

# El principio de proporcionalidad en la contratación pública

Autora: Beatriz Gómez Fariñas

Editorial Marcial Pons /2021

www.librotecnia.cl

## ÍNDICE

<b>LISTA DE ABREVIATURAS</b> .....	9
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	11
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	13

### PRIMERA PARTE

### EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

<b>CAPÍTULO I. LOS PRINCIPIOS GENERALES Y SU IMPORTANTE PAPEL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS</b> .....	23
1. LA DERIVACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL TFUE .....	25
1.1. La aplicación de los principios generales a los contratos excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas europeas sobre contratación pública .....	30
1.2. Los principios generales como límites a las medidas restrictivas de las libertades del TFUE .....	34
1.2.1. La existencia de una razón legítima que justifique la restricción .....	37
1.2.2. El principio de proporcionalidad como elemento determinante de la admisibilidad de la restricción .....	39
1.2.3. Algunas reflexiones sobre el asunto <i>RegioPost</i> : ¿el principio de proporcionalidad relegado al olvido? .....	46
2. LOS PRINCIPIOS GENERALES COMO FUNDAMENTO DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	52

**CAPÍTULO II. LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA..... 63**

1. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL NUEVO PARADIGMA EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS ..... 64
  - 1.1. El reconocimiento implícito del principio de proporcionalidad en la Directiva 2004/18/UE ..... 64
  - 1.2. El afianzamiento del principio de proporcionalidad tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE..... 66
  - 1.3. Los motivos de la reciente positivización del principio de proporcionalidad en la normativa europea sobre contratos públicos..... 68
2. LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO EUROPEO..... 76
3. LA DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ..... 81
  - 3.1. La redacción de los pliegos de condiciones y su consideración como «ley del contrato» ..... 86
  - 3.2. La aplicación de las condiciones previstas en los pliegos debe respetar el principio de proporcionalidad..... 91
  - 3.3. La ausencia de criterios específicos que faciliten la aplicación del principio de proporcionalidad ..... 94

SEGUNDA PARTE  
**LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN (I). LA PREPARACIÓN DEL CONTRATO**

**PLANTEAMIENTO ..... 99**

1. EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN COMO MECANISMO DE TOMA DE DECISIONES PROPORCIONADAS ..... 99
2. SELECCIÓN DE LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES DESDE LA ÓPTICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ..... 104

**CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO ..... 107**

1. LA DIVISIÓN DEL CONTRATO EN LOTES: DE EXCEPCIÓN A REGLA GENERAL..... 109
  - 1.1. La obligación de justificar la no división del contrato en lotes: el principio *divide or explain* ..... 113
  - 1.2. El relevante papel del principio de proporcionalidad en el diseño de los lotes..... 118

- 1.3. Limitaciones en la presentación de ofertas y la adjudicación de los lotes ..... 121
- 2. LA AGREGACIÓN DE LA DEMANDA COMO MECANISMO PARA LOGRAR UNA MAYOR EFICIENCIA DE LAS COMPRAS PÚBLICAS ..... 124
  - 2.1. La utilización de acuerdos marco como sistema de racionalización de la contratación ..... 126
  - 2.2. El sistema dinámico de adquisición como alternativa al acuerdo marco..... 127
  - 2.3. Límites a la duración de los acuerdos marco ..... 128
- 3. LA NECESARIA CONCILIACIÓN ENTRE LA DIVISIÓN EN LOTES Y LAS TÉCNICAS DE AGREGACIÓN DE LA DEMANDA..... 130

**CAPÍTULO IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PROCESO DE SELECCIÓN CUALITATIVA DE LICITADORES..... 133**

- 1. LA DEBIDA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO ELEMENTO CLAVE A LA HORA DE VALORAR LA APTITUD Y FIABILIDAD DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS . 133
- 2. LA EXCLUSIÓN DE LICITADORES PARA PRESERVAR LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA, LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO ..... 136
  - 2.1. La aplicación de las causas que impiden contratar con el sector público..... 139
    - 2.1.1. Los motivos de exclusión obligatorios..... 140
    - 2.1.2. Los motivos de exclusión facultativos ..... 144
    - 2.1.3. La regulación de las prohibiciones de contratar en la LCSP: cuestiones problemáticas ..... 149
  - 2.2. La determinación de la duración de la prohibición..... 158
  - 2.3. La elusión de la prohibición de contratar mediante la adopción de medidas de autocorrección o *self-cleaning* ..... 161
    - 2.3.1. Concepto y regulación de las medidas de autocorrección.... 162
    - 2.3.2. Las medidas de autocorrección como alternativa a la exclusión del procedimiento de contratación..... 170
    - 2.3.3. La valoración de las medidas adoptadas por el operador económico ..... 172
    - 2.3.4. Supuestos de inaplicación de las medidas de autocorrección ..... 175
- 3. LA EXCLUSIÓN DE LICITADORES POR NO REUNIR LOS REQUISITOS DE SOLVENCIA ESTABLECIDOS EN LOS PLIEGOS DEL CONTRATO..... 177
  - 3.1. Los requisitos de solvencia económica y financiera ..... 179
    - 3.1.1. La limitación del volumen de negocios anual mínimo ..... 181
    - 3.1.2. Los medios de prueba de la capacidad económica y financiera ..... 184

