación de la correspondiente licitación.

En la misma línea, hay que tener en cuenta, siguiendo a CRUCELEGUI GÁRATE, que los efectos de los acuerdos de cártel son especialmente perjudiciales en el ámbito de la innovación, ya que los pactos “[...] de investigación, desarrollo y transferencia de tecnología son bloqueados por las empresas que, en vez de innovar, se conciertan para controlar la comercialización de los productos y servicios”, dando lugar a múltiples ineficiencias: bloqueo al funcionamiento de los equilibrios de mercado; pérdida de eficacia productiva y distributiva; disminución de las economías de escala; reducción de la disponibilidad de un producto necesario y aumento de los precios; establecimiento de barreras de acceso a la información sobre precios; concentración de la riqueza; descenso de la incorporación de nuevas tecnologías; obstrucción a la participación de otras empresas; uso de acciones ajenas al precio para diferenciar los productos de cada empresa; y eliminación de los incentivos para la mejora de la calidad de los productos y los servicios<sup>26</sup>.

Y en estrecha relación con esta última idea, no debemos olvidar que la compra pública innovadora viene a completar y complementar otras herramientas de innovación como son el otorgamiento de ayudas y subvenciones públicas, el establecimiento de estímulos fiscales, el acceso a nuevas fórmulas y fuentes de financiación, o el desarrollo de iniciativas tecnológicas conjuntas entre el sector público y el sector privado. Ahora bien, en el marco político coordinado y normalizado de contratación de un nuevo tipo de productos y servicios innovadores capaces de satisfacer, a medio y largo plazo, las necesidades y demandas de un sector público cada vez más globalizado, es indispensable, con el propósito de que comiencen a ser percibidas como parte del mismo, aceptar e insertar las nuevas tecnologías en el mercado, con el principio de transparencia como origen y final de dicho proceso.

No cabe duda de que la llegada de los medios de comunicación y las aplicaciones de información abrió un nuevo escenario de correspondencia entre la Administración Pública y los administrados que vino a ofrecer una oportunidad inigualable, bien para la simplificación de trámites, bien para el suministro e intercambio de datos y documentos, y, por ende, para el aumento de la transparencia pública. Debe advertirse, sin embargo, que, a pesar de las numerosas disposiciones dictadas en torno a la utilización de la

---

<sup>26</sup> CRUCELEGUI GÁRATE, J.L. *Los efectos de los cárteles en la innovación y el bienestar social*. Conferencia impartida en el Encuentro “La defensa de la competencia como instrumento de modernización de las estructuras económicas”, Santiago de Compostela, 5-7 de octubre de 2011.

informática en la actividad administrativa desde que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y más concretamente, su artículo 45, concerniente a la incorporación de instrumentos técnicos para su desarrollo, marcara los primeros pasos al respecto, ha sido hace relativamente poco tiempo cuando el legislador ha reparado en la necesidad jurídica de orientar su labor a regular de forma específica la transparencia electrónica, también en el campo de los contratos públicos<sup>27</sup>.

La Directiva 2014/24/UE, concedora del protagonismo que la E-Administración puede tener en la consecución de un sistema de contratación pública transparente, ha sabido aprovechar notablemente, tal y como se ha expuesto en el capítulo anterior, las distintas herramientas electrónicas puestas a su alcance, siendo quizás el perfil del comprador o del contratante el medio a través del cual, habiendo regulado en sus Anexos los mínimos de información que debe contener, ha logrado introducir un mayor deber de publicidad en los procesos de contratación<sup>28</sup>.

Ello no obstante, quisiéramos poner de manifiesto en este punto, la trascendencia de asegurar la transparencia misma de la Administración Electrónica. Porque sólo será posible hablar de transparencia electrónica en la contratación pública cuando la configuración y la utilización de los medios electrónicos para dicha transparencia sean, de igual modo, transparentes. A tal efecto, entendemos que debería facilitarse, antes que nada, la información sobre fondos empleados, criterios seguidos y personas encargadas de su arranque y desarrollo, sobre responsables de su gestión, sobre gastos previstos para su publicidad, etc.

Para cerrar la exposición de los aspectos vinculados a la realización del principio de transparencia, cabe mencionar el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE, referente a las ofertas anormalmente bajas, pues ordena a los poderes adjudicadores exigir a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezca anormalmente baja para la obra, suministro o servicio de que se trata. El poder adjudicador evaluará la información proporcionada mediante consulta al licitador y sólo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos. Importante: los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18.2.

