

Hacia una buena administración desde la contratación pública

De la cultura de la burocracia
y el precio a la de la estrategia y
el valor de los resultados

José María Gimeno Feliú

Derecho, buen gobierno y transparencia



Colección

Derecho, buen gobierno y transparencia

Juli Ponce
Fernando Jiménez
Germán M. Teruel
Alfonso Castro Barriga
Eva Menéndez
(dirs.)

HACIA LA BUENA ADMINISTRACIÓN
DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

DE LA CULTURA DE LA BUROCRACIA Y EL PRECIO
A LA DE LA ESTRATEGIA Y EL VALOR DE LOS RESULTADOS

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

HACIA LA BUENA ADMINISTRACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

**DE LA CULTURA DE LA BUROCRACIA Y EL
PRECIO A LA DE LA ESTRATEGIA
Y EL VALOR DE LOS RESULTADOS**

Prólogo de
Miguel Roca Junyent

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2024

Trabajo realizado en el grupo de investigación reconocido por el Gobierno de Aragón ADESTER (Derecho Administrativo de la Economía, la Sociedad y el Territorio), proyecto S22_23R (BOA núm. 80 de 28/04/2023) y el proyecto de investigación PID2023-150327NB-I00: *Hacia la buena administración desde la contratación pública en el contexto de la Unión Europea de la salud*; y de la Cátedra Contratación Pública Local (Ayuntamiento de Zaragoza/Universidad de Zaragoza).

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© José María Gimeno Feliú
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
Tamayo y Baus, 7 – 28004 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-1381-934-1
Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico
MADRID, 2024

*A quienes sueñan con una sociedad mejor, más justa, más libre
y una buena administración y actúan para conseguirlo.*

*«El siglo XXI es el siglo de la buena administración»
(S. CASSESE, «Il diritto a la buona amministrazione», European
Review of Public Law, vol. 21, núm. 2, otoño de 2009, p. 1037.*

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO , por Miguel Roca Junyent	13
PRESENTACIÓN. REPENSAR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA....	17
CAPÍTULO I. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU ENCAJE INTERPRETATIVO EUROPEO	29
1. CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: SU CONCRETO SIGNIFICADO PRÁCTICO	29
2. LA NECESARIA INTERPRETACIÓN FUNCIONAL DE LA NORMATIVA NACIONAL EN CLAVE DE DERECHO EUROPEO	34
3. EL ALCANCE SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. UNA PERSPECTIVA FUNCIONAL	41
3.1. El concepto de poder adjudicador y su implicación práctica.....	41
3.2. Los límites objetivos del contrato público	48
4. LOS PARÁMETROS DE LA INTERPRETACIÓN: ALCANCE FUNCIONAL Y LÍMITES. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	54

	Pág.
CAPÍTULO II. CALIDAD Y VALOR COMO ESTRELLA POLAR DE LA BUENA ADMINISTRACION EN UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LA CIUDADANÍA.....	57
1. INTRODUCCIÓN. LA PREMISA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA ACTUACIÓN PÚBLICA MODERNA	57
2. CONTEXTO DE UNA NUEVA CULTURA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: INVERSIÓN, CALIDAD Y RESULTADO <i>VERSUS</i> AHORRO PRESUPUESTARIO Y PRECIO	59
3. LA «REEVALUACIÓN» DEL CRITERIO PRECIO Y DE LAS POLÍTICAS QUE FOMENTAN LA REDUCCIÓN DEL PRECIO COMO ELEMENTO DETERMINANTE EN TANTO COMPROMETEN LA CORRECTA PRESTACIÓN.....	64
4. LOS ODS COMO ELEMENTO IMPRESCINDIBLE DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	70
5. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO ELEMENTO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LAS PRESTACIONES PÚBLICAS.....	73
6. HACIA UNA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA «GLOBAL» SOSTENIBLE ALINEADA CON LA BUENA ADMINISTRACIÓN	79
CAPÍTULO III. LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA	87
1. LA VALIDACIÓN «INSTITUCIONAL» DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ESTRATEGIA	87
2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LA SOSTENIBILIDAD SOCIAL Y AMBIENTAL	91
3. LA NECESARIA PROFESIONALIZACIÓN Y CAPACITACIÓN COMO PRESUPUESTO DE UNA COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA.....	104
CAPÍTULO IV. BUENA ADMINISTRACION Y EJECUCIÓN CONTRACTUAL.....	111
1. EL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS COMO ELEMENTO DE BUENA ADMINISTRACIÓN	111

	Pág.
1.1. El valor del pliego en una correcta ejecución	112
1.2. Un correcto diseño de la vigilancia del contrato.....	114
2. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DE LO PACTADO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS	118
CAPÍTULO V. LA BUENA ADMINISTRACIÓN EXIGE UNA CULTURA ACTIVA DE TRASPARENCIA E INTEGRIDAD EN CONTRATACION PÚBLICA	133
1. INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ELEMENTO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN	133
2. LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO PRINCIPIO LEGAL Y ESCUDO FRENTE A LA CORRUPCIÓN.....	137
3. HACIA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS TRANSPARENTE	141
4. LA NUEVA ARQUITECTURA DEL SISTEMA DE CONTROL PREVIO VÍA RECURSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. UN MODELO DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO VINCULADO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN	153
4.1. El fundamento europeo del control de los contratos públicos	154
4.2. El sistema de control de la Ley de contratos del sector público. Una interpretación conforme a la buena administración.....	161
5. POR UNA ECUACIÓN DE LA INTEGRIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	167
6. LA NECESIDAD DE ESTABILIDAD NORMATIVA COMO ELEMENTO DE SEGURIDAD JURÍDICA	171
CAPÍTULO VI. BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA NECESARIA SINGULARIDAD EN LA ADQUISICIÓN DE PRESTACIONES DE SALUD	175
1. HACIA UN NUEVO MODELO DE VALOR Y EFICIENCIA QUE PIVOTE SOBRE EL PACIENTE.....	175
2. LA ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS AL MARGEN DE LA NORMATIVA GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. UNA OPCIÓN VÁLIDA COMPATIBLE CON LOS	

