

Los principios de igualdad y transparencia en la modificación de los contratos públicos. Su sentido y alcance en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹

The principles of equality and transparency in the modification of public contracts. The meaning and scope the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union

María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo

Universidad de A Coruña. España

maria.rodriguez.martin-retortillo@udc.es

DOI: <http://dx.doi.org/10.22235/rd.v0i14.1292>

RESUMEN: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha matizado a través de su extensa jurisprudencia el significado de los principios generales de la contratación, matizando lo que ha de entenderse por el de igualdad de trato de los licitadores, el de

Recibido: 22/02/16. Revisado: 30/9/16. Aceptado: 18/10/16)

¹ Este artículo se corresponde con la comunicación presentada en el *Seminario Internacional sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción en la Contratación Pública: Instrumentos Administrativos y Penales en España y Brasil*, celebrado en el Rectorado de la Universidad de A Coruña del 13 al 17 de Julio de 2015 (Comunicación presentada con fecha 17-07-2015). Ha sido corregido y modificado conforme a las normas editoriales de la *Revista de Derecho*, para su publicación.

no discriminación por razón de la nacionalidad y el de transparencia. En este artículo se analizará su sentido en el contexto de la modificación de los contratos públicos, distinguiendo, por un lado, cuando es sustancial y cuando no reviste dicho carácter, y, por otro lado, cuando está prevista y cuando no.

PALABRAS CLAVE: principios; igualdad; transparencia; modificación.

ABSTRACT: The Court of Justice of the European Union has clarified through its extensive jurisprudence the meaning of the general principles of public procurement, clarifying what is meant by the equal treatment of tenderers, the prohibition of discrimination based on nationality and transparency. This article will analyze its meaning in the context of the modification of public contracts, distinguishing, on the one hand, when it is substantial and not substantial, and on the other hand, when it is planned and not planned.

KEYWORDS: principles; equality; transparency; modification.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Modificaciones Sustanciales 3. Modificaciones no Sustanciales 4. Modificaciones Previstas 5. Modificaciones no Previstas 6. Reflexiones Conclusivas 7. Bibliografía

1. **INTRODUCCIÓN**

Del estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) puede inferirse que el objetivo fundamental de las normas comunitarias sobre contratación pública es garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros².

Para su consecución, el Derecho comunitario aplica los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad, igualdad de trato de los licitadores y transparencia³.

El TJUE se ha preocupado por definir y clarificar el sentido y alcance de los principios de la contratación a lo largo de una extensa jurisprudencia en la que detalla minuciosamente el modo en que deben ser interpretados en aras a su correcta comprensión⁴. Así, ha puesto énfasis en señalar que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para que se garantice su respeto⁵. De igual modo continúa su argumentación afirmando que el principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica que éstas estén sometidas a las mismas

² Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, **apartado 31**; sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C26/03, Rec. p. II, apartado 44.

³ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, **apartado 32**; sentencias de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C275/98, Rec. p. I8291, apartado 31; de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C324/98, Rec. p. II0745, apartados 60 y 61; sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C496/99 P, Rec. p. I3801, apartados 108 y 109.

⁴ Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Patrimonio, Comisión Consultiva de Contratación Pública, Junta de Andalucía, *Contratación pública. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. (España: Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Patrimonio, Comisión Consultiva de Contratación Pública, Junta de Andalucía).

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 45; y C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91.

condiciones para todos los competidores⁶. A su vez, los principios de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad suponen, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que son respetados y observados escrupulosamente.

Asimismo, se ha señalado que las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél⁷. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación⁸.

Por lo que respecta al principio de transparencia, éste tiene por objeto asegurar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Por ello supone necesariamente que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones⁹.

A su vez, se ha señalado reiteradamente en la jurisprudencia que el principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de modo que, por un lado, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otro lado, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata¹⁰.

El TJUE también insiste en la exigencia relativa a que los poderes adjudicadores que deseen recurrir a la concesión de obras públicas den a conocer su intención a través de un

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construcción, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34.

⁷ Sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 y 17; sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48.