---

<sup>27</sup> Muestra de ello es que, si bien la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos supuso en su día un importante avance normativo, en tanto que precepto de carácter básico sobre E-Administración, no albergó ninguna regla específica. El Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, que la desarrolló parcialmente, tampoco lo hizo –aunque si presentó, en su introducción, los derechos de acceso a la información administrativa como límites del principio estratégico de procurar la más plena realización de los derechos que reconoce–. Con todo, desde el pasado mes de octubre están en vigor las normas sobre funcionamiento electrónico del sector público que recoge en sus artículos 38-46 la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>28</sup> Para más detalle, véase, por ejemplo: OLLER RUBERT, M. “Notas sobre la gobernanza en la contratación pública: el perfil del contratante como instrumento de transparencia”. *Contratación Administrativa Práctica*, nº. 135, 2015, pp. 46-54.

Hemos explicado previamente que las “*obligaciones en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional [...]*” a las que apunta el citado artículo, no constituyen más que el mínimo legalmente exigido a todos los interesados en acceder a los procedimientos de contratación llevados a cabo en el seno de la Unión Europea. La introducción de cláusulas sociales y medioambientales, en cambio, responde a un objetivo más ambicioso, al de convertir los contratos públicos en uno de los motores del bienestar general y de la sostenibilidad.

Habida cuenta de ello, debemos partir de la idea que sugiere MARTÍNEZ FONS, de que “la naturaleza de la cláusula [...] y el momento de su inclusión en el procedimiento de contratación pública son los elementos que determinarán los términos de la compleja relación entre aquélla y las reglas que disciplinan la libre concurrencia en el mercado”<sup>29</sup>.

Así, la primera forma que tienen estas cláusulas de incorporarse al procedimiento de contratación consiste, como bien indica RAZQUIN LIZARRAGA, en establecer en la definición misma del objeto del contrato requisitos de carácter social y medioambiental, sea en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, o en el Pliego de Condiciones Técnicas Particulares. Incluso la elección de un título “social” o “ambiental” para el contrato, dice, podría tener una influencia positiva<sup>30</sup>.

En lo que a la fase de selección concierne y, en especial, a la acreditación de la solvencia de los licitadores, proponemos empezar a valorar, además de la solvencia económica y financiera y la capacidad técnica y profesional, criterios sociales y medioambientales. Enfrente, el principio de proporcionalidad, que impide exigir niveles mínimos de solvencia que sobrepasen los necesarios para la ejecución del contrato que se vaya a adjudicar. Sin embargo, entendemos que estos criterios, siempre que guarden relación con la prestación contractual, pueden servir de garantía de cumplimiento del contrato y, por consiguiente, contribuyen a la consecución de la propia finalidad del principio que se acaba de mencionar. Además, podrían constituir una interesante fórmula de fomento para que los operadores económicos que hasta el momento relegan su responsabilidad corporativa a un segundo plano se replanteen su posición.

Efectivamente, como condiciones de ejecución de un contrato, el principal reto que afrontan las cláusulas sociales y medioambientales es que, pese a no incidir en la evaluación misma de la oferta y ser, por ello, menos problemáticas para la libre competencia que cuando actúan como criterios de adjudicación, no suelen preverse las medidas oportunas para controlar y sancionar los casos de incumplimiento.

---

<sup>29</sup> MARTÍNEZ FONS, D. *Documento de trabajo 153/2009: Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*. Fundación Alternativas, Madrid, 2009, p. 48.

<sup>30</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. *Los diversos modos de inclusión de aspectos ambientales en los contratos públicos*. Conferencia impartida en el Congreso Internacional “Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente”, Pamplona, 5 y 6 de octubre de 2016.

Se viene afirmando, con carácter general, que las cláusulas sociales y medioambientales no tienen cabida en la práctica como criterio de adjudicación, por chocar directamente con los fundamentos del principio de competencia, tal y como la entendemos habitualmente. Hemos expuesto en el capítulo previo que la Directiva 2014/24/UE, en su artículo 67, recoge los requisitos para su validez en esta fase del procedimiento. De todos modos, en vista del debate que ha abierto la determinación de su alcance, habrá que estar a lo que, tanto la doctrina jurisprudencial, como los Tribunales Administrativos de Contratos, resuelvan al respecto.

Eso sí, nos parece que la postura que ha adoptado la Unión Europea, en general, y la Directiva 2014/24/UE, en particular, no ofrece ninguna duda sobre el apoyo y la protección que se trata de conferir a las cuestiones de índole social y ambiental, también en el ámbito de los contratos públicos. E intuimos que este camino de no-retorno emprendido por las instituciones comunitarias dispondrá, a corto y medio plazo, de nuevas regulaciones que terminen de consolidar la responsabilidad de la contratación.

Es por todo ello que no podemos quedarnos atrás. Compartimos la ilusión que transmite LESMES ZABALEGUI al asegurar que “la incertidumbre existe, pero debemos ser valientes a la hora de avanzar en esta dirección”<sup>31</sup>. La clave está en contar con una voluntad clara y un firme compromiso político de ampliar y mejorar las directrices básicas que acaban de mostrarse.

