

DEFICIENCIAS E INCOHERENCIAS EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE CONFLICTO DE INTERÉS POR LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (*) (**)

JAVIER MIRANZO DÍAZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ELEMENTOS CONCEPTUALES PARA UNA CORRECTA APROXIMACIÓN.– III. ASPECTOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONFLICTOS DE INTERÉS.– IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BASE DE APLICACIÓN PRÁCTICA: DISCRECIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ADJUDICADORAS.– V. LAS CONSECUENCIAS DE LAS NUEVAS OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ADJUDICADORAS: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: 1. La necesidad de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares. 2. El perjuicio real y cierto y la relación causal.– VI. EL ARTÍCULO 64 DE LA LEY 9/2017.– VII. LAS CARENCIAS ESTRUCTURALES DEL CONFLICTO DE INTERÉS COMO PROHIBICIÓN DE CONTRATAR EN LA LEY 9/2017: 1. Limitaciones subjetivas. 2. Limitaciones objetivas. 3. La obligación de excluir.– VIII. ¿SIGUEN SIENDO LOS ESTADOS MIEMBROS LOS DESTINATARIOS DE LA DISCRECIONALIDAD QUE ATRIBUYEN LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN POTESTATIVAS?– IX. CONCLUSIONES: LAS DIFERENCIAS DE APROXIMACIÓN COMO ORIGEN DE LAS INCOHERENCIAS.– X. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La Ley 9/2017 tiene como uno de sus fines principales el asegurar un entorno normativo íntegro para el desarrollo de las políticas de contratación. Esto, que se manifiesta en el preámbulo de la norma y que se puede apreciar en diferentes novedades regulatorias a lo largo de su articulado, tiene sin embargo su principal baluarte en el artículo 64 y la regulación, por primera vez de manera específica en la normativa de compra pública en nuestro país, del conflicto de interés. Sin embargo, la

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 10 de junio de 2019 y evaluado favorablemente para su publicación el 28 de agosto de 2019.

(**) El presente estudio ha sido elaborado en el contexto del Proyecto de Investigación «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: Hacia una auténtica innovación de la Administración Pública en Castilla-La Mancha» (Ref. SBPLY/17/180501/000248), concedido en el marco de la convocatoria de ayudas para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

transposición que el legislador español hace de la normativa europea en la materia que representa la Directiva 2014/24 muestra determinadas deficiencias e incongruencias que tienen importantes implicaciones. Partiendo de un análisis del conflicto de interés como fenómeno y de los pilares de su regulación comunitaria, el presente artículo pone en evidencia que la norma nacional se basa en una aproximación errónea al fenómeno que reproduce, ajena a los principios y fines que inspiran el derecho europeo, un sistema regulatorio del conflicto de interés con escasos desarrollos con respecto a la normativa previa, que relega a la entidad adjudicadora a una posición pasiva en la lucha contra la corrupción y desvirtúa la estrategia comunitaria al respecto.

Palabras clave: contratación pública; Derecho de la Unión Europea; conflictos de interés; integridad.

ABSTRACT: The 9/2917 Public procurement Act sets as one of its main targets the creation of an ethical environment for the development of the public purchasing strategy. Even though this is made clear from the very beginning of the text and can be appreciated at different point throughout the wording of the rule, this objective has its mainly exemplified in article 64 and the regulation of conflicts of interest for the first time in a public procurement norm in Spain. However, the transposition with regard to this subject of Directive 2014/24 carried out by the Spanish legislator shows certain shortcomings and incongruencies that have significant consequences. On the basis of a preliminary analysis of conflicts of interest as a phenomenon and the foundations of its EU regulation, this article evidences that the national norm undertakes a misguided approach to the phenomenon that reproduces, disregarding the principles and objectives that inspire the EU law in the field, a regulatory structure on conflicts of interests that presents poor developments compared to the previous norm and relegates contracting authorities to a passive position in the fight against corruption, undermining the effectiveness of the EU procurement Directives.

Key words: public procurement; European Union Law; conflicts of interest; integrity.

I. INTRODUCCIÓN

Debemos ser conscientes, tanto sociedad como gestores, de que la corrupción no es un fenómeno extraño que afecta únicamente a personas sin escrúpulos dedicadas a hacer el mal de la forma más pueril. La corrupción sobrevuela la realidad y puede afectar a cualquier procedimiento o contrato en mayor o menor grado, ya que no se trata de una realidad taxativa y sus límites —es decir, lo que la diferencia del resto de irregularidades— no son de apreciación evidente.

La corrupción siempre ha existido y, por lo que la historia, la práctica y la ciencia nos dicen, es probable que siempre exista (1). El nuevo derecho de los

(1) J. MIRANZO DÍAZ (2018b).

contratos públicos debe dirigirse hacia un estudio individualizado y realista de la corrupción, entendiendo y comprendiendo los factores, las fallas, deficiencias y elementos que pueden intervenir en un eventual desvío del interés general, de forma que se produzca una verdadera comprensión del problema (2).

A nuestro juicio, la clave de toda estrategia preventiva contra la corrupción se encuentra en dar visibilidad a esas anomalías previas y a aquellas desviaciones mínimas, a esas manifestaciones de mala administración que en ocasiones esconden actos más o menos evidentes de corrupción. Se trata de identificar elementos que pueden representar un riesgo o esconder prácticas fraudulentas, que debe materializarse en una regulación eficiente de los conflictos de interés, en tanto antesala de la corrupción, que permita localizar situaciones de riesgo y prevenir su posible evolución hacia irregularidades graves.

Mediante la inclusión de especificaciones sobre el conflicto de interés en la Directiva 2014/24/UE, la UE trata de dar respuesta a una de las irregularidades más complejas que pueden darse en la contratación pública, una de las áreas de la actividad pública más expuestas a las prácticas corruptas, y en la que se hacen necesarias unas directrices europeas sobre cómo prevenir, detectar, y afrontar este tipo de irregularidades. En la transposición al ordenamiento nacional por la Ley 9/2017, los principales puntos de regulación los encontramos en el artículo 64 y en la previsión de manera específica del conflicto de interés como prohibición de contratar. Sin embargo, la transposición que el legislador español hace de la normativa europea en la materia muestra determinadas deficiencias e incongruencias que tienen importantes implicaciones.

II. ELEMENTOS CONCEPTUALES PARA UNA CORRECTA APROXIMACIÓN

Antes de analizar la normativización europea y nacional del fenómeno, creemos conveniente detenernos sobre la realidad objeto de estudio. En este sentido, la teoría de agencia trata de ofrecer una clave interpretativa al análisis de los comportamientos humanos en los procesos organizacionales económicos. De forma sumaria, esta teoría entiende que existe una relación de agencia en todas aquellas situaciones en las que una persona [principal] delega en otra persona [agente] para llevar a cabo determinadas acciones en beneficio del primero (3). Este tipo de relación, se establece debido a que el principal considera que el agente presenta determinadas cualidades que le permiten ejecutar mejor la tarea. Esta situación deriva inevitablemente en una situación

(2) Para un mayor desarrollo de las estrategias de aproximación global a la corrupción, véase J. MIRANZO DÍAZ (2019).

(3) M. BERGEN, S. DUTTA y O. C. WALKER (1992: 1-24).

en la que el agente gestiona intereses que difieren de los suyos propios (4), y por tanto engendra el riesgo de que sus intereses entren en conflicto con los del principal, provocando una posible actuación unilateral del agente en beneficio propio (5).

La medida en la que los intereses de una y otra parte diverjan entre ellos, unido al sistema de incentivos, recompensas y sanciones que regulen la relación, son variables que influyen a la hora de minimizar la denominada por los economistas «pérdida de agencia», es decir, la pérdida de eficiencia que se genera por no compartir intereses (6).

Así, el contrato público, por ejemplo, canaliza legalmente una relación de agencia entre un organismo del sector público [que actúa como principal o titular último el interés] y la empresa adjudicataria [o agente que gestiona dichos intereses] (7). Esta situación presenta una relación de agencia típica, fruto en una reciprocidad contractual, y es la que da lugar a toda la regulación legal clásica de las compras públicas, que intenta minimizar los efectos de la «pérdida de agencia» a través de la creación de incentivos y mecanismos para los adjudicatarios, de forma que la determinación de los criterios de adjudicación, la supervisión de la ejecución, etc. (8), aseguren que su desempeño se ajuste en la mayor medida posible a los intereses originarios y a los objetivos de la entidad adjudicadora.

Sin embargo, la contratación pública dista de estar representada por una simple relación de agencia clásica o básica, sino que puede identificarse una suerte de cadena de gestión de intereses que hacen que algunos de los intervinientes en el proceso decisorio tengan al tiempo una posición de principal y de agente, ya que a la tradicional relación entre el electorado y los gestores, se debe añadir la relación interadministrativa, así como aquella que caracteriza la contratación del sector público con el sector privado (9).

En primer lugar, cabría identificar una relación de agencia entre la ciudadanía o electorado [principal] y el legislador/Gobierno [agente]. Tanto legislador como gobierno tienen un encargo derivado directamente de los votantes que, en materia de contratación consiste en, respectivamente, regular la actividad contractual y delimitar la estrategia de contratación (10). Esta relación

(4) C. YUKINS (2010: 64); P. TREPTE (2005); S. A. ROSS (1973: 135).

(5) J. JURICH (2012: 244).

(6) Y. GORBANEFF (2003: 80).

(7) C. YUKINS (2010: 63-89); A. SÁNCHEZ-GRAELLS (2016: 104); R. P. McAFEE. y J. McMILLAN (1987).

(8) F. PEIRONE (2017: 25).

(9) A. SÁNCHEZ-GRAELLS (2016: 103-110).

(10) *Ibid.*

de agencia deriva en el riesgo de aparición de un primer tipo de conflicto de interés supracontractual —es decir, que excede el propio proceso de contratación— que da lugar a la conocida como captura del Estado, cuando el legislador elabora la norma —o el Gobierno elabora sus planes de actuación estratégica— en base a otros intereses que difieren del interés general de la ciudadanía o electorado (11). Tales situaciones de conflicto pueden tener lugar en los diferentes niveles regulatorios —comunitario, nacional, autonómico o regional, e incluso local— y su prevención y control se lleva a cabo mediante la regulación del *lobby*, las declaraciones de bienes por parte de los implicados en la toma de decisiones y otra serie de mecanismos que controlan que los reguladores y miembros del Gobierno no se vean condicionados por intereses privados en su actuar público.

Otro tipo de relación de agencia, en este caso interadministrativa, y cuyos conflictos no implican comportamiento corrupto ni tampoco captura de estado (12), es aquella que se da en las relaciones entre instituciones a diferentes niveles: comunitario, nacional, regional, etc. En estos casos, el principal estaría encarnado por el organismo superior o con una territorialidad más amplia [véase, un organismo comunitario] y el agente por un organismo de grado inferior o territorial [nacional, regional o local], al que se encomienda el desarrollo o aplicación de legislación o estrategias que trascienden su territorio (13). En estos casos, el mandato comunitario, que persigue una defensa de los intereses generales de la UE, puede entrar en conflicto con aquellos intereses de determinadas regiones o círculos de población que, representados en sus instituciones, se ven tentados a guiarse en su propio beneficio en detrimento del general de la comunidad (14). Este tipo de conflictos son corregidos a través del reparto competencial y, especialmente, por el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, que prohíbe que razones de territorialidad pueda incidir en el resultado de la adjudicación pública.

Un tercer tipo se da, ya a nivel contractual, entre la entidad adjudicadora [principal], que representa el interés público en el contrato, y los empleados públicos encargados de gestionar el contrato [agente]. Otros académicos han identificado la relación de agencia entre los usuarios finales [como principales] y la entidad adjudicadora o las personas implicadas en el desarrollo del

(11) En relación a la captura del Estado, véanse M. FAZEKAS y I. J. TÓTH (2016); M. FAZEKAS, I. J. TÓTH y L. P. KING (2013).