	<u>Pág.</u>
PRINCIPIOS PÚBLICOS EN LA GESTIÓN PÚBLICA EN SALUD	181
3. HACIA UN NUEVO MODELO DE ADQUISICIÓN DE SALUD QUE PONGA LA ATENCIÓN EN EL VALOR Y NO EL PRECIO.....	185
4. PROPUESTAS PARA UN NUEVO Y MODERNO MODELO DE ADQUISICIÓN DE PRESTACIONES EN SALUD ALINEADAS CON LA BUENA ADMINISTRACIÓN.....	191
CAPÍTULO VII. A MODO DE RECAPITULACIÓN.....	197
BIBLIOGRAFÍA	205

PRÓLOGO

El buen amigo y admirado Profesor José María Gimeno Feliu me solicita que prologue este tratado que lleva por título *Hacia la buena Administración desde la contratación pública*. Me cuesta mucho renunciar a este honor, pero nada me exime de excusarme por aceptarla atendida la desproporción existente entre el trabajo del Dr. Gimeno Feliu y este —que será— un prólogo que espero no llegue a desmerecer ni evaluar el excelente tratado elaborado por su autor.

Es evidente que la nueva realidad jurídico-económica exige de los poderes públicos una visión estratégica en un contexto económico globalizado donde las decisiones públicas deben, por lo demás, adecuarse a las reglas sectoriales y alinearse con las exigencias del derecho a una buena administración. Esta perspectiva del buen gobierno obliga a superar la estricta visión «administrativa» de la actuación pública, que debe dejar paso a una visión moderna que pivote en el resultado y que diseñe las decisiones públicas económicas en clave de inversión y no como gasto. Toda administración pública moderna debe ser proactiva y no meramente reactiva, procurando siempre la mejor satisfacción del interés general, lo que obliga a articular mecanismos de gobernanza pública de la actividad económica que promuevan un «crecimiento inteligente y socialmente responsable».

En el siglo XXI la función del Derecho público y de la contratación pública deben reformularse como herramienta para implementar políticas públicas tan relevantes como la sostenibilidad social y ambiental que permitan impulsar y facilitar una correcta gestión pública. Todo ello, aconseja determinar la estrella polar (en palabras del Dr. Gimeno Feliu) que oriente y facilite la navegación de la contratación pública. Una contratación pública que, en todo caso, debe estar al servicio de la ciudadanía y que por ello debe pensar en valor y resultados.

No obstante, en la actualidad, la contratación pública, pese a su trascendencia económica, social y política, viene caracterizada por una excesiva burocracia y por unos trámites innecesarios a lo que se suma la inercia a decidir

en base al precio más bajo sin contrastar la calidad ni la efectividad de la prestación.

La exigencia de calidad en la gestión pública no significa un mayor gasto, ni cuestiona en sí misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda decisión pública, de regulación o de intervención sobre el mercado. El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio.

Urge abandonar la idea del precio como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de gestión pública, en especial de las prestaciones dirigidas a personas o servicios públicos esenciales como la salud. En estos supuestos, la referencia debe ser necesariamente el valor.

Es necesario asumir que el interés general, como causa del contrato, puede aconsejar soluciones jurídicas distintas a las «ya tradicionales», donde el precio podría no ser un criterio de adjudicación y sí criterios referidos a mejor oferta técnica y mejor rendimiento. El Dr. Gimeno Feliu razona y fundamenta que la contratación pública estratégica, como resultado necesario del camino marcado por la calidad y el valor del resultado, obliga a una previa definición de la estrategia a promover, para poder fijar la mejor ruta. Contratación pública estratégica que no debe ser una mera opción, sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable, como se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza¹, donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, como motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito.

Asimismo, en esta nueva visión guiada por los parámetros de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones Europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG promovidos por Naciones Unidas, y que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno).

Así pues, la nueva realidad jurídico-económica exige de los poderes públicos una visión estratégica en un contexto económico globalizado donde las decisiones públicas deben, por lo demás, adecuarse a las reglas europeas y alinearse con exigencias del derecho a una buena administración.

El interés público (su concreta satisfacción) se encuentra en el qué y no en el quién. Lo importante es saber sumar esfuerzos, conocimientos y capacidades para conseguir el mejor resultado. Este es el verdadero fin de la Política. El carácter complementario de la colaboración público-privado y de las fórmulas contractuales públicas ha permitido con mucha frecuencia preservar

¹ Firmada el 10 de noviembre de 2021, puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>.

los estándares de calidad y equidad social en numerosos servicios de interés público relevante. Por ello, es conveniente analizar las oportunidades que esta colaboración público-privada ofrece para prestar servicios públicos de calidad, lo que exige repensar la arquitectura de la ejecución de estas fórmulas, que deben preservar el nuevo paradigma de la gobernanza pública, con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva pública de garante.

En este planteamiento, el Dr. Gimeno Feliu destaca que el pensamiento crítico del jurista debe servir para proponer soluciones que permitan un mejor funcionamiento del Derecho desde los estándares actuales de buena administración. La nueva «navegación contractual» a escala global aconseja, como sugiere el autor, un *big bang en la contratación pública para incorporar una visión disruptiva regulatoria*, que ponga el acento en la calidad. Para ello resulta necesaria una verdadera simplificación y agilidad, como nuevos referentes en el diseño y puesta en práctica de una contratación pública moderna, transformadora y proactiva, comprometida con recuperación, reconstrucción y resiliencia, que pivote sobre la sostenibilidad social y ambiental.

El trabajo del Dr. Gimeno Feliu llega en el momento oportuno. El tema que desarrolla debería marcar una prioritaria preocupación política. La necesidad de contar con la colaboración privada para atender prestaciones propias del servicio público impondrá nuevas regulaciones que no perjudiquen ni debiliten la responsabilidad política en un ejercicio tutelar del interés general. Habrá que revisar modelos y enfoques; no será una tarea fácil, pero ciertamente será una tarea imprescindible. Es bueno, por tanto, que el trabajo del Dr. Gimeno Feliu se adelante en este complejo problema, aportando propuestas, criterios y soluciones.

El Derecho al servicio de la transformación social y del compromiso público con la mejor eficiencia en la prestación de los servicios que los valores constitucionales imponen a las Administraciones públicas.