⁸ Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 61 y 62; sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21; sentencia de 13 de abril de 2010, caso "Wall", asunto C-91/08, apartado 36.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 111.

anuncio que debe contener el objeto principal y los adicionales, la descripción y el lugar de las obras de la concesión y la cantidad o extensión global de las mismas¹¹.

Asimismo esta obligación de publicidad asegura un nivel de concurrencia que el legislador de la Unión Europea considera satisfactorio en el ámbito de las concesiones de obras públicas, ya que implica la posibilidad de comparar las ofertas y es acorde con los principios de igualdad de trato y transparencia, ya que “mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular consecuentemente su oferta”¹².

Se remarca que “aun cuando se admitiera que todos los licitadores entendieran de la misma forma su libertad de iniciativa, no es respetuoso con la Directiva 93/37 adjudicar sin transparencia alguna un contrato de concesión de obras públicas que incluye trabajos denominados «complementarios» que por sí solos constituyen «contratos públicos de obras» en el sentido de esa Directiva, y cuyo valor supere el umbral que allí se establece”, ya que de no ser así dichas obras se sustraerían a la obligación de publicidad y a toda forma de competencia y no sería posible comparar las ofertas¹³.

2.

MODIFICACIONES SUSTANCIALES

Para garantizar la transparencia y la igualdad, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público realizadas durante su validez constituyen una nueva adjudicación cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y ponen de manifiesto la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato¹⁴.

Por lo que respecta al alcance de la modificación de un contrato en vigor, ésta puede considerarse sustancial¹⁵:

¹¹ Sentencia de 22 de abril de 2010, “Comisión Europea contra Reino de España”, C423/07, apartados 54 y 55.

¹² Sentencia de 22 de abril de 2010, “Comisión Europea contra Reino de España”, C423/07, apartado 58.

¹³ Sentencia de 22 de abril de 2010, “Comisión Europea contra Reino de España”, C423/07, apartados 70 y 71.

¹⁴ Sentencia de 19 de junio de 2008, “Presstext”, C454/06, **apartado 34**; sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C337/98, Rec. p. 18377, apartados 44 y 46.

¹⁵ Sentencia de 19 de junio de 2008, “Presstext”, C454/06, **apartados 35 a 37**.

- a) cuando introduce condiciones que de haber figurado en el procedimiento de adjudicación inicial habrían permitido la participación de otros licitadores además de los admitidos inicialmente o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicial
- b) cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios no previstos inicialmente
- c) cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario de un modo que no estaba previsto en el contrato inicial.

El TJUE recuerda que¹⁶

(...) al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato (véanse, por analogía con los contratos públicos, las sentencias de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46, y de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 34).

Asimismo, insiste en que la modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede reputarse sustancial cuando introduce condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada¹⁷.

De este modo,

(...) cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento

¹⁶ Sentencia de 13 de abril de 2010, caso “*Wall*”, asunto C-91/08, apartado 37.

¹⁷ Sentencia de 13 de abril de 2010, caso “*Wall*”, asunto C-91/08, apartado 38; sentencia de 19 de junio de 2008, “*Pressetext*”, C454/06, **apartado 35**.

de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada¹⁸.

En esta misma línea, el TJUE recalca que “si bien una oferta que no sea conforme a las condiciones estipuladas debe ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente”¹⁹.

3.

MODIFICACIONES NO SUSTANCIALES

La jurisprudencia del TJUE ha realizado una labor de clarificación a la hora de discernir qué tipo de modificaciones tienen carácter sustancial y cuáles no revisten dicho carácter.

En cuanto a las modificaciones subjetivas, en el caso “*Presstext*”²⁰ ha clarificado:

(...) que el término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

Dicho acuerdo representa una reorganización interna de la otra parte contratante que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial²¹.

¹⁸ Sentencia de 13 de abril de 2010, caso “*Wall*”, asunto C-91/08, apartado 43.

¹⁹ Sentencia de 29 de abril de 2004, “*Succhi di Frutta*”, C-496/99 P, apartado 116.

²⁰ Sentencia de 19 de junio de 2008, C454/06, **apartado 54**.

²¹ Sentencia de 19 de junio de 2008, C454/06, **apartado 45**.