(12) No obstante, tal y como señala AUBY, este tipo de conflicto de interés sí que ha sido estudiado en ocasiones como un desvío del interés público, o, al menos, como disfunciones hacia la obtención del mismo. J. B. AUBY (2017: 124).

(13) J.A. MORENO MOLINA (2011: 41).

(14) D. SOLOVEICIK y K. SIMANSKIS (2017: 113).

contrato [agentes] (15). Pero lo cierto es que, independientemente de a quién identifiquemos como el principal —ya sea el usuario final o el organismo contratante como persona jurídica e institución garante del interés público— ambos principales representan el indeterminado concepto del interés general, y delegan la gestión del mismo a través de los procesos de contratación [diseño de pliegos, evaluación, monitoreo de la ejecución, etc.] en determinadas personas físicas, que actúan como agentes en la relación, gestionando el interés común en la actividad contractual que les es en cierto modo ajeno.

Esta última tipología es la recogida en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 64 de la Ley 9/2017, constituyendo, por tanto, el marco de control sobre el que deberán focalizarse las interpretaciones legales en materia de integridad contractual (16). Este conflicto de interés nace así en la figura del empleado público [agente], y puede responder a diversas causas: sobornos, actividades económicas propias o de personas vinculadas, lazos afectivos o familiares, e incluso por razones de raza, etnia, ideología y, en definitiva, cualquier interés que pueda comprometer su servicio imparcial a los objetivos del principal, en este caso, el interés general.

III. ASPECTOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONFLICTOS DE INTERÉS

La Directiva 2014/24 recoge las obligaciones acerca de conflictos de interés esencialmente en sus artículos 24 y 57.4. El primero de los dos artículos puede ser dividido en dos partes que se corresponden con los dos párrafos que lo componen. En el primero, impone una obligación a los Estados Miembros de asegurarse de que «los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir». Del tenor literal del texto podría considerarse, ya que la obligación se dirige únicamente a los Estados Miembros (17), que las autoridades de contratación tienen un mero papel pasivo en la implementación de la política contra el conflicto de intereses, no existiendo, así, imposición legal de actuación o responsabilidad directa en caso de incumplimiento de las prerrogativas contenidas en la Directiva. Sin embargo, su ubicación en el Capítulo II, denominado «Normas Generales», sugiere su aplicación en un sentido amplio a los contratos públicos, incluidas las entidades adjudicadoras, tal y como se desprende del considerando 16 —sin el cual no puede hacerse una correcta interpretación del artículo 24— en el que se alude directamente a la

(15) F. JENNY (2005: 31).

(16) O. SOUDRY (2007: 440); P. TREPTE (2005).

(17) A. SEMPLE (2015a: 182).

obligación de los poderes adjudicadores de prevenir los conflictos de intereses, exigiendo a estos una posición activa en gestión de las situaciones de riesgo.

El segundo párrafo del artículo, por su parte, incluye por primera vez en la legislación europea de contratos una definición de conflicto de interés que determinará el alcance de las actuaciones y de la regulación en la materia. Se trata de una definición de mínimos (18), pues la expresión «comprenderá al menos» permite al legislador nacional extender el ámbito de aplicación más allá de lo exigido por la Directiva, pero no reducirla. La definición construye un concepto de conflicto de interés: (1) cuyo ámbito subjetivo —es decir, la persona que puede dar origen al conflicto— alcanzará cualquier persona que tenga capacidad real de influenciar el desarrollo o la adjudicación final del contrato independientemente de su relación formal con la entidad adjudicadora (19); (2) con un ámbito objetivo amplio; (3) formado por intereses de naturaleza directa o indirecta (20); y (4) de naturaleza objetiva (21).

Éste último extremo adquiere una importancia central para el análisis elaborado en el presente trabajo, y conviene detenernos un momento sobre él para relacionarlo con una quinta característica que deriva de la expresión «que pudiera parecer que compromete» [art. 24]. Y es que tradicionalmente los conflictos de interés han sido divididos entre aquellos «reales», es decir, aquellos en los que realmente existe, de facto, un conflicto de interés de manera evidente; y aquellos conflictos de interés percibidos, que formarían aquellas situaciones en las que, independientemente de que exista o no realmente la situación de conflicto, es percibida como tal (22). De acuerdo con esta división, el texto del artículo 24 parece incluir ambas tipologías (23).

(18) T. MEDINA ARNÁIZ (2016: 104).

(19) A. L. FERNÁNDEZ MALLOL (2014); J. MIRANZO DÍAZ (2017a); J. MIRANZO DÍAZ (2017b); J. MIRANZO DÍAZ (2018a).

(20) Un ejemplo de conflicto indirecto es aquel provocado por el propio funcionamiento de la red empresarial, que puede generar conflictos colaterales en aquellos casos en que alguno de los agentes encargados de llevar a cabo el procedimiento participe, a su vez —e incluso que lo haga alguno de sus familiares o conocidos—, de los beneficios, ya sea como accionista o administrador directo, de una empresa no licitadora que tenga algún negocio o relación económica con una de las licitadoras, ya sea a modo de proveedor, subcontratista, como socios en algún proyecto diferente, o de cualquier otra forma que haga indicar que dicha empresa no licitadora, sobre la que existen intereses, podría verse beneficiada indirectamente, si quiera por la buena marcha de la empresa licitadora, de una eventual adjudicación del contrato. (D. I. GORDON, 2005: 8).

(21) Caso T-403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 octubre 2015, apartado 75; STJUE T-415/10, *Nexans France v Entreprise commune Fusion for Energy*, de 20 de marzo 2013, apartado 115.

(22) L. BAENA GARCÍA (2016).

(23) J.M. GIMENO FELIÚ (2015a: 45); A. SEMPLE (2015b); D. SOLOVEICIK y K. SIMANSKIS (2017: 114); A. CERRILLO I MARTÍNEZ (2014); J. A. MORENO MOLINA (2016); H. WU y X. SUN (2014); T. MEDINA ARNÁIZ (2016: 77-104); L. MELLADO RUIZ (2017: 142).

Sin embargo, esta división puede entrar en contradicción con la propia naturaleza objetiva del fenómeno (24), que implica que la intención de la persona afectada por el conflicto es irrelevante de cara a la calificación de una situación como conflicto de intereses (25). No es necesario, pues, que la persona tenga la intención de sacar alguna ventaja de dicha situación irregular, sino que basta con su propia existencia objetiva, tratándose de una realidad situacional (26).

Si un observador externo razonable puede percibir un conflicto de interés, entonces existe un conflicto de interés, independientemente de que ese conflicto pueda, eventualmente, interferir o no en las actuaciones de dicha persona y generar actos corruptos, e independientemente de las intenciones *reales* de ese sujeto. Es irrelevante que los intereses en conflicto puedan, *de facto*, influir o no en el desarrollo de las actuaciones. El elemento determinante de un conflicto de interés es la apariencia de parcialidad, y no la parcialidad en sí misma, que deberá ser entendida, en caso de existir, como corrupción (27).

La calificación de determinados conflictos de interés como reales como oposición a unos conflictos aparentes puede causar confusión, ya que parece sugerir la inexistencia de los segundos, cuando éstos son, a todas luces, tanto o más reales y tanto o más aparentes que los primeros. Debido a su naturaleza objetiva, que implica que su apreciación deba ser siempre externa e independiente de los afectados, sería más apropiado, así, aceptar que los conflictos de interés son siempre una cuestión de apariencia (28).

Por tanto, a la hora de dilucidar la existencia de un conflicto de interés, la pregunta a formular debe ser si una persona razonable hubiera concluido que existían intereses en conflicto que podrían poner o haber puesto en riesgo la imparcialidad del acto. Y por ende, no es posible hablar de un conflicto de interés en términos de blanco o negro [real o aparente] y categorizar su existencia o no, sino que la realidad nos muestra más bien una graduación

(24) TJUE, Caso T-403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 octubre 2015, apartado 75; STJUE T-415/10, *Nexans France v Entreprise commune Fusion for Energy*, de 20 de marzo 2013, apartado 115.

(25) COMISIÓN EUROPEA (2011: 15); D. SOLOVEICIK y K. SIMANSKIS (2017: 114); J. M. GIMENO FELIÚ (2016: 26); J. M. GIMENO FELIÚ (2019)

(26) SEMPLE (2015a); Así lo afirmó el TJUE ya en 1999 en su STJUE asunto T-277/97, *Ismeri Europa Srl/Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas*, de 15 de junio de 1999, apartado 123: «[el] conflicto de intereses constituye en sí mismo y de forma objetiva una disfunción grave, sin que sea preciso tener en cuenta, para su calificación, las intenciones de los interesados y su buena o mala fe».

(27) M. VILLORIA MENDIETA (2017: 217-255).

(28) D. I. GORDON (2005: 40); H. J. PRIESS (2002: 158).

de grises que hacen que la percepción del conflicto sea más leve o más clara dependiendo de las características concretas (29).

Esta característica externa y objetiva del fenómeno, que hace que no pueda llevarse a cabo una distinción entre conflicto real y aparente, es también la característica principal que separa al conflicto de interés de la corrupción. Mientras la corrupción se caracteriza por una voluntariedad y —al menos— un intento de actuación en busca de un resultado, los conflictos de interés son una anomalía estrictamente situacional de apreciación externa al sujeto (30). La referencia a conflictos de interés «reales» crea confusión en tanto en cuanto el término se utiliza para indicar aquel conflicto que tiene una incidencia determinada en el devenir de las actuaciones de contratación (31), cuando lo cierto es que una circunstancia tal en una situación conflictiva —la incidencia en el desarrollo del contrato— dejaría atrás el conflicto de interés para convertirse de manera automática en un caso de corrupción.

Cualquier caso de corrupción encierra —ya que proviene de él— un conflicto de interés (32), pero éste actúa como una situación previa (33), la cual conviene diferenciar de aquella porque, como afirma REED, los conflictos de interés no son una patología en sí mismos, sino un fenómeno que ocurre de forma natural fruto de la organización social moderna, debido al propio hecho de que las personas ocupan más de un rol social de manera simultánea (34).

Pues bien, esta cuestión de naturaleza objetiva y su intrínseca condición de aparente es esencial para comprender la magnitud de la aplicación del principio de proporcionalidad en las medidas tomadas al respecto.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BASE DE APLICACIÓN PRÁCTICA: DISCRECIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ADJUDICADORAS

La Directiva 2014/23/UE, sobre concesiones, desarrolla de manera ligeramente más precisa que la Directiva clásica la forma de aplicación de los sistemas de prevención del conflicto de interés en el artículo 35, el cual, por lo

(29) D. SOLOVEICIK y K. SIMANSKIS (2017: 116); E. LYON (2006: 131).

(30) Q. REED (2008).

(31) TJUE, asunto T-403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 octubre 2015, apartado 85; TJUE, asunto T-556/1, *European Dynamics Luxembourg and others vs EUIPO*, 27 abril 2016, apartado 40.

(32) J. A. MORENO MOLINA, F. PUERTA SEGUIDO, J. PUNZÓN MORALEDA y A. RAMOS PÉREZ OLIVARES (2016: 51).

(33) B. IBIDAPO-OBE (2016: 2).

(34) Q. REED (2008: 7).

demás, es prácticamente una transcripción literal del artículo 24 estudiado en la Directiva 2014/24/UE. El citado artículo 35 incluye un párrafo adicional que establece: «en lo relativo a los conflictos de interés, las medidas adoptadas no irán más allá de lo estrictamente necesario para impedir posibles conflictos de interés o eliminar los conflictos detectados». En otras palabras, impone la aplicación del principio de proporcionalidad a todas aquellas medidas que se tomen en ejercicio de la tarea de prevenir o corregir conflictos de interés. Desconocemos la razón por la que este último párrafo fue eliminado [o no incluido] del artículo 24 de la Directiva 2014/24 y algunos autores, como MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2016: 150), consideran errónea la exclusión de esta referencia en la Directiva 2014/24 por parte del legislador europeo, pero parece irracional suponer que dicha supresión signifique la no aplicación el principio de proporcionalidad a los conflictos enmarcados en el ámbito de la Directiva 2014/24, más aún si tenemos en consideración que su aplicación puede inferirse en el escaso desarrollo normativo relativo a la aplicación del conflicto de interés en el resto de la Directiva 2014/24 contenido en el artículo 57.4 [causas de exclusión] y 58.4 [medidas autocorrectoras].