Miquel ROCA JUNYENT

PRESENTACIÓN

REPENSAR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En un escenario económico y político caracterizado en los últimos años por la globalización el debate sobre el rol institucional de los poderes públicos en la gobernanza económica resulta de gran relevancia¹. En especial para analizar si es un freno a la actividad económica y, en su caso, como debe la función de una Administración económica moderna, proactiva, que moviliza inversiones productivas, mejorar la calidad de prestación de los servicios públicos y aportar la mejor seguridad (certeza) jurídica posible lo que facilita la confianza legítima, tan importante en el ámbito de las decisiones económicas².

El contexto actual es, además, más complicado. La crisis sanitaria mundial, la situación bélica derivada de la invasión de Ucrania por Rusia han generado una notable inseguridad económica que pone en riesgo la correcta recuperación. La gestión de los fondos europeos abre nuevos caminos para la gestión pública, donde debe prevalecer una actitud pública innovadora frente a posiciones de «miedo» ante el cambio (o de respuesta meramente reactiva). Sin duda estamos en una encrucijada histórica que nos obliga a repensar la brújula de nuestra dirección en la gestión pública. Y como se intervenga en el mercado no es nada trivial³.

¹ Sobre esta cuestión, en sus distintas vertientes, me remito al libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

² Sobre el alcance del principio de confianza legítima es de especial interés S. MUÑOZ MACHADO, «Regulación y confianza legítima», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 141-172. En relación con el rol de gobernanza económica, *vid.* J. M. GIMENO FELIÚ, «La Administración pública como autoridad de regulación y como operador económico en los mercados: ¿freno o impulso de la economía?», en libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 95-124. También, sobre la buena regulación y su impacto económico, J. PONCE SOLÉ, «El derecho a una buena regulación: importancia y nuevas perspectivas», en libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 193-230.

³ J. M. GIMENO FELIÚ, «El desafío de fondos *Next Generation* como elemento de transformación de la gestión pública», en *Fondos europeos para la recuperación, transforma-*

Una correcta posición institucional de las Administraciones públicas, como instrumento dinamizador de la actividad económica al servicio de políticas públicas, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada con notables incertidumbres agravadas tras la pandemia⁴ y los recientes conflictos bélicos, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo y, muy especialmente, los mecanismos para dotar de mayor eficacia a las políticas públicas inherentes a nuestro modelo de Estado Social⁵. Máxime cuando la inversión pública supone un porcentaje cercano al 50 por 100 del PIB. La nueva Presidenta de la Comisión ha presentado su Programa político denominado «La decisión de Europa» con la finalidad política de servir de «escudo de la democracia europea». Entre varios objetivos, se propone un gran impulso a las inversiones para poder avanzar en los objetivos de las transiciones ecológica, digital y social. En relación a la contratación pública en el documento se recuerda que es necesario «hacer un mejor uso de la contratación pública, que representa el 14 por 100 del PIB de la UE. Una mejora del 1 por 100 en la eficiencia de la contratación pública permitiría ahorros por valor de 20 000 millones euros al año. Constituye una de las mejores bazas disponibles para desarrollar bienes y servicios innovadores y crear mercados líderes en tecnologías limpias y estratégicas».

Y para ello, en línea con las Conclusiones del Consejo sobre el Informe Especial núm. 28/2023 del Tribunal de Cuentas Europeo (TCE), titulado «Contratación pública en la UE. La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021» (C/2024/3521 *Diario Oficial de la Unión Europea*, 3 de junio de 2024 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202403521), se propone la «revisión de la Directiva sobre contratación pública, permitiendo que se dé preferencia a los productos europeos en la contratación pública en determinados sectores europeos en la contratación pública en determinados sectores estratégicos. Contribuirá a garantizar el valor añadido de la UE para nuestros ciudadanos, junto con la seguridad del suministro de tecnologías, productos y servicios vitales. También modernizará y simplificará nuestras normas de contratación pública, en particular teniendo en cuenta las empresas emergentes y los innovadores de la UE».

ción y resiliencia: ejecución y auditoria, Monográfico Revista Aragonesa Administración pública núm. xx, pp. 21-42.

⁴ J.M. GIMENO FELIÚ, «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública», *Revista El Cronista del estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 42-53. Sobre las disrupciones de las cadenas de suministro globales debidas al covid resulta de interés M. BACCHETTA, E. BEKKERS, R. PIERMARTINI, S. RUBINOVA, V. STOLZENBURG y, A. Xu, *Covid-19 and global value chains*, WTO, 2021 (https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd202103_e.pdf).

⁵ Así lo advierte, por lo demás, la Comisión europea en su Comunicación sobre Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE —Bruselas, de 24 de julio de 2019. C (2019) 5494 final—. Hay que recordar igualmente la importante Comunicación de la Comisión europea, Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa. Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017 COM(2017) 572 final. Debe tenerse en cuenta Reglamento (UE) 2022/1031, más comúnmente conocido como Instrumento de Contratación Internacional (ICI).

Actualizar el marco normativo de la contratación pública resulta necesario pues tras diez años existen evidentes debilidades. En concreto, las principales críticas que figuran en el referido informe son:

— La disminución de la competencia en la contratación pública en los últimos diez años, especialmente habida cuenta del gran porcentaje de adjudicaciones directas en algunos Estados miembros y de procedimientos de una única oferta.

— Sobre la base de los datos disponibles, la falta de una mejora global significativa en la consecución de los principales objetivos perseguidos por las Directivas de 2014 en el período de referencia cubierto por el Informe: contrariamente a los objetivos de la reforma de la contratación pública de 2014, el TCE observó una baja proporción de contratos adjudicados a pymes y un uso insuficiente de la contratación pública estratégica, mientras que existen variaciones a escala nacional.

— El bajo nivel de contratación directa transfronteriza.

— Las deficiencias en el seguimiento por parte de la Comisión y de los Estados miembros de la evolución del mercado de la contratación pública.

La revisión de las Directivas de contratación pública aconseja una reflexión previa sobre el instrumento normativo a utilizar. Tras cuatro paquetes legislativos anclados en el modelo de Directivas europeas y actos de transposición nacional, quizá es el momento de avanzar hacia una efectiva armonización y uniformización jurídica e nivel europeo mediante el uso del Reglamento europeo, lo que facilitará una mejor interpretación conceptual y aportará más seguridad jurídica a los operadores económicos. Un Reglamento europeo que debe asumir el carácter preceptivo de la compra pública estratégica y socialmente responsable, eliminando la burocracia innecesaria que ha generado «cuellos de botella».