Por lo que respecta a la modificación del precio, debemos recordar que se trata de una condición relevante en un contrato público²². Así, por lo que se refiere a los cambios introducidos con motivo del euro, la jurisprudencia²³ afirma:

(...) que, cuando, a consecuencia del paso al euro, un contrato existente se modifique en el sentido de que los precios inicialmente expresados en moneda nacional se conviertan en euros, no se trata de una modificación sustancial del contrato, sino únicamente de una adaptación de éste a circunstancias externas modificadas, siempre y cuando los importes en euros se redondeen conforme a las disposiciones vigentes y, en particular, las del Reglamento (CE) n° 1103/97 del Consejo, de 17 de junio de 1997, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro (DO L 162, p. 1).

Cuando dicho redondeo sobrepasa el importe autorizado por las disposiciones pertinentes, nos encontramos ante una modificación del importe intrínseco de los precios previstos por el contrato inicial y es preciso analizar si constituye una nueva adjudicación de contrato²⁴.

El hecho de modificar esta condición durante la vigencia del contrato a falta de una habilitación expresa que la contemple en los términos del contrato inicial supondría el riesgo de vulnerar los principios de transparencia y de igualdad de trato de los licitadores²⁵.

En este punto el TJUE ha señalado que “la conversión en euros de los precios de un contrato vigente puede acompañarse de un ajuste de su importe intrínseco sin que de ello resulte una nueva adjudicación de contrato, a condición de que tal ajuste sea mínimo y se justifique de manera objetiva, como ocurre en el caso de que pretenda facilitar la ejecución del contrato, por ejemplo, al simplificar las operaciones de facturación”²⁶.

En esta misma línea “no debe considerarse que el hecho de fijar, en un acuerdo adicional, descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular constituya una modificación sustancial del contrato y, por tanto, no implica una nueva adjudicación de contrato en

²² Sentencia Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, apartado 117; sentencia de 19 de junio de 2008, “*Pressetext*”, C454/06, **apartado 59**. De igual modo, las modalidades de pago constituyen una condición esencial. Así lo expresa la sentencia de 29 de abril de 2004, “*Succhi di Frutta*”, C-496/99 P, cuyo apartado 7 se remite al 77 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia: “Por consiguiente, la sustitución de manzanas o de naranjas por melocotones en pago de los suministros de que se trata y la fijación de los coeficientes de equivalencia entre estas frutas constituye una modificación importante de una condición esencial del anuncio de licitación, en concreto, las modalidades de pago de los productos que deben suministrarse”.

²³ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Pressetext*”, C454/06, apartado 57.

²⁴ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Pressetext*”, C454/06, apartado 58.

²⁵ Sentencia Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, apartado 121; sentencia de 19 de junio de 2008, “*Pressetext*”, C454/06, apartado 60.

²⁶ Vid. Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Pressetext*”, C454/06, apartado 61.

el sentido de la Directiva 92/50²⁷. A su vez, sostiene que “el aumento del descuento, cuyo efecto es reducir la remuneración percibida por el adjudicatario respecto a la inicialmente prevista, no modifica el equilibrio económico del contrato en beneficio del adjudicatario”²⁸ y que “el mero hecho de que la entidad adjudicadora obtenga un descuento más elevado sobre una parte de las prestaciones que son objeto del contrato no puede suponer una distorsión de la competencia en detrimento de licitadores potenciales”²⁹.

Por último, tampoco nos encontramos con una modificación de las condiciones esenciales cuando se efectúa una referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial³⁰.