El elemento principal para comprender la particularidad del conflicto de interés con respecto al resto de causas de exclusión contempladas, estriba en que mientras que el resto de causas de exclusión contenidas en la Directiva son aspectos que afectan únicamente al operador económico, dependen exclusivamente de él y se derivan de su actividad ilícita o irregular [hablamos de delitos de fraude, corrupción, blanqueo de capitales, incumplimiento de las obligaciones legales en materia medioambiental, etc.], la situación de conflicto de intereses:

- (1) Se genera en el seno del poder adjudicador. Concretamente en una o varias personas participantes en el contrato, que actúan como agentes gestores de intereses públicos, y que tienen a su vez unos intereses particulares que entran en conflicto con los primeros.
- (2) Tiene una naturaleza objetiva, lo que a su vez implica que: (1) es de apreciación externa, ajena a la voluntad de los afectados; y (2) los conflictos de interés no son una patología en sí mismos, sino una anomalía que se genera de forma espontánea fruto de la organización social y administrativa moderna (35).

La existencia de un conflicto de interés es, pues, meramente circunstancial, y en caso de aparición, en su nacimiento únicamente puede atribuirse al operador económico una función marginal —ya que el origen de la anomalía se encuentra una persona vinculada al poder adjudicador en quien colisionan

(35) Q. REED (2008: 7).

los intereses (36)—. Mientras el resto de las causas de exclusión tratan de sancionar a empresas por realizar prácticas que se consideran no deseables o perjudiciales para los intereses generales, el conflicto de intereses supone una situación que no genera, *per se*, perjuicio o ilegalidad alguna, sino que se configura como una situación objetiva de riesgo, (37) y cuyo nacimiento, y en su caso resolución, no dependen del operador económico, el cual tiene capacidad muy limitada para actuar por no ser el foco del conflicto (38). En consecuencia, la exclusión de un operador económico a causa de una situación de conflicto de intereses, *sanciona* —o mejor dicho, se impone una medida de gravamen (39)— a dicha empresa [impidiendo su participación en el procedimiento] por una situación que le es en cierto modo ajena (40).

La exclusión en casos de conflictos de interés es una herramienta que, debido a los pormenores señalados, ha de ser utilizada con especial cautela. Así lo considera la Directiva en su artículo 57.4.e), que regula la exclusión por conflictos de interés, estableciendo que ésta únicamente procederá *cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos*, es decir, en aplicación de un estricto principio de proporcionalidad, el cual, por otra parte, debe aplicarse a todas las causas de exclusión potestativas como recuerda el considerando 101:

«Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión».

En este sentido, conviene citar la opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 (41), en la que desarrolla el carácter esencial del principio de proporcionalidad para las causas de exclusión potestativas. En términos generales, el caso versa sobre un supuesto en el que el licitador había sido declarado culpable de falta profesional grave (causa de exclusión potestativa bajo la Directiva 2004/18, que era la legislación de aplicación al caso), la cual estaba recogida en los pliegos de contratación

(36) H. J. PRIESS (2002: 153).

(37) D. SOLOVEICK y K. SIMANSKIS (2017: 114). A. HUERGO LORA (2017: 223-259).

(38) H. J. PRIESS (2002: 158); H. J. PRIESS (2014).

(39) A. HUERGO LORA (2017: 223-259); N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (2019).

(40) G. S. HAYKEN (2006).

(41) Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE asunto C-171/15, *Connexion Taxi Services*; Véase a su vez, Sentencia TJUE asunto C-27/15, *Pippo Pizzo vs CRGT Srl*, de 2 de junio de 2016.

de forma expresa como una causa de exclusión automática (42), y la entidad adjudicadora, no sólo permitió participar a la citada empresa, sino que le adjudicó finalmente el contrato.

En su razonamiento, el AG (43), argumenta que el principio de proporcionalidad debe prevalecer frente a las disposiciones contenidas en los pliegos de contratación, los cuales «no pueden desentenderse de las [normas] más generales que les brindan cobertura» (párrafo 51). Por ello, continúa, «el silencio del documento descriptivo sobre esta aplicación, imprescindible e individualizada, del principio de proporcionalidad, no puede conducir a obviarlo» (párrafo 51). Y por ello concluye diciendo que «la circunstancia de que, para sopesar una de esas causas de exclusión, expresamente recogidas en dicho documento, acudiera al canon de proporcionalidad, no incorporado de modo explícito a él, pero demandado por las reglas generales de los Países Bajos en la contratación pública (así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), es, a mi entender, compatible con los principios de igualdad de trato y su corolario, el de la actuación transparente» (párrafo 58) (44).

Además, la Directiva 2014/24 refuerza el principio de proporcionalidad en el caso de los conflictos de interés, ya que, a pesar de ser de aplicación forzosa a todas las causas de exclusión potestativas (45), únicamente se expone

(42) Tal y como afirma el AG, «según el apartado 3.1 (“Causas de exclusión y requisitos de idoneidad”) del documento descriptivo [del contrato], la oferta a la que sea aplicable una causa de exclusión será eliminada y no se tendrá en cuenta para el ulterior examen (material)». En apartado 12.

(43) El TJUE entendió en la sentencia que «habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra b), que las disposiciones de la Directiva 2004/18, en particular, su artículo 2 y el anexo VII A, punto 17, de dicha Directiva, leídas a la luz del principio de igualdad de trato, así como de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un poder adjudicador decida adjudicar un contrato público a un licitador que ha cometido una falta profesional grave debido a que la exclusión de dicho licitador del procedimiento de adjudicación habría sido contraria al principio de proporcionalidad, siendo así que, con arreglo a las condiciones de la licitación de dicho contrato, debía procederse imperativamente a la exclusión de los licitadores que hubieran incurrido en una falta profesional grave sin tomar en consideración el carácter proporcionado o no de dicha sanción». TJUE, asunto C-171/15, *Connexion Taxi Services*, 14 de diciembre de 2016, apartado 44.

(44) Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE asunto C-171/15, *Connexion Taxi Services*, 14 de diciembre de 2016.

(45) T. MEDINA ARNÁIZ (2015); H. J. PRIESS (2014: 112-123). De hecho, el TJUE ha venido advirtiendo de la obligación que tienen los poderes adjudicadores, en atención al carácter excepcional de la exclusión y a la necesidad de respetar el conflicto de intereses, de requerir clarificación a los operadores económicos incurso en causas de exclusión «cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto [...] indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que la Comisión desestime dicha

de manera expresa la aplicación del mismo en la letra e), relativa al conflicto de intereses, y f), relativa a la exclusión por participación previa en el la preparación del procedimiento de contratación —la cual, en todo caso, no deja de ser una tipología de conflicto de interés sobre el que la Directiva parece querer poner una atención especial al regularlo como una causa de exclusión específica (46). Se refuerza así, para estos casos, la idea de que un operador sólo debe ser excluido por dichas causas como último recurso, y el principio de proporcionalidad debe ser especialmente observado en la aplicación del mencionado párrafo. Dicha redacción viene a plasmar normativamente una significativa jurisprudencia del TJUE en la que deja claro que: (1) «no existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores» (47), mientras que , por otro lado (2), «la existencia de un conflicto de intereses debe llevar a la entidad adjudicadora a excluir al licitador afectado cuando esa decisión constituya la única medida posible para evitar una vulneración de los principios de igualdad de trato y de transparencia, de obligado respeto en todo procedimiento de conclusión de un contrato público» (48).

oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones». TJUE, asunto T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV*, de 10 de diciembre de 2009, apartado 56; véanse, en el mismo sentido, los comentarios al respecto de A. SÁNCHEZ-GRAELLS (2014: 104).

(46) Quizá esta distinción entre conflictos de interés «estrictos» y aquellos derivados de participación previa en el contrato responda a la inspiración del legislador europeo en la tradición reguladora de conflictos de interés americana. En EE.UU., la tradición jurídica en materia de contratación pública divide los conflictos de interés en dos tipologías, conflictos de interés personales y conflictos de interés organizacionales, refiriéndose los segundos, entre otros, a los generados por la participación de las empresas en alguna de las fases contractuales como asesor o prestador de servicios de poder adjudicador, regulándose históricamente de manera independiente. J. W. TAYLOR (1984); G. S. HAYKEN (2006).

(47) En este sentido, STJUE asunto T-415/10, *Nexans France v Entreprise commune Fusion for Energy*, de 20 de marzo 2013, apartados 116 y 117; STJUE asunto T-403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 de octubre de 2015, apartado 76; Véase a su vez B. GÓMEZ FARINAS (2017); el profesor GIMENO FELLÚ, por su parte, ya advertía en su análisis del texto de las directivas de que «la solución que se propone no es de exclusión automática, ya que se reconoce, como posibilidad, la denegación de la participación del miembro del personal público en donde exista el conflicto de interés del procedimiento de contratación en cuestión, o en la reasignación de sus funciones y responsabilidades (abstención); pero si el conflicto de intereses no puede solucionarse de manera eficaz por estos medios, el licitador en cuestión será excluido del procedimiento (prohibición de contratar)». J. M. GIMENO FELLÚ (2015b: 76).

(48) TJUE, asunto T-556/1, *European Dynamics Luxembourg and others vs EUIPO*, 27 de abril de 2016, apartado 46; T-403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 de octubre

Existe, por un lado, una obligación de actuar ante un conflicto de interés por parte de la entidad contratante, y por otro, una necesidad de respeto del principio de proporcionalidad en la toma de decisiones. Es decir, en esta materia de conflicto de interés, la Directiva 2014/24 viene a trasladar a las entidades adjudicadoras, como venía reconociendo el TJUE, una importante responsabilidad a través de: (1) una obligación de actuar con el principio de integridad como base legitimadora de actuación (obligación de actuación ante un conflicto y obligación de exclusión en caso de que no exista ninguna medida menos lesiva) y (2) una obligación de evaluar ante un conflicto de interés, caso por caso, las medidas más adecuadas con el principio de proporcionalidad como esencial parámetro de actuación. Esto deriva, en la práctica, en que los órganos de contratación no son ya, por tanto, sujetos pasivos o meros aplicadores de la normativa de conflictos de interés, sino que deben tomar una posición activa de responsabilidad en su prevención, detección y corrección.

Tal es así, que recientemente el TJUE reconoció, Sentencia del TJUE, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, por primera vez, la posibilidad de que una actuación deficiente de la entidad adjudicadora en la gestión de un conflicto de interés pueda derivar, no sólo en la nulidad de actuaciones, como venía ocurriendo, sino en una condena a la Administración de indemnización por daños y perjuicios.