Esta idea aparece ya en el Informe elaborado por Enrico Letta «Mucho más que un mercado» (abril 2024), donde se insiste en la capacidad de transformación de la contratación pública al servicio de las políticas públicas como la sostenibilidad social y ambiental o la innovación.

Para ello, mejorar la regulación, la gestión pública y simplificar los trámites procedimentales es y debe ser un rasgo de toda administración pública moderna, que, insistimos, debe ser proactiva y no meramente reactiva, procurando siempre la mejor satisfacción del interés general, lo que obliga a articular mecanismos de gobernanza pública de la actividad económica que promuevan un «crecimiento inteligente y socialmente responsable». Además, el conocido principio *better and smart regulation* aspira a una mejor y más inteligente regulación y actuación pública (que deberá respetar el modelo de distribución competencial evitando que una centralización indebida distorsione las políticas públicas de las Comunidades Autónomas o entes locales)⁶.

⁶ Hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha delimitado el alcance competencial en la sentencia 68/2021, de la que se infiere ciertos límites que parecen rebasarse con la normativa propuesta (sentencia comentada por J.M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «La cuestión competencial en el ámbito de la contratación del sector público: la delimitación de lo básico en la doctrina constitucional (STC 68/2021, de 18 de marzo)», *Revista de Administración Pública*, núm. 219, 2021,

Simplificación regulatoria que es de especial trascendencia en el ámbito de la actuación económica donde los límites del riesgo regulatorio deben ser claros y precisos. Y, como finalidad principal, se pretende una mayor seguridad jurídica⁷, a la vez que eliminar cualquier burocracia innecesaria⁸. Como ha recordado Miquel Roca Junyent, en relación con la gestión de los fondos NGEU se necesita, en la optimización de los mismos, más transparencia y la mejor protección de los derechos constitucionales y de la seguridad jurídica. Para ello hay que superar la inercia, demasiado extendida, a desarrollar una burocracia «defensiva» (como bien explica A. Bueno Armijo⁹) que en la contratación pública se encuentra especialmente extendida.

El contrato público es, por su capacidad de transformación, en tanto se movilizan importantes recursos públicos, un elemento de indudable trascendencia para poder articular de forma inteligente y proactiva las nuevas políticas públicas y sus nuevas exigencias, donde la mera declaración legal resulta por sí misma insuficiente. Por ello, la contratación pública, alejada de la perspectiva burocrática defensiva, se presenta como principal palanca de modernización y de escudo social frente a derivas más neoliberales, que ponen en riesgo el modelo social y el principio de equidad, que no puede ser salvaguardado por la mera interpelación de un precepto legal. Hoy, una administración moderna y proactiva debe saber utilizar de forma correcta el contrato público¹⁰.

pp. 189-221. Sobre la cuestión competencial me remito a mi trabajo «La Ley 3/2011, de medidas de contratos del sector público. Alcance de su contenido y valoración de sus propuestas», *Actas XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Justicia de Aragón, 2015, pp. 7-29 y A. SANMARTIN MORA en su trabajo «Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias», en libro colectivo *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*, Zaragoza, 2010, pp. 405-428.

⁷ El profesor J. A. SANTAMARÍA PASTOR es muy crítico desde hace tiempo con la «movilidad» de la normativa de contratación pública («La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2013, pp. 25 y ss.). Movilidad que parece un rasgo español también con la Ley de 2017, como he explicado en mi trabajo «El «eterno» viaje normativo de la contratación pública: tendencias y aspectos prácticos», *Revista electrónica Observatorio de contratación pública*, enero 2023 y J. A. MORENO MOLINA, «Cinco años de reforma de la LCSP», *Revista electrónica Observatorio de contratación pública*, marzo de 2023. Sobre el problema general de la seguridad jurídica derivada de la falta de estabilidad en nuestro sistema jurídico es referente la monografía de J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Madrid, Civitas, 2005.

⁸ *Papeles y papeleo* (ediciones El Cronista 2015) es el título, de por sí elocuente, del profesor italiano Luciano Vandelli, que analiza, a lo largo de la literatura, el rol de la burocracia y su evolución en la Administración pública. El papel, el papeleo innecesario, han sido referencias con las que el ciudadano ha tenido que relacionarse con la Administración, que ha encontrado en reglas y trámites formales claramente innecesarios un argumento (y argumentarios) para hacer del procedimiento administrativo una carga y no una garantía ligada al derecho a buena administración.

⁹ A. BUENO ARMJO, *La Burocracia defensiva*, Madrid, Marcial Pons, 2024. También sobre esta cuestión, muy sugerente, el trabajo de A. BOTO FERNANDEZ, «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», *Revista Documentación Administrativa* núm. 18 (INAP, enero-junio 2023).

¹⁰ La correcta utilización del contrato público, como palanca de cambio, debe servir para dar cumplimiento al mandato constitucional de transformación que deben liderar los poderes públicos en tanto se trata de conseguir optimiza la inversión pública que supone todo contrato público. La estrella polar de la contratación pública, entre otros principios que «brillan con fuerza», como la transparencia, la rendición de cuentas o la integridad, debe ser la calidad y el valor del resultado de la prestación. Y para ello no basta la Ley, sino que el efectivo rol de salvaguarda de los derechos de la ciudadanía debe articularse a través de una moderna e inteligente arquitect-

Este trabajo, al igual que sucede con la metodología *design thinking*¹¹, pretende presentar una nueva visión de la contratación pública, aparentemente disruptiva, alejada de interpretaciones formales y excesivamente economicistas para justificar una redimensión de la misma desde la lógica del derecho al buen gobierno y la buena administración (y no desde la óptica de ahorro presupuestario), que son las señas de identidad de una Administración pública democrática al servicio de la ciudadanía (tal y como se infiere del art.41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)¹². No puede haber un Estado Social óptimo sin un correcto y sincrónico funcionamiento de la actividad económica, lo que requiere una posición de liderazgo institucional público¹³. En consecuencia, las diferentes medidas de regulación o de actuación sobre la economía (como lo es, sin duda, la contratación pública) deben ser analizadas con el fin de evitar que sean un freno indebido, algo que, sin duda, sucede por interpretaciones rigoristas o excesivamente formales, alejadas de una correcta interpretación de las necesidades de interés general, que frenan las decisiones¹⁴. Esta situación, que ralentiza sin justificación material la decisión contractual (y en interés general intrínseco a la prestación) pone en riesgo la buena administración¹⁵.