Por lo que respecta a la modificación del plazo, la jurisprudencia del TJUE analiza si la introducción de una cláusula por la que las partes se comprometen a no resolver durante un período determinado un contrato celebrado por tiempo indefinido es una nueva adjudicación de contrato. Lo procedente en este caso es discernir si dicha cláusula debe considerarse una modificación sustancial del contrato inicial³¹. En el asunto “*Presstext*”³² llega a la conclusión de que no posee dicho carácter argumentando lo siguiente:

De los autos no se desprende que, durante el período comprendido entre el año 2005 y el año 2008, a que se refiere la cláusula de renuncia a la resolución, la entidad adjudicadora hubiera tenido, en ausencia de tal cláusula, una perspectiva concreta de poner fin al contrato en curso y proceder a una nueva licitación. Aun suponiendo que hubiera pretendido hacerlo, la duración a la que se refería esta cláusula, es decir, tres años, no era de tal envergadura como para habérselo impedido durante un tiempo excesivo en relación con el tiempo necesario para la organización de tal operación. En estas circunstancias, no está acreditado que tal cláusula de renuncia a la resolución, siempre y cuando no se reintroduzca sistemáticamente en el contrato, suponga un riesgo de falsear la competencia, en detrimento de nuevos licitadores potenciales. Por consiguiente, no puede calificarse de modificación sustancial del contrato inicial.

Por tanto, no se produce en este supuesto una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50³³.

²⁷ Vid. Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartado 87.

²⁸ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartado 85.

²⁹ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartado 86.

³⁰ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartados 69 y 70.

³¹ Sentencia Comisión/Francia, apartados 44 y 46; sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartados 34 y 76.

³² Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartado 79.

³³ Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, apartado 80.

4. MODIFICACIONES PREVISTAS

Se ha señalado que el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores requiere que todas las ofertas sean conformes a las prescripciones contempladas en el pliego de cláusulas administrativas para garantizar una comparación objetiva que tiene que respetar en todas sus fases dicho principio y el de transparencia con la finalidad de que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas³⁴.

Cabe recordar al respecto que la entidad adjudicadora debe definir en el anuncio de licitación tanto el objeto como las condiciones del procedimiento. De este modo, la entidad adjudicadora ha de atenerse escrupulosamente a las condiciones que ha fijado y que indujeron a los licitadores a participar en el procedimiento y a presentar su oferta en función de las condiciones aplicables a la licitación³⁵.

Esta obligación persiste durante la fase de ejecución del contrato, ya que únicamente podrá desvincularse de las condiciones y modalidades previstas en los supuestos mencionados en el anuncio de licitación de forma expresa. Así lo afirma el TJUE³⁶ cuando indica que:

Esta obligación persiste durante todo el procedimiento, incluso durante la fase de ejecución del contrato celebrado por la entidad adjudicadora con el licitador seleccionado. Dicha entidad tan sólo podrá desvincularse de las condiciones y modalidades previstas en aquellos supuestos expresamente mencionados en el anuncio de licitación. Por tanto, no está facultada para ejecutar de la forma que considere más apropiada el contrato celebrado con la empresa o empresas seleccionadas.

En caso de que la entidad adjudicadora desee que puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación después de haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever esta posibilidad de adaptación de forma explícita, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación, de modo que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se encuentren en condiciones de igualdad al formular su oferta³⁷.

³⁴ Sentencia de 29 de abril de 2004, "*Succhi di Frutta*", C-496/99 P, cuyo apartado 7 se remite al 72 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia; sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89, Rec. p. I-3353, apartado 37, y de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartados 54 y 70.

³⁵ Sentencia de 29 de abril de 2004, "*Succhi di Frutta*", C-496/99 P, apartado 37.

³⁶ Sentencia de 29 de abril de 2004, "*Succhi di Frutta*", C-496/99 P, apartado 38.

³⁷ Sentencia de 29 de abril de 2004, "*Succhi di Frutta*", C-496/99 P, apartado 118.

Ahondando en el sentido y alcance del principio de igualdad de trato entre los licitadores, como ya se ha señalado anteriormente, el mismo pretende favorecer una competencia sana y efectiva e impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas, lo que conlleva que estén sometidas a las mismas condiciones³⁸.

A su vez, el principio de transparencia pretende garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Requiere que las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones para que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y que la entidad adjudicadora pueda corroborar que las ofertas presentadas responden a los criterios aplicables al contrato³⁹.

5.

MODIFICACIONES NO PREVISTAS

Tal y como se ha expuesto anteriormente, la entidad adjudicadora debe definir en el anuncio de licitación el objeto y las condiciones del procedimiento, teniendo en cuenta que solamente podrá separarse de las condiciones y modalidades previstas en los supuestos contemplados en el anuncio de licitación de forma expresa.