V. LAS CONSECUENCIAS DE LAS NUEVAS OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ADJUDICADORAS: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Un conflicto de interés revelado en un momento procedimental tardío implica, sin lugar a dudas, un perjuicio para los licitadores no afectados por el mismo tanto si las actuaciones se retrotraen a un momento anterior —necesidad de incurrir en nuevos gastos de preparación de oferta, horas invertidas por el personal, etc.— como si el contrato se encuentra ya en ejecución y ya no es posible anularlo —fruto de las posibles ventajas indebidas producidas por dicho conflicto que podrían haber incidido en el resultado de la adjudicación. Hasta qué punto estos perjuicios pueden ser imputables a la Administración o entidad adjudicadora, y en qué medida podrán dar lugar a indemnización por daños y perjuicios en virtud de los artículos 268 y 340 del TFUE y el artículo

de 2015, apartado 76; TJCE asunto C-315/99, *Isméri Europa/Tribunal de Cuentas*, de 10 de julio de 2001; TJCE asunto C-21/03 y C-34/0316, *Fabricom*, de 3 de marzo de 2005; TJCE asunto C-538/07, *Assitur*, de 19 de mayo de 2009; TJCE asunto C-376/08, *Serrantoni*, de 23 de diciembre de 2009; en el mismo sentido, aunque a nivel nacional, véase el Acuerdo 108/2016 Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en p. 16

6.2 de la Directiva 89/665, conforman un nuevo objeto de debate que hasta recientemente no había tenido lugar en la contratación pública europea. La sentencia del TJUE, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, aborda por primera vez esta posibilidad.

Con carácter general, para apreciar una indemnización por daños, el TJUE ha venido admitiendo en reiterada jurisprudencia que es preciso que concurren tres requisitos, a saber, la ilegalidad del comportamiento imputado a la institución, la realidad del daño y la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio alegado (49).

- (1) Para que concorra el requisito del comportamiento ilegal de una institución, se exige que se acredite una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares (50), para lo cual es determinante el margen de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido (51), es decir, en el caso del conflicto de interés, el margen de discrecionalidad que se le reconoce al poder adjudicador en su apreciación del riesgo de un conflicto de interés y la adopción de medidas para mitigarlo o erradicarlo.
- (2) En segundo lugar, el TJUE ha venido exigiendo que dicho acto ilegal produzca un perjuicio «real y cierto», cuya demostración y prueba deberá corresponder al demandante (52).
- (3) Por último, debe existir una relación causal directa entre el primero y el segundo requisito, es decir, entre la ilegalidad y el daño producido, cuya prueba recaerá igualmente en la parte demandante (53).

(49) STJUE, asunto C352/98 P, *Bergaderm y Goupil/Comisión*, de 4 de julio de 2000, apartados 39 a 42; asuntos C120/06 P y C121/06 P, *FIAMM y otros/Consejo y Comisión*, de 9 de septiembre de 2008, apartados 106 y 164 a 166; y asunto T297/12, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, de 16 de octubre de 2014, apartado 28; asunto, T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 62.

(50) STJUE, asunto C352/98 P, *Bergaderm y Goupil/Comisión*, de 4 de julio de 2000, apartados 42 y 43; asuntos C120/06 P y C121/06 P, *FIAMM y otros/Consejo y Comisión*, de 9 de septiembre de 2008, apartados 173; y asunto, T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 63.

(51) STJUE, asunto C352/98 P, *Bergaderm y Goupil/Comisión*, de 4 de julio de 2000, apartado 40; y asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 64.

(52) STJUE, asunto T88/09, *Idromacchine y otros/Comisión*, 8 de noviembre de 2011, apartado 25; asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 65.

(53) TJUE Asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 66.

1. La necesidad de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares

En relación a una eventual indemnización por causa de un conflicto de interés, la infracción recurrida deberá ser, como se ha mencionado, una inacción o acción deficiente en las labores de supervisión que corresponden al órgano de contratación (54). En un caso tal, para apreciar la violación se debe estudiar si dichas actuaciones suponen una contravención suficientemente específica del principio de buena administración del artículo 41 de la CDFUE, del principio de igualdad de trato y, a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2014/24, de su artículo 24 y, en concreto del artículo 57.4 y de la aplicación del principio de proporcionalidad a él ligada.

Pues bien, El TJUE afirma que fruto de la reiterada jurisprudencia citada a lo largo del presente trabajo y de la actual normativa europea de contratación, es evidente que «le corresponde [a la entidad adjudicadora] un papel activo en la aplicación y el respeto de esos principios. En particular, el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses» (55), e incumbe al mismo la obligación de preparar y adoptar, «con toda la diligencia debida y basándose en todos los datos pertinentes, su decisión sobre el desarrollo del procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate» (56). Existe, de forma indudable, una obligación legal debidamente configurada de supervisar y actuar ante una situación de conflicto de interés, cuyo incumplimiento lesiona, además, algunos de los principios básicos de la contratación pública como lo son, por ejemplo, el de igualdad de trato o buena administración (57).

En este contexto, debe recordarse que el TJUE ha expuesto en reiterada jurisprudencia cómo una irregularidad que en circunstancias análogas no

(54) TJUE Asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 70.

(55) STJUE Asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 102; TJUE, asunto C-538/13 *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, 12 de marzo de 2015, apartados, 42 y 43.

(56) STJUE Asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 106.

(57) En el apartado 147, el TJUE se basa como elemento legal último que legitima tal afirmación en las disposiciones contenidas en el Reglamento (UE, Euratom) n° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo y en la *Procedures and practical guide (PRAG)*, que presentan obligaciones casi idénticas a las contenidas en el actual artículo 24 y 57.4 de la Directiva 2014/24.

habría cometido una administración normalmente prudente y diligente permite afirmar que el comportamiento de la institución ha constituido una ilegalidad que genera responsabilidad (58). En el citado caso *Vakakis kai Synergates*, en el que se dirime la existencia de un conflicto de intereses debido a la participación en la preparación de los pliegos de uno de los expertos al servicio de un licitador, el TJUE argumenta que se trata de un conflicto de intereses del que la entidad adjudicadora debería haber tenido conocimiento en un marco de actuación razonable, y que por tanto existía una obligación legal de investigar «de oficio» y en su caso actuar frente a esa situación (59). En el caso señalado, la entidad adjudicadora se limitó a cuestionar a la entidad en conflicto vía e-mail acerca de dicha situación, concluyendo tras su respuesta negativa que no existía tal conflicto (60). El TJUE entiende que esta actuación, o más bien la falta de ella, presenta deficiencias que suponen una quiebra de la diligencia debida exigible a la Administración como fruto de la obligación de prevenir los conflictos de intereses en las licitaciones públicas, al no poderse considerar probada por las actuaciones y conclusiones de la Administración la ausencia de conflicto o su incidencia en el procedimiento (61):

«De todos los elementos anteriores se desprende que, en las circunstancias del caso de autos, al no llevar a cabo ninguna verificación tras las declaraciones de la sociedad A. y del Sr. P. en las que afirmaban no encontrarse en una situación de conflicto de intereses, al abstenerse de investigar ex officio con el fin de determinar si la sociedad se encontraba en una situación de conflicto de intereses y al no llevar a cabo una investigación que permitiese establecer con certeza que la implicación del Sr. P. en la redacción de los TdR no constituía un conflicto de intereses, la Delegación de la Unión cometió una irregularidad que, en circunstancias análogas, no habría cometido una administración normalmente prudente

(58) STJUE, T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 104; y asuntos T198/95, T171/96, T230/97, T174/98 y T225/99, *Comafrica y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión*, de 12 de julio de 2001, apartado 134

(59) STJUE, T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartados 119 a 128.

(60) «Asimismo, del escrito de 27 de enero de 2011 en el que se informaba a la demandante de que su oferta no había sido elegida se desprende que el comité de evaluación investigó las alegaciones de conflicto de intereses. A este respecto, ese escrito menciona la investigación y más concretamente el examen de documentos, de intercambios de correos electrónicos y de comunicaciones e indica que, aunque el Sr. P. aparecía como el autor del documento Word que contenía los TdR, este se limitó a proporcionar información general relativa a las secciones 1.4 y 1.5 de los TdR». STJUE, T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 130.

(61) «En el caso de autos, debe señalarse que el poder adjudicador no actuó con la prudencia y el cuidado requeridos al concluir, basándose en esos elementos, que no existía conflicto de intereses». STJUE, asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 131. Véanse también los apartados 132 a 146.

y diligente. Tal irregularidad debe ser calificada como una violación manifiesta y grave de la obligación de diligencia y, por tanto, como una violación suficientemente caracterizada de dicha obligación, del principio de buena administración y del artículo 41 de la Carta» (apartado 148).

El TJUE entiende, en definitiva, que la ausencia de actuación o una actuación deficiente en las labores de investigación y control de los conflictos de intereses, la cual debe hacerse caso por caso y atendiendo a las circunstancias particulares, puede ser, en efecto, susceptible de generar una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares.

2. El perjuicio real y cierto y la relación causal

Un segundo elemento decisivo a la hora de determinar una la procedencia de una indemnización es la necesidad de que exista un perjuicio real y cierto. Para asuntos relacionados con la contratación pública, el TJUE ha considerado que la no adjudicación de un contrato no puede suponer en sí misma un perjuicio en forma de pérdida de un beneficio o pérdida de oportunidad, ya que en estos casos «el perjuicio resultante de la pérdida de un beneficio o del lucro cesante no es actual y real, sino futuro e hipotético» (62). Este tipo de requisito únicamente se cumpliría en aquellos casos en los que cabe presuponer que, de no haberse producido las actuaciones irregulares de la Administración, el demandante cuya oferta fue rechazada habría sido adjudicatario del contrato (63), algo que, *a priori*, parece difícil demostrar en un caso de conflicto de intereses.

Sin embargo, el TJUE ha admitido por primera vez, en la citada sentencia, la posibilidad de que el perjuicio producido por la falta de diligencia de la entidad adjudicadora de lugar a responsabilidad extracontractual, y en consecuencia a una reparación del daño, en relación a los gastos y costes del procedimiento de licitación incrementada con los intereses compensatorios (64). Según el alto tribunal europeo, aunque como norma general «los gastos y costes contraídos por un licitador con motivo de su participación en una licitación no pueden constituir, en principio, un perjuicio que pueda ser reparado mediante la concesión de indemnizaciones por daños y perjuicios», este razonamiento no es

(62) STJUE, asunto T17/09, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, sentencia de 22 de mayo de 2012, apartado 123.

(63) STJUE, asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 166.

(64) STJUE, asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 202.

de aplicación en «el supuesto de que una infracción del Derecho de la Unión en la tramitación del procedimiento de licitación haya afectado a las posibilidades de un licitador de obtener la adjudicación del contrato, so pena de vulnerar los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima».

Es evidente, tras lo estudiado hasta ahora en el presente trabajo, que la existencia de un conflicto de interés y la incapacidad para demostrar que dicha situación anómala no produjo ventaja indebida alguna deben ser entendidas como un escenario en el que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. Si bien no puede entenderse que la deficiente actuación de la entidad adjudicadora afecte de forma directa a la no adjudicación del contrato al resto de licitadores, sí que puede interpretarse que fruto de esa falta de diligencia existe un vicio en el procedimiento que afecta a las posibilidades del resto de participantes de resultar adjudicatario con respecto a aquel afectado por el conflicto de intereses, que disfrutó de una ventaja indebida (65). Esto, de acuerdo con el TJUE, constituye un perjuicio que es indudablemente imputable a la ilegalidad anteriormente expuesta, y que, en consecuencia, manifiesta la relación de causalidad existente entre una y otra realidad.

Este pronunciamiento del TJUE, que legitima por vez primera una compensación por daños y perjuicios fruto de una actuación defectuosa de la Administración supone, a nuestro juicio, un punto de inflexión en la materia. La posibilidad de incurrir en responsabilidad extracontractual fruto del incumplimiento de las obligaciones en materia de conflicto de interés es ya una realidad bajo el nuevo marco normativo comunitario y nacional. La sentencia *Vakakis kai Synergates* supone un antes y un después hacia la efectiva implementación de políticas efectivas de conflicto de interés, ampliando los mecanismos legales de corrección sobre la actuación deficiente de la Administración, que hasta ahora, en materia de conflicto de interés, se limitaban a la posible anulación de actuaciones. Pero lo que es más importante, el Derecho europeo asume que la responsabilidad de actuación del órgano de contratación es tal que la ausencia de actuación o una actuación deficiente en las labores de investigación y control de los conflictos de intereses, la cual debe hacerse caso por caso y atendiendo a las circunstancias particulares, puede ser, en efecto, susceptible de generar una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares. El TJUE consolida de esta forma la responsabilidad trasladada a las entidades adjudicadoras por parte del legislador en materia de integridad, creando incentivos hacia una instrumentalización real de las entidades adjudicadoras y sus gestores como garantes de la integridad en la contratación pública.