Las reflexiones de esta monografía pretenden, desde una sistematización de trabajos anteriores, y la experiencia aplicativa e interpretativa de cinco

tura de la contratación pública, tal y como se sugiere por las instituciones europeas. Hoy, una administración moderna y proactiva debe saber utilizar de forma inteligente el contrato público. En esta línea resulta de interés la obra colectiva dirigida por J. PERNAS y E. DÍAZ, *El Contrato público como herramienta para la resiliencia y el cambio social. Una aproximación iberoamericana*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2024.

El profesor J. ESTEVE PARDO defiende, por el contrario, la necesidad de reforzar el principio de legalidad frente a la extensión del fenómeno del contrato al entender que, mediante la expansión de normas de matriz convencional, la privatización de funciones públicas administrativas —prestacionales o de servicio público y de intervención— con la consiguiente colonización por el contrato de esos espacios, dominio de la justicia negociada, disposición y contratación sobre derechos fundamentales, el orden constitucional del Estado de Derecho concebido bajo el imperio de la ley se está deconstruyendo a golpe de contrato. *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, Marcial Pons, 2023.

¹¹ El término *design thinking* se escuchó por primera vez en el año 1969, lo acuñó Herbert Simon (Premio Nobel de Economía). La idea fue desarrollada en 2008 por el profesor de la universidad de Stanford, Tim Brown («*Design Thinking*», *Harvard Business Review*, vol. 86, núm. 9, 2008, pp. 62-72). La Administración pública debe, al igual que con esta forma de pensamiento, orientar su función y actuación desde esta perspectiva que pretende modernizar e innovar.

¹² Este derecho se justifica en la existencia de la Unión como una comunidad de Derecho, cuyas características ha desarrollado la jurisprudencia, que consagró, entre otras cosas, la buena administración como un principio general de Derecho (véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1992, C-255/90 P, Burban, así como las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, Nölle, de 9 de julio de 1999, T-231/97, New Europe Consulting y otros).

¹³ Explica bien R. GÓMEZ-FERRER MORANT las consecuencias del Estado Social en el escenario de la Unión Europea (R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «La Unión Europea y el Estado social», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 63-81).

¹⁴ Muy clarificador el trabajo de C. FELIZIANI, «Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione», *Il diritto dell'economia*, 1/2019, pp. 155-192.

¹⁵ J. M. GIMENO FELIÚ, «La Administración pública como autoridad de regulación y como operador económico en los mercados: ¿freno o impulso de la economía?», en libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 95-124.

años de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, de servir de acicate (*nudge*) para impulsar una nueva arquitectura regulatoria e interpretativa de la contratación pública¹⁶, desde la perspectiva del derecho fundamental a la buena administración, que no es un mero mantra, sino la brújula jurídica de cualquier decisión pública y, en especial, de la contratación, en tanto herramienta para el impulso de políticas públicas al servicio de la ciudadanía.

Los contratos públicos, advertíamos ya en 2006, no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras¹⁷. Contratación pública que, como ha destacado M. Mazzucato se ha presentado, con la pandemia, como una cuestión de especial interés político¹⁸.

Es necesario avanzar hacia una visión estratégica de la contratación pública, con la finalidad de impulsar una transición «no ruidosa» hacia esta nueva gobernanza de la contratación pública que supere la «presión política» de hacer más por menos y a corto plazo¹⁹. Y de avanzar, por tanto, a una forma distinta de hacer contratación pública, que se cimiente en una adecuada planificación, la calidad de la prestación (y de su resultado), una eficaz cooperación interadministrativa, una innovadora visión del procedimiento en cuanto a su función y objetivos (donde la calidad es un paradigma irrenunciable) pensado en el mejor cumplimiento del fin público que es la causa del contrato²⁰. Y, sobre todo, a una nueva cultura de la colaboración público-privada basada en la lógica del *win/win* (sin olvidar el tercer *win* vinculado al ciudadano y la correcta prestación de la necesidad) y de la rendición de cuentas como herramientas al servicio de la buena administración (que ex-

¹⁶ J. PONCE (dir.). *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público y privado*, Madrid, Marcial Pons, 2022. Estos acicates, como se explica bien en la referida monografía, deben ayudar a mejorar la regulación, prevenir la corrupción y a un uso más inteligentes de las técnicas jurídicas.

¹⁷ Así lo advertía ya en 2006 en mi monografía *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, Madrid, Civitas.

¹⁸ M. MAZZUCATO, *No desaprovechemos esta crisis: fortalecer el sector público como premisa para la recuperación*, Galaxia Gutenberg, 2021, que dedica un capítulo a la trascendencia de la contratación pública recordando su capacidad de avanzar en innovación.

¹⁹ Se posibilita un nuevo escenario más alineado con la finalidad de nueva gobernanza que pueda servir para «atacar» el déficit público desde una nueva gestión (sin necesidad, por ello, de nuevos ajustes, recortes o incremento de la carga fiscal). Sobre la Gobernanza en la contratación pública me remito al excelente trabajo de J. A. MORENO MOLINA, «Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017, pp. 343-373.

²⁰ Al respecto, me remito al estudio colectivo J. M. GIMENO, J. TORNOS y otros, *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Barcelona, Cámara Comercio Barcelona/Esade, 2019.

plica los motivos y razones de las decisiones adoptadas y, principalmente de los resultados obtenidos)²¹.