El TJUE reitera esta idea cuando expone:

Esta jurisprudencia es aplicable al presente asunto. De ella se deduce que la Comisión estaba obligada a precisar claramente en el anuncio de licitación el objeto y las condiciones de la licitación, y a atenerse rigurosamente a las condiciones enunciadas, para que todos los licitadores dispusieran de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas. En concreto, la Comisión no podía modificar posteriormente los requisitos de licitación, especialmente los referidos a la oferta que debía presentarse, de una forma no prevista por el propio anuncio de licitación, sin violar el principio de transparencia⁴⁰.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 111.

⁴⁰ Sentencia de 29 de abril de 2004, “*Succhi di Frutta*”, C-496/99 P, que en su apartado 7 se remite al 73 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia.

No obstante, “en caso de circunstancias excepcionales acaecidas con posterioridad a la adjudicación del contrato y que hagan necesaria una adaptación de las condiciones de licitación y a falta de una cláusula en el anuncio de licitación que permita otra solución, corresponde a la entidad adjudicadora anular el procedimiento y proceder a un nuevo anuncio de licitación en el que todos los licitadores anteriores puedan participar en condiciones de igualdad”⁴¹.

Incluso cuando la decisión de adjudicación haya sido ya plenamente ejecutada en beneficio de otros competidores, un licitador conserva un interés en que se anule esa decisión para conseguir una revisión adecuada para su situación o para que se obligue a la introducción, para lo sucesivo, de las modificaciones apropiadas en el régimen de las licitaciones si se declara que es contrario a determinadas exigencias jurídicas⁴².

6. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La transparencia, cuyo papel para evitar los conflictos de intereses y la corrupción en la contratación pública ha sido analizado por la jurisprudencia comunitaria, se erige como un principio de la contratación pública en su doble vertiente de publicidad y de transparencia de los procesos de licitación, constituye una concreción del principio de igualdad y guarda una íntima conexión con el principio de competencia⁴³.

Si bien la corrupción puede darse en todas las fases de la actividad contractual del Estado⁴⁴, existen actuaciones especialmente vulnerables a este fenómeno que se pueden materializar en cada una de las etapas de la contratación pública: “en la fase de formación de la voluntad de la administración se manipula la demanda pública (aspecto interno de la corrupción), en el proceso precontractual se distorsionan los mecanismos de adjudicación

⁴¹ Sentencia de 29 de abril de 2004, “*Succhi di Frutta*”, C-496/99 P, apartado 39.

Así lo expone cuando en su apartado 7 se remite al 81 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia afirmando que: “Aun suponiendo que en la Comunidad existiera tal indisponibilidad de manzanas que pudieran ser retiradas, correspondía a la Comisión fijar en el anuncio de licitación las condiciones precisas de una sustitución de las frutas previstas para el pago de los suministros de que se trata por otras, para respetar los principios de transparencia y de igualdad de trato. De no ser así, la Comisión estaba obligada a iniciar otro procedimiento de licitación”.

⁴² Sentencia de 29 de abril de 2004, “*Succhi di Frutta*”, C-496/99 P, en su apartado 63; sentencia de 6 de marzo de 1979, *Simmenthal/Comisión*, 92/78, Rec. p. 777, apartado 32.

⁴³ Agustín Cerrillo I Martínez, *El Principio de Integridad en la Contratación Pública. Mecanismos para la prevención de los Conflictos de Intereses y la Lucha contra la Corrupción*, (Navarra: Editorial Aranzadi, SA, , 2014), 104-105.

⁴⁴ Saggi Tascabili, *La lotta alla corruzione*, (Roma: Laterza, 1998), 82; AA.VV., “Elementos de la corrupción administrativa”, en *Corrupción y cambio*, coord. José Octavio López Presa, (México: Fondo de Cultura Económica, 1998), 185.

(aspecto adjetivo de la corrupción) y finalmente el proceso culmina con la ineficiencia en la ejecución del contrato (aspecto material de la corrupción)⁴⁵.