(65) STJUE, asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 198.

El conflicto de intereses regulado en la Directiva descansa, pues, sobre tres pilares fundamentales: (1) una aplicación subjetiva amplia y de carácter funcional, centrada en el sector público y que proclama la naturaleza objetiva del fenómeno (2) una traslación de poder (y responsabilidad) a las entidades adjudicadoras, que se convierten en actores principales con obligaciones concretas (3) y la prevalencia, como consecuencia de la naturaleza objetiva del fenómeno, del principio de proporcionalidad como principal guía y límite en la aplicación de medidas correctoras y como fundamental parámetro de evaluación de las mismas. Pues bien, tal y como trataremos de exponer en las próximas páginas, entendemos que estos tres extremos parecen no haber sido considerados o identificados por el legislador, ya que la actual LCSP adultera en mayor o menor grado la esencia inspiradora de estas bases, ya sea de forma negligente o deliberada, a través de una transposición que queda a medio camino entre la nueva aproximación propuesta por el Derecho europeo y la regulación tradicional nacional de los conflictos de interés basada en incompatibilidades —radicalmente divergentes entre sí—, poniendo en riesgo la coherencia del sistema y la efectividad de las medidas pretendidas.

VI. EL ARTÍCULO 64 DE LA LEY 9/2017

En nuestro país, la cuarta generación de directivas ha sido transpuesta por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En ella, la regulación de los conflictos de interés encuentra una distribución similar a la que hemos señalado en la Directiva, con un artículo definitorio, que determina el ámbito de aplicación de la regulación [art. 64], y otro que determina su alcance como causa de exclusión [art. 71.1.g]. En cuanto al primero, éste presenta importantes similitudes con el estudiado artículo 24 de la Directiva 2014/24, del cual es prácticamente una transcripción literal. Sin embargo, se observan también dos posibles diferencias que pueden tener importantes efectos.

La definición contenida en el apartado dos del artículo 64, delimita el ámbito subjetivo de aplicación indicando que podrá incurrir en conflicto de interés el «personal al servicio del órgano de contratación». Este ámbito de aplicación excluye una segunda parte que sí incluía la norma europea: «o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador». Dicha delimitación subjetiva parece dejar fuera a aquellas personas que prestan un servicio en calidad de expertos externos, asesores, o cualquier otra figura que no permita catalogarlos como personal al servicio del órgano de contratación, como ocurre con la participación en consultas preliminares de mercado o en el diálogo competitivo. Se trata, a nuestro juicio de una aproximación en exceso formalista al conflicto de interés, que hace

que determinados conflictos que *de facto* pueden surgir en el desarrollo del procedimiento de contratación queden en la práctica desregulados.

Por otro lado, conviene recordar que la definición del artículo 24 es una definición de mínimos (66), que además, como señalaron los tribunales contractuales nacionales en el documento elaborado al respecto, tiene efecto directo, como en general lo tienen las definiciones de las figuras jurídicas (67). Se trata de un ámbito subjetivo, el del artículo 24, sobre la que los Estados Miembros podrán añadir supuestos adicionales, pero en ningún caso reducir su alcance a través del desarrollo de legislación nacional. En consecuencia, cabría entender que el contenido del artículo 64.2 deberá interpretarse, al menos para aquellos contratos SARA, de forma acorde con el derecho europeo (68) en el sentido de que la expresión «personal al servicio del órgano de contratación» incluye a «los proveedor[es] de servicios de contratación que actúe[n] en nombre del poder adjudicador».

VII. LAS CARENCIAS ESTRUCTURALES DEL CONFLICTO DE INTERÉS COMO PROHIBICIÓN DE CONTRATAR EN LA LEY 9/2017

Sin embargo, los mayores problemas interpretativos se presentan cuando atendemos a la regulación de los conflictos de interés como causas de exclusión, contenida en el artículo 71.1.g).

1. Limitaciones subjetivas

Este artículo abandona el enfoque funcional o finalista que marca toda la regulación de conflicto de interés tanto a nivel de la UE como en el artículo 64 de la Ley 9/2017 para acometer una ordenación estrictamente formalista de la prohibición de contratar. A través de referencias a legislación derivada, la redacción del precepto implica que, en la práctica, las prohibiciones de contratar únicamente se puedan aplicar a:

(66) Conviene recordar que el artículo 24 de la Directiva impone un ámbito de aplicación mínimo al establecer en su definición que «el concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación [...]».

(67) No sólo eso, sino que el concepto de conflicto de intereses está contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, realizada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que despliega efectos jurídicos. Véase a su vez el Acuerdo 108/2016 Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en págs. 14 y ss.

(68) Tal y como han afirmado diferentes autores, toda la legislación de contratos debe interpretarse de manera que esté acorde con el derecho europeo. J. A. MORENO MOLINA (2018: 140); J. M. BAÑO LEÓN (2000).

- Aquellas personas consideradas altos cargos por la Ley 3/2015.
- El personal al servicio de las Administraciones Públicas [Ley 53/1984].
- Otras figuras públicas recogidas en la Ley 5/1985.

Puestas en conjunto, estas prohibiciones extienden, de acuerdo al ámbito subjetivo de las legislaciones referidas, el alcance de la prohibición —utilizando el vocabulario del artículo 2 de la Directiva 2014/24, que delimita el ámbito de aplicación— a todo el personal al servicio del «Estado, las autoridades regionales y locales, así como los organismos de Derecho público» financiados en más de un 50% con dinero público (69). Sin embargo, ninguna de dichas normas, de las que la Ley 9/2017 hace depender la regulación de los conflictos de interés, parece ser de aplicación a aquellos organismos que no cumplen el requisito de la financiación pero «cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público», a los cuales, sin embargo, sí que les es de aplicación el derecho europeo de contratos públicos y a los que se extienden, al ser considerados «poder adjudicador», las definiciones del artículo 24 de la Directiva 2014/24 y del artículo 64.2 de la Ley 9/2017 relativas a los conflictos de interés (70). De acuerdo a esta interpretación, y debido al carácter tasado de las prohibiciones de contratar (71), no cabría excluir a un operador económico cuando incurra en alguna de las anteriores situaciones que, aunque suponen un conflicto de interés de acuerdo con las definiciones del artículo 64, no estén cubiertas por el ámbito de aplicación de las prohibiciones de contratar (72).

2. Limitaciones objetivas

Adicionalmente, la regulación de los conflictos de interés como prohibición de contratar genera una importante limitación del alcance objetivo con respecto al articulado de la Directiva 2014/24, ya que las legislaciones referidas en el artículo 71.1.g) de la Ley 9/2017 únicamente regulan en la mayoría de los casos —salvo en el caso del alto cargo— aquellos conflictos

(69) Así se desprende de los artículos 1 de la Ley 3/2015, 2 de la Ley 53/1984 y 55 de la Ley 5/1985.

(70) Ya que tanto la Directiva 2014/24, en su artículo 2.1, como la Ley 9/2017, en su artículo 3.1.i), contemplan dichas entidades como entidades adjudicadoras y por ende sujetos pasivos de la Ley, incluidas las disposiciones relativas al conflicto de interés.

(71) D. BERBEROFF (2018: 176); T. MEDINA ARNÁIZ (2018: 752-753).

(72) T. MEDINA ARNÁIZ (2017: 165).

de intereses directos, es decir, aquellos en los que son las propias actividades del empleado público las que, en una relación directa con la Administración, generan un conflicto de interés. Y en todo caso, para aquellos conflictos indirectos, el legislador establece supuestos tasados en los que se contemplarán como prohibición de contratar: «cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad» [y que, además, limita a aquellos casos en los que las personas afectadas sean los titulares de los órganos de contratación]. De esta forma, la redacción del artículo 71.1.g) está dejando irremediabilmente fuera de su alcance otros múltiples tipos de conflictos de interés indirectos a los que se ha hecho referencia, como aquellos generados por relaciones no familiares en las que no existe soborno o intercambio de prestaciones directo: derivados de la financiación de partidos políticos, de la actividad en el mercado de empresas no licitadoras, la pertenencia círculos sociales, etc. (73).

El legislador español, en su afán por positivizar las causas de exclusión, comete dos errores a nuestro juicio capitales: primero, tratar de realizar una lista exhaustiva, *numerus clausus*, de las situaciones que pueden dar lugar a un conflicto, cuando lo cierto es que detallar las caras de este fenómeno representa una verdadera quimera; y en segundo lugar, acometer dicha sistematización a través de referencias a normas sobre conflictos de interés e incompatibilidades de carácter administrativo general, y que no están concebidas para su aplicación a un entorno con las particularidades de la contratación pública (74).

Adicionalmente, conviene recordar que, de acuerdo con nuestro TS y otros órganos consultivos (75), las causas de exclusión tienen un carácter tasado (76), lo que impide que pueda excluirse a un licitador por causas diferentes a

(73) No sólo eso, sino que el legislador parece olvidar, en su remisión a legislaciones de incompatibilidad, incluir como causas de exclusión algunos casos de conflictos de intereses —contemplados como abstención y recusación— regulados en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, que son aplicables, al menos, a los miembros de las mesas de contratación de las AP, y que de acuerdo al razonamiento expuesto en estas páginas, no podrá dar lugar a exclusión si no se corresponde con alguna de las legislaciones citadas por la Ley 7/2017.

(74) A modo de ejemplo de un conflicto de interés indirecto nacido en un prestador de servicios externo, que estaría fuera del ámbito de aplicación de las causas de exclusión de la LCSP17, véase Resolución 070/2015, de 3 de julio de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en relación con el recurso especial interpuesto por ESTUDIO DE RENOVACIÓN Y DESARROLLOS URBANOS, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de «Redacción del Plan General de Ordenación urbana de Sopela», en la empresa encargada de evaluar las ofertas era a su vez colaboradora en un contrato vigente con uno de los licitadores evaluados

(75) STS de 2 de octubre del 2000, RJ 2000\8598; Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, informes 4/2009 y 6/2013.

(76) D. BERBEROFF (2018: 176); T. MEDINA ARNÁIZ (2018: 752-753).

aquellas previstas legalmente, o lo que es lo mismo, que en efecto, todos aquellos conflictos de interés señalados en páginas anteriores que no pueden ser enmarcados en la enumeración del artículo 71.1.g), no podrían derivar, en principio, en exclusión del licitador. Esto, en la práctica, llevaría a que, a pesar del mandato que el artículo 64 y la normativa comunitaria dirige a los poderes adjudicadores para luchar y prevenir los conflictos de interés, estos pueden encontrarse desprovistos de las herramientas necesarias en aquellos casos no contemplados como causa de exclusión y en los que ninguna otra medida sea plausible para poner fin a la situación anómala.

3. La obligación de excluir

Por último, puede hacerse, aún, otra objeción más —quizá la principal— a la regulación nacional de las causas de exclusión referente a la «obligación de excluir» presente en la causa de exclusión basada en conflictos de interés del artículo 71.1.g).