La colaboración pública privada a través del contrato público (en cualquiera de sus modalidades) es, así, un elemento determinante para poder conseguir el óptimo estándar de satisfacción del interés general²². La prestación de servicios públicos es una nota esencial en un Estado social que pretende preservar un modelo de equidad y garantizar prestaciones a toda la ciudadanía en régimen de regularidad y continuidad. Y en su prestación ha sido una constante acudir a fórmulas de colaboración público-privada para hacer efectiva la garantía de estos servicios esenciales. Y hay que superar el maniqueísmo que confronta lo público con lo privado, a modo de némesis. Hoy a la ciudadanía le interesa el debate sobre cómo obtener la mejor prestación en parámetros de eficiencia, equidad y calidad de la actividad.

Y en ese contexto es donde hay que analizar si es conveniente, o no, utilizar como complemento para satisfacer el interés público la colaboración público-privada en la prestación de servicios públicos, recordando que con estas técnicas ha sido posible con frecuencia preservar los estándares de calidad y equidad social en numerosas actividades de interés público muy relevantes y que no habrían sido viables en gestión directa. El contexto de los fondos NGEU es clarificador al respecto, pues los mismos pivotan sobre la colaboración pública privada en sus distintas variantes²³. Si lo que se pretende es una nueva «moral pública» para evitar la «precarización de condiciones

²¹ Nada nuevo pues ya en el derecho romano, como nos recuerda Tito Livio existía colaboración pública privada. Así, en relación con el suministro de ropas y trigo para el ejército de Hispania durante la segunda guerra púnica nos señala lo siguiente: «Al llegar la fecha señalada concurren a la adjudicación tres sociedades de diecinueve personas, que pusieron dos condiciones: la primera, quedar exentos del servicio militar mientras estuviesen en aquella empresa de interés público; la segunda, que corriesen a cargo de la república los daños que pudieran causar los enemigos o la tempestad en lo que embarcasen. Aceptadas ambas condiciones, se les adjudicaron los contratos y se gestionó un servicio público con dinero privado [...] Lo mismo que se hicieron cargo de todos los contratos con generosidad, los cumplieron con escrupulosidad, y las tropas fueron atendidas con la misma largueza que cuando, como en otros tiempos, se hacía a expensas de un tesoro público bien dotado de recursos» (*Ab Urbe Condita*, XXIII, 49, pp. 1-4).

²² Me remito al libro colectivo *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Barcelona, Profit, 2017, en el cual, F. CAAMAÑO señala que un buen entendimiento de la colaboración pública privada la convierte en un instrumento fundamental para alcanzar el objetivo de mejor satisfacción del interés público (p. 36).

²³ Me remito, por todos, a J.M. GIMENO FELIÚ, «Los fondos *Next Generation*: su aplicación en España desde la perspectiva del sistema de distribución territorial», *Informe Comunidades Autónomas 2021*, Barcelona, IDP, 2022, pp. 59-90 y B. NOGUERA DE LA MUELA, «Por una contratación pública transparente y abierta en el marco de los Fondos *Next Generation* (NG EU): Algunas manifestaciones», en *Observatorio de los contratos públicos*, 2021, J.M. GIMENO FELIÚ (dir.), C. DE GUERRERO (coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 183-228. Los objetivos europeos exigen capacidad de gestión (una de nuestras principales debilidades) y adaptación de las normas jurídicas aplicables para conciliar la eficacia y rapidez en la gestión con los principios de transparencia, seguridad y buena administración. Y aconseja, también, a adoptar una actitud (y aptitud) proactiva, para aportar la mejor solución jurídica a las necesidades de la ciudadanía, sin olvidar que estos fondos europeos (y su éxito) son la nueva brújula en la toma de las decisiones públicas y de gestión práctica. Además, esta crisis sanitaria del 2020 ha enseñado que el Estado no solo es la Administración Pública (y menos la Administración General del Estado), sino toda la sociedad: más allá de apriorismos ideológicos, hay que revisar e impulsar modelos de colaboración público-privada orientados a satisfacer el interés general.

laborales» en las concesiones y contrataciones, o evitar falta de información de costes o un indebido lucro, la mejor opción es la «reformulación» jurídica de la relación concesional (por ejemplo, forma de pago de las facturas, supuestos de reequilibrio, exigencias de estabilidad de plantilla o de un mínimo de retribución, prerrogativas de inspección, o inclusión de penalidades, entre otras), lo que permitiría preservar el necesario equilibrio entre los distintos intereses públicos.

Es posible que el marco regulatorio de la contratación pública en cada país (como España) aconseje una simplificación, pero lo trascendental es impulsar la «innovación» en la práctica de la contratación pública desde una perspectiva estratégica²⁴. Las inercias y resistencias al cambio, la «petrificación» de los técnicos y soluciones jurídicas, cierta «indolencia» administrativa y empresarial, la falta de cultura de cooperación, la «confusión» conceptual, la excesiva politización en las decisiones prácticas, la inseguridad jurídica derivada de interpretaciones diversas y contradictorias, ponen en evidencia claras debilidades en los resultados pretendidos con la regulación, de especial gravedad en cuanto se afrontan situaciones excepcionales²⁵.

Conocer el contexto y depurar conceptos y principios, comprender su correcto alcance, es un presupuesto necesario para poder articular una correcta política de contratación pública²⁶. Nuevas formas de contratación pública que deben implicar también al sector empresarial, que debe asumir y alinearse con el nuevo contexto. Solo así es posible escalar las operaciones contractuales con velocidad y agilidad y permitir también incorporar los cambios del entorno empresarial para que puedan ser adquiridos por los poderes públicos. Para ello los responsables de las empresas deben estar adecuadamente formados en las singularidades de lo que es la contratación pública con la finalidad de conseguir el mejor rendimiento y la función estratégica que tiene para todas las partes afectadas²⁷.

La regulación española de los contratos públicos, ante la insuficiencia interpretativa de la LCSP mediante una indebida «petrificación» de conceptos,

²⁴ Visión que se observa también en países del sur de América, donde se reivindica la función social de la contratación pública y su necesaria vocación de promover un modelo sostenible. Por todos, L. ELIAS REIS, *Compras públicas innovadoras*, Brasil, Forum, 2022, en especial pp. 76-80 y 91-166. También E. DIAZ BRAVO, «Modernización estratégica del Estado y compra pública sostenible en Chile: cero papel y compra ágil», en libro colectivo *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 63-78.

²⁵ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ «Contratación pública en tiempos excepcionales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.