Por lo que se refiere a esta última fase, se ha apuntado que “durante la ejecución del contrato, la corrupción puede tener diferentes manifestaciones que se traducen en los sobrecostos de las obras; el abuso de la subcontratación; la revisión de precios en relación a las ofertas anormalmente bajas; o en la expedición de facturas y documentos falsos”⁴⁶.

Por su parte, la doctrina ha remarcado que “algunas figuras creadas con buenas intenciones, como la subcontratación, el *ius variandi*, las prórrogas del plazo o la revisión de precios, son utilizadas fraudulentamente para que un contrato público pueda ser ejecutado con un contratista, objeto, plazo y precio diferentes a los pactados con la Administración”⁴⁷.

Finalmente, cabe aludir a que en España la Junta Consultiva de contratación administrativa en su Informe 28 de 1971 ha señalado la existencia de tres límites al *ius variandi*: no es conforme a Derecho, ni cabe dentro del *ius variandi*, una modificación sustancial del primitivo negocio; el ejercicio del *ius variandi* debe respetar el equilibrio de intereses que sirvió de soporte al tiempo de la adjudicación del contrato y el *ius variandi* debe estar justificado en necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto, por lo cual no debe ocultar defectos de previsión o errores del proyecto que con un estudio más cuidadoso se hubieran evitado⁴⁸.

Para citar este artículo: Rodríguez Martín-Retortillo, María del Carmen, El principio de igualdad y transparencia en la modificación de los contratos públicos”, *Revista de Derecho* 14 (dic. 2016), 143-157

⁴⁵ Carlos Guillermo Castro Cuenca, *La corrupción en la contratación pública en Europa, Grupo de estudio contra la corrupción*, (España: Universidad de Salamanca, Ratio Legis, 2009), 59.

⁴⁶ Cerrillo I Martínez, *El Principio de Integridad en la Contratación Pública*, 47.

⁴⁷ Castro Cuenca, *La corrupción en la contratación pública en Europa, Grupo de estudio contra la corrupción*, 21-22.

⁴⁸ Castro Cuenca, *La corrupción en la contratación pública en Europa, Grupo de estudio contra la corrupción*, 87.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. 1998. Elementos de la corrupción administrativa. En *Corrupción y cambio*, coord. José Octavio López Presa, 185. México: Fondo de Cultura Económica.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo. 2009. *La corrupción en la contratación pública en Europa, Grupo de estudio contra la corrupción*. España: Universidad de Salamanca, Ratio Legis.
- 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*. Navarra: Editorial Aranzadi, SA.
- Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Patrimonio, Comisión Consultiva de Contratación Pública, Junta de Andalucía. *Contratación pública. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. España: Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Patrimonio, Comisión Consultiva de Contratación Pública, Junta de Andalucía.
- Sentencia de 6 de marzo de 1979, Simmenthal/Comisión, 92/78, Rec. p. 777, apartado 32.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89, Rec. p. I-3353, apartado 37.
- Sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartados 54 y 70.
- Sentencia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C275/98, Rec. p. I8291, apartado 31.
- Sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C337/98, Rec. p. I8377, apartados 44 y 46.
- Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C324/98, Rec. p. I10745, apartados 60, 61 y 62.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34 y 111.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 45 y C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91.
- Sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C496/99 P, Rec. p. I3801, apartados 7, 37, 38, 39, 63, 108, 109, 110, 111, 116, 117, 118 y 121.
- Sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C26/03, Rec. p. II, apartado 44.

Sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 y 17.

Sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48.

Sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21.

Sentencia de 19 de junio de 2008, “*Presstext*”, C454/06, **apartados 31, 32, 34, 35, 36, 37, 45, 54, 57, 58, 59, 60, 61, 69, 70, 76, 79, 80, 85, 86, 87.**

Sentencia de 13 de abril de 2010, caso “*Wall*”, asunto C-91/08, apartado 36, 37, 38 y 43.

Sentencia de 22 de abril de 2010, “*Comisión Europea contra Reino de España*”, C423/07, apartados 54, 55, 58, 70 y 71.

Tascabili, Saggi. 1998. *La lotta alla corruzione*. Roma: Laterza.