En este sentido, el TJUE ya se ha posicionado en otras ocasiones en relación a la posibilidad de que el legislador nacional elimine la aplicación del principio de proporcionalidad en un caso de conflicto de interés concreto, en particular en el asunto *Michaniki AE*, aunque como veremos, dicha interpretación se refiere al anterior paquete de directivas, lo cual, como veremos, tiene importantes implicaciones. La sentencia trataba de dilucidar si una norma nacional que preveía la exclusión automática por incompatibilidad en aquellos casos en los que uno de los licitadores en el procedimiento de contratación es a su vez propietario, socio, accionista principal o directivo de una empresa de medios de comunicación, y en ella, el TJUE concluyó que «conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho comunitario [...] una norma que establece una incompatibilidad general entre el sector de las obras públicas y el de los medios de comunicación [...] excede de lo necesario para alcanzar los objetivos invocados de transparencia y de igualdad de trato» (77). Del mismo modo, el AG, en la Sentencia TJUE

(77) TJUE, asunto C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulío Radioteleorasis*, de 16 de diciembre de 2008, apartados 48, 62 y 63; En el mismo sentido se ha pronunciado el TJUE sobre una norma nacional —italiana— que preveía la exclusión automática de aquellos licitadores que presentaran indicios de estar incurso en prácticas colusorias o de falseamiento de la competencia (en el mismo procedimiento y sin sentencia firme), al considerar que una previsión tal viola al principio de proporcionalidad de Derecho europeo STJUE, asunto C-425/14, *Impresa Edulix*, de 22 de octubre de 2015. No obstante, conviene destacar que en otras ocasiones el TJUE ha aceptado una cierta limitación del principio de proporcionalidad en determinados supuestos, si bien es cierto que se trata de causas de exclusión, como el impago de las obligaciones de seguridad social, que en la Directiva 2014/24 se incluye como causa de exclusión obligatoria si existe sentencia firme. Así: «El principio de proporcionalidad

C-171/15, *Connexion Taxi Services* matiza que la potestad de transposición de las Directivas por parte de los Estados Miembros debe velar, en concreto, por la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios como libertades fundamentales de la UE, y que, para ello, se debe garantizar la aplicación del principio de proporcionalidad que justifique la exclusión (78).

Así, aunque es cierto que el TJUE ha generado reiterada jurisprudencia en la que confirma la libertad de los Estados Miembros para regular la forma en la que se aplican las causas de exclusión potestativas, no es menos cierto que en dicha regulación debe respetarse el principio de proporcionalidad, que actúa así como un límite a la posibilidad de convertir determinadas causas de exclusión potestativas en obligatorias o automáticas.

En lo que concierne al conflicto de interés como causa de exclusión, anteriormente hemos puesto de manifiesto cómo la aplicación del principio de proporcionalidad a las causas de exclusión potestativas como elemento fundamental (79), elemento que aparece ausente en la normativa española, desnaturalizando las bases mismas del legislador europeo. Esto podría conducirnos a cuestionarnos si la regulación del conflicto de interés española, en tanto en cuanto impone como automática la exclusión en casos de conflicto de interés (80), podría representar también una extralimitación del legislador espa-

deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, para los contratos públicos de obras cuyo valor es inferior al umbral definido en el artículo 7, letra c), de la Directiva 2004/18, obliga a las entidades adjudicadoras a excluir del procedimiento de adjudicación de un contrato de ese tipo a un licitador responsable de una infracción en materia de pago de cotizaciones de seguridad social si la diferencia entre las cantidades adeudadas y las abonadas es de un importe superior, a la vez, a 100 euros y al 5 % de las cantidades adeudadas». En el TJUE, asunto C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici vs Comune di Milano*, de 10 de julio de 2014, apartado 41. No obstante, como decimos, el tribunal parece atribuir una especial relevancia al principio de proporcionalidad en el caso de los conflictos de interés, lo que hace improbable que este tipo de razonamiento fuera aplicado a dichos supuestos.

(78) Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE C-171/15, *Connexion Taxi Services*, apartado 44. Véanse, en este mismo sentido, las opiniones del Abogado General en el Caso C-178/16 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani and Guerrato*, Advocate 21 June 2017, apartado 53. En ellas afirma que «se desprende que el ejercicio de esta potestad por los Estados no es, sin embargo, incondicionado. Por un lado, la Unión otorga gran importancia a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, lo que la impulsa a allanar el camino para que la apertura de los procedimientos de licitación sea lo más amplia posible, designio respecto del que la aplicación de las causas facultativas de exclusión podría ser un obstáculo. Y por otro, es legítimo justificar los motivos de exclusión en objetivos de interés general, como son las garantías de fiabilidad, de diligencia, de honestidad profesional y de seriedad del licitador. Para la verificación de ese contraste de intereses, el Tribunal acude al principio de proporcionalidad».

(79) D. BERBEROFF (2018: 176).

(80) T. MEDINA ARNÁIZ (2017: 165)

ñol en el ejercicio de su discrecionalidad de transposición, en la que se podría haber vulnerado el principio de proporcionalidad, que debe servir, recordemos, según establece la propia Directiva 2014/24/UE, como eje vertebrador a lo largo de todo el procedimiento de contratación (81) y que debe observarse especialmente en toda medida relacionada con el conflicto de interés.

Así, si una entidad adjudicadora detecta un conflicto de interés de los regulados en el artículo 71.1.g) y, en aplicación del principio de proporcionalidad, decide, por ejemplo, recusar a la persona generadora del conflicto [empleado público] de su participación en el contrato, poniendo fin al conflicto, ¿es legítima esta decisión? ¿O por el contrario debe excluir al operador económico de manera automática salvo que éste demuestre que ha tomado las medidas autocorrectoras suficientes? ¿Debe interpretarse el artículo 71.1.g) de forma que permita la no exclusión del licitador en aquellos casos en los que no sea necesario para poner fin al conflicto de interés o se motive que éste no tenga incidencia sobre el desarrollo de los procedimientos?

Como decimos, una interpretación literal de lo establecido en el artículo 71.1.g) de la Ley implicaría que, en aquellos casos contemplados por la misma, el poder adjudicador debería proceder a la exclusión del licitador afectado de forma automática desde el momento en el que se tenga conocimiento de la existencia de tal situación, ya que al existir una incompatibilidad legalmente declarada carece de posibilidad de demostración en contrario (82), siendo la única opción de «no exclusión» que el operador económico, de acuerdo con lo recogido en los artículos 72.5 de la Ley 9/2017 y artículo 57.6 de la Directiva 2014/24, hubiera tomado las medidas autocorrectoras suficientes como para considerarse que ha puesto fin a tal situación de conflicto [algo que, como se ha mencionado en otros trabajos, es difícil de lograr desde la perspectiva del licitador en un supuesto de conflicto de interés (83)].

VIII. ¿SIGUEN SIENDO LOS ESTADOS MIEMBROS LOS DESTINATARIOS DE LA DISCRECIONALIDAD QUE ATRIBUYEN LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN POTESTATIVAS?

Llegados a este punto, cabe plantearse si lo anteriormente señalado —la limitación del alcance de las causas de exclusión en lo que se refiere al conflicto

(81) Artículo 18.1 de la Directiva 2014/24: «Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada».

(82) J. BERMEJO VERA (2008: 137)

(83) J. MIRANZO DÍAZ (2017a); J. MIRANZO DÍAZ (2017b: 191-205); J. MIRANZO DÍAZ (2017c).

de interés, por un lado, y la inaplicación del principio de proporcionalidad, por el otro— puede plantear dudas sobre su adecuación del precepto al derecho europeo [al menos su aplicación en contratos SARA]. Para determinar dicha adecuación, deberíamos poder responder a la pregunta sobre si estas alteraciones llevadas a cabo por parte del legislador nacional son legítimas y acordes con el derecho europeo. Se trata, por tanto, de una cuestión acerca de la discrecionalidad de los Estados Miembros en aplicación de derecho derivado comunitario.

El AG afirmó su opinión de la Sentencia TJUE C-171/15, *Connexion Taxi Services* afirmó que «la aplicación de los casos de exclusión facultativa se deja a la apreciación de los Estados miembro» [apartado 41], que pueden «acoger y, si quieren, flexibilizar los criterios de exclusión [potestativos]» [apartado 42] (84). Siguiendo el razonamiento esgrimido por el AG en el citado caso:

«[...] si corresponde a los Estados miembros definir qué causas de exclusión —entre las previstas como facultativas por la Directiva 2004/18— regirán en su propio ordenamiento, es lógico que estén habilitados para concretar las condiciones o requisitos de su aplicación. Podrán, por lo tanto, configurar esas causas con mayor o menor rigor, de modo que, si prefieren someter cada una de ellas, o solo algunas, a un juicio o contraste de proporcionalidad *ad casum*, nada en la Directiva 2004/18 lo impide» [apartado 43] (85).

El tribunal parece dejar claro, pues, que las causas de exclusión facultativas pueden o no ser transpuestas por los Estados Miembros a elección de los mismos, y que por tanto corresponde a estos, en caso de que así lo consideren, concretar las formas y criterios de aplicación (86).

Este razonamiento, además, parece haberse ratificado por los tribunales españoles, como se infiere del hecho de que, tanto el Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, como el documento sobre los efectos directos de las directivas elaborado por los tribunales administrativos de contratación pública, consideren que el efecto directo de la Directiva 2014/24 no se aplica a la causa de exclusión por conflicto de interés, por entenderse que la facultad

(84) Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE C-171/15, *Connexion Taxi Services*.

(85) Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE C-171/15, *Connexion Taxi Services*; véase también TJUE, asunto C-199/15, *Ciclat*, de 10 de noviembre de 2016, apartado 36.

(86) Así lo ha entendido parte de la doctrina también para la Directiva 2014/24. A. HUERGO LORA (2017: 223-259).

de implementarla se dirige a los Estados Miembros (87). Sin embargo, éste último punto es, entendemos, cuestionable.

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que las interpretaciones del TJUE señaladas anteriormente se refieren a la Directiva 2004/18, y el artículo 57.4 de la Directiva 2014/24 presenta ciertas novedades en la redacción. Así, mientras que el artículo 45.2 de la Directiva 2004/18, que recogía las cláusulas de exclusión potestativas, se establecía que «*los Estados miembros precisarán, de conformidad con su Derecho nacional y respetando el Derecho comunitario, las condiciones de aplicación del presente apartado*» (88); la nueva redacción prescinde del párrafo que preveía la libertad del legislador nacional para definir las condiciones de aplicación de las causas de exclusión potestativas.

Además, también se aprecia un cambio de redacción en cuanto al destinatario de la potestad de decisión. Así, la nueva redacción prevé que «*los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones [...]*», mientras que en el artículo 45.2 de la Directiva 2004/18, por el contrario el legislador se limitaba a afirmar que «*podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico [...]* (89)», sin especificar quién ostentaba la competencia de pronunciarse a tal efecto.

Los dos cambios mencionados, interpretados de forma conjunta, podrían al menos generar dudas sobre los destinatarios del artículo 57.4 de la Directiva 2014/24 o sobre el grado de discrecionalidad que el legislador europeo pretendía ceder al nacional en la aplicación y modificación de las condiciones de exclusión. Lo que sí es cierto es que esta explícita alusión a los poderes adjudicadores parece indicar que el artículo 57.4 se encuentra, por primera vez, dirigido a las entidades contratantes, y no a los Estados miembros —o, al menos, no exclusivamente—, trasladando a aquellas el poder discrecional principal a la hora de dilucidar, en cada caso concreto, si procede excluir o no al licitador en cuestión (90). Una legislación nacional que limita el alcance

(87) Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, p. 9; *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016, p. 38.

(88) Cursiva añadida.

(89) Cursiva añadida.

(90) Así lo considera también PRIESS, que enciende que la nueva redacción encierra un claro cambio de destinatario en cuanto a las medidas de exclusión (y self-cleaning) se refiere. H. J. PRIESS (2014: 112-123).

de la causa de exclusión, como sucede con la española, impidiendo, debido al carácter tasado de las prohibiciones de contratar, a la entidad adjudicadora, *de facto*, ejercer un poder discrecional que la propia Directiva parece reservarle, alimentaría las dudas expuestas sobre la adecuación al derecho del precepto nacional que analizamos.