²⁶ J. M. GIMENO FELIÚ, «El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022. Esta misma opinión de una contratación pública estratégica que piensa en valor en el trabajo de R. CARANTA, «Proximidad y resiliencia: Viejos y nuevos desafíos para la contratación pública en Italia», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 64, 2023.

²⁷ Para ello, las empresas deberían contar con personas con habilidades adecuadas que lideren los sistemas de compra. Los responsables de compras deben asumir la oportunidad de una nueva forma de operar para aportar un valor significativo a la organización. Para lo que resultaría conveniente redefinir las políticas de compras públicas, con un modelo operativo de objetivos que permita superar la inercia hacia visiones cortoplacistas estrechamente integradas con las finanzas.

debe avanzar en la necesaria regeneración democrática y rediseño de la contratación pública como estrategia de liderazgo público que pivota sobre los principios de equidad, eficiencia, transparencia y buena administración. Por eso, más que nunca, necesitamos una contratación pública abierta, caracterizada por la mayor transparencia, la extensión práctica de los medios electrónicos como herramienta ineludible en la gestión de las decisiones públicas, la adecuada cooperación administrativa para desarrollar «economías de escala organizativas» y, por supuesto, una estrategia de profesionalización horizontal en la contratación pública, delimitando de forma adecuada los distintos roles y funciones en la gestión contractual. Las exigencias de eficiencia y de integridad en las decisiones públicas, como nuevos paradigmas del liderazgo institucional público, exigen la mejor transparencia en la contratación pública y, en consecuencia, la reducción a su mínima expresión de los espacios de opacidad o inmunidad, incompatibles con las exigencias de ética y ejemplaridad de nuestros tiempos²⁸.

Frente a inercias o dogmatismos, que no se resuelven con los constantes movimientos normativos²⁹, la situación «global» obliga a repensar soluciones jurídicas en la contratación pública (con vocación codificadora) que promuevan la eficacia de las políticas públicas y que concilien los intereses públicos en juego, diseñando procedimientos eficaces y eficientes (que importen las nuevas tecnologías, como los modelos *blockchain* y las posibilidades de la inteligencia artificial)³⁰, que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización empresarial³¹. Un ejemplo evidente

²⁸ J. M. GIMENO FELIÚ, «Carta a los partidos políticos - En busca de la estrella polar de la contratación pública: Calidad y valor de los resultados a través de una contratación pública estratégica al servicio de la ciudadanía», *Revista Electrónica Observatorio de la Contratación Pública*, septiembre de 2023. También de interés el libro colectivo, *Cinco años de la Ley de Contratos del Sector Público: análisis de situación y soluciones para su aplicación*, J. PINTOS (dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

²⁹ Las múltiples modificaciones en contratación pública asemejan el resultado a lo que se cuenta por Cervantes en *El Quijote*: «No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella» (Se alude a la fábula núm. 44 de *Esopo* (Fedro, I, 3), en que las ranas piden un rey a Júpiter).

³⁰ Sobre esta cuestión es un referente en España el profesor M. A. BERNAL BLAY. Puede consultarse su trabajo «Blockchain and public procurement: "I have a dream"», *European review of digital administration & law*, vol. 2, núm. 2, 2021, pp. 121-128. Sobre esta cuestión interesa igualmente la opinión de J. VALERO, «Inteligencia Artificial y contratación del sector público», en *Revista electrónica Observatorio de la Contratación Pública*, enero, 2020 y el trabajo de J. MIRANZO DÍAZ, «Inteligencia artificial y contratación pública», en el libro colectivo *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, I. MARTÍN DELGADO (dir.), 2020, pp. 105-142. La Comunicación 2023/C981/01 de la Comisión Europea, «Contratación pública: un espacio de datos para mejorar el gasto público, impulsar la elaboración de políticas basadas en datos y mejorar el acceso de las PYMES a las licitaciones» advierte que con *data mining*, ingeniería de datos, inteligencia artificial (IA), transparencia, y una adecuada comunicación se podrán optimizar las herramientas ya existentes (ej.: TED), y crear otras nuevas que mejoren la competitividad, la libre concurrencia, y las oportunidades de contratación pública para PYMES y entidades del Tercer Sector.

³¹ Así lo advierte, por lo demás, la Comisión europea en su Comunicación sobre Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE, Bruselas, de 24 de julio de 2019. C (2019) 5494 final. Hay que recordar igualmen-

es el de adquisición de medicamentos³². Pero también de servicios sanitarios innovadores³³, que aconsejan nuevas fórmulas de colaboración pública-privada propia de las exigencias de un Estado garante (frente a la vieja concepción del Estado prestacional).

Una última reflexión. Desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de «justicia social», aun en un marco de competencia entre licitadores. Es tiempo de rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico (son ya objetivos primarios) para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente «numérica e insensible» sobre los resultados. Como bien advirtió la Abogado General J. Kokott en un procedimiento judicial en la Unión Europea, «Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social». Educar el paladar de instituciones públicas y privadas y de los ciudadanos, para que pongan en valor la sostenibilidad social, es el gran reto para poder consolidar un Estado de Derecho que puede enarbolar como principal bandera la de la justicia social, objetivo fundamental del derecho a la buena administración en el siglo XXI.

En definitiva, necesitamos redefinir la cultura de contratación pública: responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora³⁴. Una contratación pública estratégica y proactiva y

te la importante Comunicación de la Comisión europea Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa, Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017 COM(2017) 572 final.

³² Optando, por ejemplo, por el sistema *open-house* utilizado en Alemania para seleccionar el precio de medicamentos reembolsables sin seleccionar un proveedor único y permitiendo la incorporación posterior de nuevos proveedores que asumiesen las condiciones establecidas (validado por la STJUE de 2 de junio de 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH vs. DAK-Gesundheit*, asunto C-410/14). Me remito a los trabajos de J. M. GIMENO FELIÚ, «La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 202, 2019, pp. 325-340, de G. GARCÍA-ÁLVAREZ, «Regulación y compra pública de medicamentos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 205, 2020 y S. Díez SASTRE, «Contratos “open-house”, comprar sin licitar», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 15, 2021, pp. 5-23.