3.2.	Los requisitos de solvencia técnica o profesional .....	186
3.2.1.	La experiencia previa como criterio de selección .....	188
3.2.2.	La adopción de medidas de gestión ambiental y su certificación .....	192
3.2.3.	La adscripción de medios como requisito adicional a la clasificación .....	196
3.3.	La necesaria proporcionalidad de la limitación de la integración de la solvencia con medios externos .....	198
4.	LA ACREDITACIÓN DOCUMENTAL DEL CUMPLIMIENTO DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN CUALITATIVA .....	201
4.1.	La declaración responsable como evidencia preliminar de la aptitud y fiabilidad de los licitadores .....	203
4.2.	El contenido de la declaración responsable: el Documento Europeo Único de Contratación .....	205
4.3.	La declaración unilateral del licitador como medio de prueba subsidiario.....	207

### TERCERA PARTE

## LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN (II). LA ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO

<b>CAPÍTULO V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA FASE DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO .....</b>	<b>211</b>
1. LA PROPORCIONALIDAD EN EL DISEÑO Y LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN .....	213
2. LA INCLUSIÓN DE CONSIDERACIONES SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.....	216
2.1. La atribución de un peso específico a los criterios de adjudicación del contrato.....	219
2.2. La utilización de etiquetas ecológicas en la adjudicación del contrato .....	222
3. EL TRATAMIENTO DE LAS OFERTAS ERRÓNEAS O DEFECTUOSAS .....	224
3.1. La configuración de la subsanación de ofertas en el Derecho europeo: una facultad reservada para supuestos excepcionales.....	226
3.2. La regulación en el ordenamiento jurídico español: una postura continuista .....	229
3.3. La incidencia del principio de proporcionalidad en la corrección de errores.....	231
3.4. Acerca de la posibilidad de supeditar la corrección de errores al abono de una sanción pecuniaria .....	234

4. EL RECHAZO DE OFERTAS COMO CONSECUENCIA DE LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO .....	237
4.1. La participación del licitador en las labores preparatorias del contrato .....	238
4.2. La existencia de prácticas colusorias en el procedimiento de contratación .....	240
4.3. La presentación de ofertas anormalmente bajas .....	244

**CAPÍTULO VI. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO .....** 249

1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO ELEMENTO DE MODULACIÓN DE LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	249
2. EL <i>IUS VARIANDI</i> DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: DE PRERROGATIVA FUNDAMENTADA EN EL INTERÉS GENERAL A POTESTAD SUPEDITADA AL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	252
2.1. La incidencia del principio de proporcionalidad en la modificación de las condiciones del contrato .....	255
2.2. El reequilibrio económico del contrato como mecanismo de compensación del <i>ius variandi</i> .....	258
3. LA IMPOSICIÓN DE PENALIDADES COMO RESPUESTA AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA.....	260
3.1. La regulación de las penalidades en la LCSP .....	261
3.2. Las penalidades como alternativa a la resolución contractual: la necesaria mesura en su diseño y aplicación .....	263
4. LA FACULTAD RESOLUTORIA DEL CONTRATO COMO <i>ULTIMA RATIO</i> .....	265

**CAPÍTULO VII. UNA PROPUESTA PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: LA ELABORACIÓN DE UNA GUÍA PRÁCTICA .....** 267

1. PLANTEAMIENTO .....	267
2. EL MODELO DE LOS PAÍSES BAJOS: LA <i>GIDS PROPORTIONA-LITEIT</i> .....	268
2.1. Planteamiento de la guía .....	270
2.2. El carácter vinculante de la guía: el principio <i>comply or explain</i> . .....	271
3. LOS FACTORES CLAVE PARA LA EFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: LA CONFECCIÓN DE UNA GUÍA PRÁCTICA Y LA APUESTA POR UNA MAYOR PROFESIONALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO .....	272