Lo que es indudable, en todo caso, es que la Ley 9/2017 conduce a una inaplicabilidad parcial del artículo 57.4.e) de la Directiva 2014/24, así como a una limitación artificial e innecesaria del alcance y una anulación práctica del fundamental principio de proporcionalidad. Pero, lo que es más, si entendemos que la nueva redacción de las causas de exclusión, y en especial del conflicto de interés, se dirige de forma directa a los poderes adjudicadores y reduce o elimina la discrecionalidad en su transposición por parte de los Estados Miembros, admitiríamos que su alcance no puede ser modificado por estos últimos, y que por tanto la aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso de determinación caso por caso del conflicto de interés es un elemento esencial que no puede ser inaplicado por una norma nacional. Como ha afirmado MORENO MOLINA (2018: 142), la posibilidad de ponderación efectiva del principio de proporcionalidad en la adopción de medidas y el nuevo papel de las entidades adjudicadoras no pueden ser obviadas en su esencia por las legislaciones nacionales. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña lo consideró así para el caso de actos colusorios [57.4.d] e intento de influencia indebida en el proceso [57.4.i], al afirmar que «estas causas de exclusión son potestativas para los poderes adjudicadores pero se prevén en la Directiva sin dejar margen de maniobra a los estados miembros para su transposición» (91). Sin embargo, otros tribunales entendieron, como se ha mencionado, que todas las causas de exclusión facultativas iban dirigidas a los Estados Miembros y precisaban necesariamente de transposición, dejando un amplio margen discrecional al legislador nacional.

En todo caso, aunque entendiéramos que los Estados Miembros disponen aún de un cierto poder discrecional, podría cuestionarse si el principio de proporcionalidad, en tanto en cuanto ha sido expuesto como principio general por parte de la Directiva (92) y como elemento esencial en la aplicación de causas de exclusión facultativas, puede convertirse en estéril por medio de legislación nacional sin que esto suponga un quebranto del derecho europeo de la contratación pública y de las libertades de derecho originario que los

(91) Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente), pp. 19-20.

(92) Artículo 18.1 Directiva 2014/24, así como el considerando primero de la misma norma, que establece que la adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios [de] proporcionalidad y transparencia.

principios pretenden garantizar (93). El TJUE ya ha proclamado, en relación a otras causas de exclusión como las relativas al falseamiento de la competencia [Artículo 57.4.d], la prohibición de que una ley nacional deje inaplicable el principio de proporcionalidad a través de una obligatoriedad de excluir (94). Un enfoque que ha sido ratificado de forma definitiva en el caso *MecaSrl* con respecto a una falta profesional grave (95), en el que el TJCE declaró que si los poderes adjudicadores quedaran vinculados automáticamente por la evaluación realizada por un tercero, sería difícil que preste especial atención al principio de proporcionalidad al aplicar los motivos de exclusión, y que por tanto, «el Derecho de la Unión se opone a todo automatismo en cuanto concierne a la decisión de exclusión facultativa de un licitador por falta profesional grave, ya que tal decisión de exclusión necesariamente debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad» (96). En el caso de los conflictos de interés, en los que el texto de la Directiva hace especial insistencia en la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad, el TJUE ha venido expresando la necesidad de que tanto la existencia de estos como el estudio de las actuaciones necesarias para su control deben ser apreciadas individualmente en cada caso (97) en base a un cierto margen discrecional, huyendo, de la misma manera que en aquellos casos de falseamiento de la competencia, de automatismos impuestos al poder adjudicador. Algo que, además, actúa como uno de los elementos sustanciales de la regulación comunitaria, ya que de ello depende la efectiva traslación de responsabilidad en la detección y gestión de conflictos de intereses a los órganos de contratación y la transformación de éstos en sujetos activos dentro de la lucha contra la corrupción.

IX. CONCLUSIONES: LAS DIFERENCIAS DE APROXIMACIÓN COMO ORIGEN DE LAS INCOHERENCIAS

Mientras el derecho de la contratación pública europeo ha apostado de forma decidida —y a nuestro juicio, acertada— por una aproximación funcional y flexible al conflicto de interés, que responde a las complejidades tanto del fenómeno como del sector a regular, el legislador español parece resuelto a mantener un sistema prescriptivo de la regulación, basado en las incompatibilidades del empleado público. Para garantizar una aplicación efectiva

(93) Véase nota al pie 67.

(94) TJUE, asunto C-144/17, *Lloyd's of London*, de 8 de febrero de 2018.

(95) En este caso, el sistema nacional italiano prohibía la exclusión de un licitador que hubiera reclamado la resolución o sentencia que determinaba la causa de exclusión (artículo 80(5)(c) del «Codice dei contratti pubblici»).

(96) TJUE, asunto C-41/18, *Meca Srl vs Comune di Napoli*.

(97) TJUE, asunto T292/15, *Vakakis*, de 28 de febrero de 2018, apartado 74.

del marco legal europeo y llevar a cabo una política de supervisión real por parte de las entidades adjudicadoras, debemos entender que el conflicto de interés no coincide con el de incompatibilidad del empleado público, pues una incompatibilidad implica siempre un conflicto de interés, pero no al revés, y del mismo modo, ni la una ni la otra tienen por qué corresponderse con una prohibición de contratar (98). El Observatorio de los Contratos Públicos, por su parte ya advirtió, en un documento elaborado por algunos de sus miembros, al legislador español sobre la necesidad de clarificar y distinguir las nociones de incompatibilidad, conflicto de intereses y prohibición de contratar, que no tiene por qué corresponderse entre sí, de forma que se puede excluir a un operador que no está incurso en incompatibilidad, o no excluir a un licitador que experimenta un conflicto de interés. El texto literal del informe advertía:

Se propone revisar la redacción del artículo 71.1.g) para proceder a la necesaria distinción entre prohibición de contratar, incompatibilidades y conflicto de intereses. Las dificultades de interpretación de las causas de incompatibilidad que permiten apreciar la existencia de una prohibición de contratar han provocado un gran número de resoluciones de las Juntas consultivas de contratación pública sobre todo en relación con el ámbito de la contratación local.

Por ello, sería recomendable que en vez de remisiones a la legislación en materia de incompatibilidades que dificultan la comprensión del texto, se adoptase una «regulación sustantiva, concreta y específica, que también establezca el procedimiento para detectar, evitar y resolver los eventuales conflictos de intereses» (como ya se había sugerido en el Informe 16/2014, de 17 de diciembre, Junta Consultiva Contratación Administrativa de Cataluña) (99).

(98) Las incompatibilidades corresponderían, pues, con determinados conflictos de interés que se consideran especialmente gravosos o evidentes. OCDE (2003), *Managing Conflict of Interest in the Public Service: OECD guidelines and country experiences*. Paris: OECD Publications service, pp. 62 y ss. El Observatorio de los Contratos Públicos, por su parte ya advirtió al legislador español sobre la necesidad de clarificar y distinguir las nociones de incompatibilidad, conflicto de intereses y prohibición de contratar, que no tiene por qué corresponderse entre El texto literal del informe advertía:

«Se propone revisar la redacción del artículo 71.1.g) para proceder a la necesaria distinción entre prohibición de contratar, incompatibilidades y conflicto de intereses. [...] Por ello, sería recomendable que en vez de remisiones a la legislación en materia de incompatibilidades que dificultan la comprensión del texto, se adoptase una «regulación sustantiva, concreta y específica, que también establezca el procedimiento para detectar, evitar y resolver los eventuales conflictos de intereses»

J. M. GIMENO FELIÚ y J. A. MORENO MOLINA (2017); A. A. BARRETO MORENO (2017); en el mismo sentido, véase T. MEDINA ARNÁIZ (2017: 164).

(99) GIMENO FELIÚ, J.M. y MORENO MOLINA, J.A. (Dir.), *Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el 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 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)*. Observatorio de Contratación Pública, 30 de enero de 2017

La tipificación exhaustiva de supuestos de conflicto de la Ley 9/2017, reduce el alcance de su aplicación y modifica los principios básicos que el derecho europeo prevé para la misma.

Otros ordenamientos europeos, como Italia —artículo 80.4.d) del Codice dei contratti pubblici (100)— o Francia —artículo L2141-10 del Code de la Commande Publique (101)—, han transcrito de forma casi literal el texto de la Directiva 2014/24 a su normativa nacional, de forma que se hace depender el alcance de las causas de exclusión de la definición de conflicto de interés, y la competencia sobre su apreciación en cada caso concreto se atribuye a la entidad adjudicadora. La transposición a nuestro derecho nacional de las prescripciones comunitarias relativas al conflicto de interés evidencia, a nuestro juicio, que el legislador no ha comprendido —o no ha querido comprender— el fin último perseguido por las mismas, que no es otro que la cesión de responsabilidad [y discrecionalidad] a la entidad adjudicadora hacia la evaluación de los conflictos de interés, de forma que se facilite la adopción de medidas adaptadas a las necesidades concretas de cada caso. Algo que, además, se pone de manifiesto expresamente por la reciente jurisprudencia del TJUE que, por un lado, se opone a todo automatismo en la aplicación de causas de exclusión facultativas, y por otro, reconoce, por vez primera, y el traslado de responsabilidad a los órganos de contratación en esta materia, incluyendo la posibilidad de condenar a la Administración a indemnizar a los licitadores cuando la actuación de aquella fue manifiestamente insuficiente o deficiente.

Al sustentarse en aproximaciones diferentes, la regulación europea y española sobre el conflicto de interés colisionan desde la base inspiradora de las mismas. Mientras la perspectiva prescriptiva del conflicto de interés del legislador español encuentra su fundamento último en origen sancionador de las prohibiciones de contratar, que precisa de una esencial positivización, un importante grado de detalle y una actuación meramente mecánica o pasiva de la entidad adjudicadora en su aplicación, el legislador europeo parece fundar su regulación en la teoría de la discrecionalidad administrativa, mucho más flexible, que deriva una gran responsabilidad de aplicación sobre el órgano de contratación y que basa su examen en la aplicación directa de los principios del derecho sobre su actuación.

(100) El texto que regula la causa de exclusión establece: *«la partecipazione economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile*. Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

(101) En el caso francés, la Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 establece: *L'acheteur peut exclure de la procédure de passation du marché les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens*.

No obstante, a nuestro juicio, ambas aproximaciones pueden ser compatibles, siempre y cuando los ámbitos de aplicación, alcance y fundamentos jurídicos de cada una sean claros y diferenciados. Un control de discrecionalidad a través del análisis y examen de los conflictos de interés debe tener una mayor amplitud y aspirar a alcanzar toda posible situación de conflicto, de cara a poder subsanarla en aplicación directa de los principios de integridad, buena administración y proporcionalidad. Reducir la posibilidad de exclusión a la concurrencia de casos tasados de incompatibilidades supondría limitar artificialmente un fenómeno de especial riesgo, dejando fuera de su aplicación efectiva multitud de casos grises o difusos.

Por ello, el traslado de la responsabilidad inquisidora de los órganos de control al poder adjudicador para un control efectivo a individualizado se antoja un elemento esencial de cara a la instrumentalización de los agentes intervinientes en el proceso, que debe actuar como uno de los elementos esenciales en la estrategia hacia la integridad (102).

Lo anterior no quita, sin embargo, que determinadas situaciones de conflicto de intereses, por considerarse especialmente flagrantes o riesgosas para la integridad de la Administración, puedan ser merecedoras de sanción disciplinaria o de cualquier otro tipo, lo cual deberá ajustarse a un estricto principio de legalidad y deberá ser expresamente previsto por el legislador (103). Pero, en todo caso, las causas de exclusión en materia de contratación en relación con el conflicto de intereses deben responder a un enfoque funcional del fenómeno que no ponga cerco artificialmente a su alcance.