Finalmente, y aunque futuras investigaciones puedan orientarse al estudio de otras líneas de actuación en relación, por ejemplo, con los contratos menores, la división en lotes del objeto del contrato o el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los procedimientos de contratación, queremos poner de relieve la importancia de reflexionar en torno al propio concepto de “competencia”. Porque, si bien es cierto que su condición de elemento cardinal de la contratación pública, ni debe, ni puede, ser discutida, procurar su armonización con otros valores recientemente perfeccionados en su sentido e intensificados en su labor, tales como la eficiencia y la integridad, podría evitar muchos dilemas futuros.

Libre competencia, sí, pero entre operadores económicos que demuestren comparable responsabilidad. Ésta es nuestra apuesta.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁRNAEZ ARCE, V.M. “La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquirente de bienes y servicios innovadores”. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 93, 2012, pp. 17-35.

B+I STRATEGY. *Marco Europeo Favorecedor de compras públicas: ventajas, inconvenientes y principales palancas de actuación*. B+I Strategy, Vitoria-Gasteiz, 2009.

---

<sup>31</sup> LESMES ZABALEGUI, S. *Análisis de las posibilidades prácticas en contratación social en diferentes Administraciones Públicas*. Conferencia impartida en el Congreso Internacional “Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente”, Pamplona, 5 y 6 de octubre de 2016.

- BURZACO SAMPER, M. “Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales”. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº. 86, 2016, pp. 281- 310.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. “Guía sobre contratación pública y competencia”: [https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias\\_y\\_recomendaciones/GUIA\\_CONTRATACIÓN\\_v4.pdf](https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACIÓN_v4.pdf) (Última consulta, 10 de marzo de 2017).
- CRUCELEGUI GÁRATE, J.L. *Los efectos de los cárteles en la innovación y el bienestar social*. Conferencia impartida en el Encuentro “La defensa de la competencia como instrumento de modernización de las estructuras económicas”, Santiago de Compostela, 5-7 de octubre de 2011.
- GARCÍA MACHO, R. “La transparencia en el sector público”. En: BLASCO ESTEVE, A. (Coord.). *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011, pp. 249-260.
- GIMENO FELIÚ, J.M. “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (Coord.). *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61-94.
- “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.). *Las nuevas directivas de contratación pública*. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-106.
- LESMES ZABALEGUI, S. *Análisis de las posibilidades prácticas en contratación social en diferentes Administraciones Públicas*. Conferencia impartida en el Congreso Internacional “Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente”, Pamplona, 5 y 6 de octubre de 2016.
- LIZCANO ÁLVAREZ, J. *Transparencia y corrupción a nivel nacional e internacional*. 29 del Club de Encuentro Manuel Broseta, Valencia, 16 de junio de 2014.
- MARTÍNEZ FONS, D. *Documento de trabajo 153/2009: Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*. Fundación Alternativas, Madrid, 2009.
- MEDINA ARNÁIZ, T. “Las principales novedades en la normativa contractual del sector público”. En: BELLO PAREDES, S.A. (Dir.). *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*. La Ley, Madrid, 2011, pp. 119-163.
- MORENO MOLINA, J.A. “La lucha contra la corrupción en la contratación pública”. *Contratación Administrativa Práctica*, nº. 135, 2015, p. 4.
- OLLER RUBERT, M. “Notas sobre la gobernanza en la contratación pública: el perfil del contratante como instrumento de transparencia”. *Contratación Administrativa Práctica*, nº. 135, 2015, pp. 46-54.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. “Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”. *Revista de Administración Pública*, nº. 196, 2015, pp. 97-135.
- *Los diversos modos de inclusión de aspectos ambientales en los contratos públicos*. Conferencia impartida en el Congreso Internacional “Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente”, Pamplona, 5 y 6 de octubre de 2016.
- RODRÍGUEZ BEAS, M. “La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.). *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 307-318.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. “La dimensión social de la Administración”. *Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, 4 de marzo de 2016: <http://rodriguezarana.com/site/?p=2173> (Última consulta, 10 de marzo de 2017).
- SÁNCHEZ GRAELLS, A. “El nuevo principio de competencia en la Directiva 2014/24: ¿un nuevo juego de presunciones?”. *Observatorio de Contratación Pública*, 9 de junio de 2014: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.157/recategoria.208/reلمenu.3/chk.e5b0c1989f6161015284e36d97736551> (Última consulta, 8 de marzo de 2017).
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. “Curbing Corruption in Public Procurement. A Practical Guide”: [https://issuu.com/transparenciainternacional/docs/2014\\_anticorruption\\_publicprocurement\\_e=249656/8718192](https://issuu.com/transparenciainternacional/docs/2014_anticorruption_publicprocurement_e=249656/8718192) (Última consulta, 8 de marzo de 2017).