Podría ocurrir, en este hipotético supuesto planteado de convivencia entre la aproximación de conflicto de interés e incompatibilidades, que un conflicto de interés regulado como incompatibilidad pudiera dar lugar a la imposición de sanción al empleado público afectado pero que, debido a que se han tomado otras medidas para su control y erradicación [ej., recusación del empleado en cuestión del procedimiento] no concluyera con la exclusión del operador económico afectado. Aquí radica, en nuestra opinión, el error del legislador español, el cual, al regular la causa de exclusión del conflicto de interés, lleva a cabo una normativización de la prohibición de contratar basada exclusivamente en las incompatibilidades que despoja de poder a la entidad adjudicadora en el abordaje del conflicto de interés, relegándolo a una posición pasiva, eliminando la responsabilidad que le otorga la norma europea y privando, por un lado, de aplicabilidad al principio de proporcionalidad en aquellos casos expresamente contemplados como causas de exclusión —con el posible perjuicio para los licitadores y riesgo para el principio de competencia—, y dejando, por

(102) C. YUKINS (2010: 82).

(103) H. J. PRIESS (2002: 153).

otro, inaplicable la exclusión a un determinado número de casos que, por su características subjetivas u objetivas, no están comprendidos en el precepto.

Las medidas de prevención del conflicto de interés, en definitiva, incluida en su caso la exclusión del licitador, deben ser abordadas desde una perspectiva funcional —y no formal— del fenómeno, sin perjuicio de las posibles sanciones disciplinarias que puedan derivar del caso. La diferenciación de ambas aproximaciones debe quedar clara de cara a una óptima sistematización del sistema de prevención y control de conflictos que esté en línea con el derecho europeo, lo cual obligaría, a nuestro entender, a repensar el sistema de prohibiciones de contratar actual. (104)

X. BIBLIOGRAFÍA

- AUBY, Jean-Bernard (2017): «Corruption and conflict of interest: some comparative comments», en Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ y Juli PONCE SOLÉ (2017) *Preventing corruption and promoting good government and public procurement*. Bruselas: Bruylant, 2017, pp. 123-131.
- BAENA GARCÍA, Lara (2016): *et al. La gestió dels conflictes d'interès en el sector públic de Catalunya*. Barcelona: Oficina Antifrau de Catalunya, pp. 34-36.
- BAÑO LEÓN, José María (2000): «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, n.º 151, pp. 11-38.
- BARRETO MORENO, Antonio Alejandro (2017): «Del régimen de inhabilidades e incompatibilidades al de prohibiciones y conflictos de interés en la contratación estatal, un proyecto de reforma con objetivos sancionatorios», *Revista de Derecho*, 47.
- BERBEROFF, Dimitry (2018): «La doctrina del tribunal de justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo», en José María GIMENO FELIÚ (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 163-202.
- BERGEN, Mark, DUTTA, Shantanu y WALKER, Oliver C. (1992): «Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories», *Journal of Marketing* Vol. 56, n.º 3, pp. 1-24.
- BERMEJO VERA, José (2008): «Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº Extra 10 (Ejemplar dedicado a: El derecho de los contratos del sector público), pp. 109-140.

(104) J. M. GIMENO FELIÚ (2016: 26).

- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2014): *El principio de integridad en la contratación pública: Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- COMISIÓN EUROPEA (2011): *Report from the Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique. Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*. Presentado al Presidente de la República Francesa el 26 enero 2011.
- FAZEKAS, Mihály y TÓTH, István János (2016): «From Corruption to State Capture. A New Analytical Framework with Empirical Applications from Hungary», *Political Research Quarterly*, vol. 69, Issue 2.
- FAZEKAS, Mihály y TÓTH, István János y KING, Lawrence P. (2013): «Anatomy of grand corruption: A composite corruption risk index based on objective data», *Corruption Research Center Budapest Working Paper series CRC-WP/2013:02*.
- FERNÁNDEZ MALLOL, Antonio Luis (2014): «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». *reALA nueva época*, n.º 2, 2014.
- GIMENO FELIÚ, José María (2015a): «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades. La transposición en España», en Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa. Curso de verano sobre «Las nuevas Directivas de contratación pública de la Unión Europea», Oporto, 7 de septiembre de 2015.
- (2015b): «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 *et al.* *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública (X Jornadas AEPDA)*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 37-105.
 - (2016): «La corrupción en la contratación pública», en Abraham CASTRO MORENO y Pilar OTERO GONZÁLEZ (dirs.) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Dykinson.
 - (2019): *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Principales novedades, los problemas interpretativos y sus soluciones*. Cizur Menor: Aranzadi.
- GIMENO FELIÚ, José María y MORENO MOLINA, José Antonio (dir.) (2017): *Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el 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 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)*. Observatorio de Contratación Pública, 30 de enero de 2017.

- GÓMEZ FARIÑAS, Beatriz. (2017): «Comentario a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 27 de abril de 2016. La regulación de los conflictos de intereses en la contratación pública en el marco de la cuarta generación de directivas». *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, n.º 148.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás (2019): «Reflexiones en torno a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. A propósito de las resoluciones de 14 de marzo de 2019 de la CNMC y de 10 de octubre de 2018 de la JJCP», *Actualidad administrativa*, n.º 6, 2019.
- GORBANEFF, Yuri (2003): «Teoría del Agente-Principal y el mercadeo», *REVISTA Universidad EAFIT*, n.º 129, pp. 75-86.
- GORDON, Daniel I. (2005): «Organizational Conflicts of Interest: A Growing Integrity Challenge», *GWU Law School Public Law Research Paper*, n.º 127, Febrero de 2015. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=665274>.
- HAYKEN, Gregory S. (2006): «Comparative Study: The Evolution of Organizational Conflicts of Interest Law in Europe and the United States», *Public Procurement Law Review*, 3, pp. 137 y ss.
- HUERGO LORA, Alejandro (2017): «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *Revista española de derecho administrativo*, n.º 182, pp. 223-259.
- IBIDAPO-OBE, Babatunde (2016): «The many faces of conflict of interests in public procurement in Nigeria», *7th public procurement research students conference*, 8 y 9 de septiembre 2016, University of Nottingham.
- JENNY, Frédéric (2005): «Competition and Anti-Corruption Considerations in Public Procurement», en OECD, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*. Paris, chapter 3, p. 31.
- JURICH, James (2012): «International Approaches to Conflicts of Interest in Public Procurement: a Comparative Review». *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, n.º 4, pp. 244 y ss
- LYON, Eve (2006): «Organizational Conflicts of Interest: A Practical Legal Issue in Implementing the Vision for Space Exploration, a View from the Trenches», *Journal of Space Law*, 32, pp. 111 y ss.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel (2016): *Contratación Pública y Transparencia: medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. Madrid: Wolters Kluwer.
- McAFEE, R. Preston y McMILLAN, John (1987): *Incentives in Government Contracting*. Toronto: Toronto University Press.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2015): «La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en José

- María GIMENO FELIÚ et al. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 383-394.
- (2016): «La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa», *Revista Vasca de Administración Pública*, 104, pp. 77-112.
 - (2017): «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista de estudios locales. Cunal*, n.º 205, 2017, pp. 156-173.
 - (2018): «Las prohibiciones de contratar», en José María GIMENO FELIÚ (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 749-802.
- MELLADO RUIZ, L. (2017): *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Valencia, Tirant lo Banch.
- MIRANZO DÍAZ, Javier (2017a): «Los conflictos de interés como causas de exclusión», *Observatorio de Contratación Pública*, Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.265/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.227d5d3ad762a4bc2021bd88188e0cac>.
- (2017b): «The procedural treatment of conflicts of interest in EU public procurement», en Guido FERRARI, Giorgio GARAU y José MONDÉJAR JIMÉNEZ *Tourism, Economy and Environment*. Oxford: Chartridge Books Oxford, pp. 191-205.
 - (2017c): «Los conflictos de interés tras las directivas de contratación De 2014», en J. M. GIMENO FELIÚ, *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 469-488.
 - (2018a): «La Ley 9/2017 y la prevención de los conflictos de intereses: consideraciones y propuestas de aplicación», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n.º 159, 2019, p. 4 y ss.
 - (2018b): *El nuevo Derecho de la UE: las medidas anticorrupción en la contratación pública*. RUIDERA, Repositorio Universitario Institucional de Recursos Abiertos. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/18751?show=full>.
 - (2019): «El necesario cambio de paradigma en la aproximación a la corrupción en la contratación pública europea: propuestas para su sistematización», *Revista General de Derecho Administrativo*, 51.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2011): *Derecho global de la contratación pública*. México DF: Ubijus.
- (2016): «La destacada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos en el año 2015», en José María GIMENO FELIÚ *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 137-167.

- (2018): «El derecho europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación estatal», en J. M. GIMENO FELIÚ, *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi,, pp. 133-161.
- MORENO MOLINA, José Antonio, PUERTA SEGUIDO Francisco Eusebio, PUNZÓN MORALEDA, Jesús y RAMOS PÉREZ OLIVARES, Alfredo (2016): *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer.
- PEIRONE, Franco (2017): «Competing Anti-Corruption Strategies for ensuring Integrity in Public Contracts: U.S. and EU systems compared», *Procurement Law Journal*, n.º 1, 23, pp. 23-39.
- PRIESS, Hans-Joachim (2002): «Distortions of competition in tender proceeding», *Public Procurement Law Review*, 11, pp. 153 y ss.
- (2014): «The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive», *Public Procurement Law Review*, n.º 3, pp. 112-123.
- REED, Quentin (2008): «Sitting on the fence: conflicts of interest and how to regulate them», *U4 ISSUE Anti-Corruption Resource Centre*.
- ROSS, Stephen A. (1973): «The economic theory of agency: the principals problem», *American Economic Review*, vol. 63, n.º 2, pp. 134-39.
- SÁNCHEZ-GRAELLS, Albert (2014): «Exclusion, qualitative selection and short-listing in the new Public Sector Procurement Directive 2014/24», en François LICHERE, Roberto CARANTA y Steen TREUMER (eds.) *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement. European Procurement Law Series*, Copenhagen: Djøf Publishing, pp. 97-129.
- (2016): «La aplicación de la teoría de agencia a la prevención de conflictos de interés en contratación pública bajo la Directiva 2014/24/UE», *Economía Industrial: análisis económico del Derecho*, n.º 398, 2016, pp. 103-110.
- SMIPLE, Abby (2015a): «Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A critical Look at the Public Sector Procurement Directive», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, n.º 3/2015, pp. 171-186.
- SMIPLE, Abby (2015b): «Conflicts of interest under EU procurement law», *OLAF/Freedom House Seminar*. Cluj-Napoca, Romania, 27 noviembre de 2015.
- SOLOVEICIK, Deividas y SIMANSKIS, Karolis (2017): «The Evolving Concept of «Conflict of Interest», in the EU Public Procurement Law», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, n.º 2/2017, pp. 112-131.
- SOUDRY, Ohad (2007): «A Principal-Agent Analysis of Accountability in Public Procurement», en Gustavo PIGA y Khi V. THAI (eds.), *Advancing Public*

- Procurement: Practices, Innovation and Knowledge-Sharing*, Boca Raton, FL, USA: PrAcademics, pp. 432-450.
- TAYLOR, James W. (1984): «Organizational conflicts of interest under the federal acquisition regulation». *Public Contract Law Journal*, 15, pp. 107 y ss.
- TREPTE, Peter (2005): «Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations», *Document prepared for the OECD Public Governance and Territorial Development Directorate, Public Governance Committee, Expert Group Meeting on Integrity in Public Procurement*. OECD Document No: Unclassified – GOV/PGC/ETH.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel (2006): «Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses un informe comparativo», *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 1, n. 1, pp. 217-255.
- WU, Hao y SUN, Xiaoqi (2014): «Managing Conflicts of Interest in China's Public Sector: Fighting Corruption at the Early Stage», *Richmond Journal of Global Law & Business*, vol. 13, n.º 1, pp. 146-169.
- YUKINS, Christopher (2010): «A Versatile Prism: Assessing Procurement Law through the Principal-Agent Model». *Public Contract Law Journal*, Vol. 40, n.º 1, pp. 63-89.