³³ *Vid.*, J. M. GIMENO FELIÚ, «La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación», *Revista Ius Publicum*, núm. 1, 2018. Sobre la regulación del procedimiento de asociación para la innovación en España me remito, por todos, a los trabajos de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Definición del objeto contractual en la compra pública de innovación», en el libro colectivo *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 235-270 y el completo análisis de C. DE GUERRERO MANSO, «La asociación para la innovación. Nuevo procedimiento de adjudicación que permite a los órganos de contratación ser protagonistas del proceso de adquisición de bienes, servicios u obras innovadoras», en el libro colectivo *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 271-302. También el libro colectivo S. SINDE y P. BATET (coords.), *Manual Práctico de contratación pública de innovación*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 2023.

³⁴ Sin duda, la administración electrónica debe servir, asumiendo el importante rol de las nuevas tecnologías disruptivas, para mejorar la transparencia y la eficiencia (social) en la con-

no meramente reactiva, que ponga en valor la calidad de la prestación³⁵. Y, además, como advierte F. Hernández, «debemos garantizar un régimen de contratación que permita dar respuesta a las apremiantes necesidades públicas y que actúe como dinamizador de un modelo económico más sostenible, inteligente y resiliente que nos prepare mejor para afrontar futuras crisis sanitarias, climáticas, alimentarias, tecnológicas o energéticas»³⁶.

tratación pública, cuya transversalidad o carácter de política pública horizontal es cada vez más evidente. Sobre los diferentes roles del principio de transparencia, puede verse P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del *big data*», en el libro colectivo *Observatorio de contratos públicos*, 2018, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp.93-129.

³⁵ Una contratación pública que articule de forma armónica los denominados círculos de excelencia: excelencia de servicios (pensar primero en las personas), excelencia de procesos (hacer lo que toca sin burocracia indebida) y excelencia técnica (tener talento y conocimiento). La postcrisis sanitaria mundial y la situación de incertidumbre política internacional es la oportunidad para impulsar este modelo más inteligente de contratación pública.

³⁶ F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «Una ley de contratos para tiempos de crisis», *Revista electrónica Observatorio de la Contratación Pública*, enero 2021.

CAPÍTULO I

CONTEXTUALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU ENCAJE INTERPRETATIVO EUROPEO

1. CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: SU CONCRETO SIGNIFICADO PRÁCTICO

La materia de contratación pública (así como las diferentes fórmulas de colaboración público-privada) se ha convertido en una de las materias claves desde una perspectiva dogmática, directamente relacionada con las señas de identidad del Derecho administrativo, y la gestión práctica en tanto afecta a la correcta eficacia de importantes políticas públicas y tiene un claro impacto desde la perspectiva presupuestaria (o, si se prefiere, de sostenibilidad financiera)¹. Esto explica que la contratación pública —y su fundamento— ha cambiado de forma muy notable en los últimos años². De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como «herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas»³. Por ello la

¹ Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 17/2016, «Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública», Luxemburgo, 2016 (informe presentado con arreglo al art. 287, apartado 4, párrafo segundo, del TFUE).

² Sin embargo, es necesario un auténtico *big bang*, que permita un cambio de modelo de gestión pública que piense en los resultados y en los ciudadanos. Vid. J.M. GIMENO FELIÚ, «El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022.

³ Las Instituciones europeas insisten en la visión estratégica de la contratación pública: Comunicación de la Comisión Europea *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 3 noviembre 2020, COM(2010) 2020 final. Así lo advertía ya en

contratación pública (que supone el 22 por 100 de los presupuestos públicos, según los últimos datos) debe ser re-contextualizada desde la perspectiva de inversión y no de gasto. Y como inversión interesa su correcta articulación como actividad estratégica⁴. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta. Así ha sido destacado en las «Conclusiones del Congreso gobernanza económica, regulación y Administración pública» (2 y 3 de junio de 2022), organizado por CNMC, CGPJ y RALJ, donde se propone «interpretar el principio de eficiencia como garantía de un adecuado estándar de calidad en la prestación de los servicios a la ciudadanía, asumiendo que la moderna gobernanza económica no puede fundarse en modelos exclusivamente economicistas, sino que debe priorizar el valor frente al precio e identificar, de forma precisa, inversión frente a gasto»⁵. Eficiencia, por tanto, vinculada al principio del resultado siguiendo, por ejemplo, la opción del art. 1 del Código italiano de contratos públicos (reformado en marzo de 2023).

Desde esa política de inversión —y no mero gasto— debe analizarse y comprenderse en nuevo marco regulatorio que pretende hacer estrategia a través del contrato público. La contratación pública puede —y debe, insistimos— ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁶. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales⁷. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en cómo utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de la contratación pública para preservar la mejor calidad en la prestación de los «servicios públicos».

Desde una lógica inicial en los años setenta en Europa basada en el objetivo de un mercado interior europeo, se ha evolucionado hacia una visión estratégica (e integral) de la contratación pública asentada en la idea del derecho a una buena administración⁸. Nos encontramos ante una nueva rea-

mi trabajo *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación europea*, Cizur Menor, Civitas, 2006, p. 16.

⁴ J.M. GIMENO FELIÚ, «La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad», *Revista Economía Industrial*, núm. 415, 2020, pp. 89-97.

⁵ D. BERBEROFF y P. VALCÁRCEL, *Conclusiones del Congreso Gobernanza Económica, Regulación y Administración de Justicia*, 2 y 3 de junio de 2022, disponible en https://mcusercontent.com/996a241a1277589de1e7f5373/files/44b6c7b5-5fd4-747c-94cf-30e607a9af9b/Conclusiones_Consejo_de_Gobernanza.pdf

⁶ Por todos, J.A. MORENO MOLINA, *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

⁷ Así lo indicaba ya en mi estudio *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 18.

⁸ Vid. J. RODRIGUEZ-ARANA, J.I. HERCE MAZA, «La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. Extra 1, (Ejemplar dedicado a: Un año de compra pública con la LCSP), 2019, pp. 35-60.

alidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas pública, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo (incluso globalizado)⁹.

En esta línea de repensar la contratación pública desde una perspectiva estratégica posiciona claramente, por cierto, el Consejo de la Unión Europea, en el documento «Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente» (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública insiste en la necesidad de su función estratégica. En este documento se indica que *«Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública»*¹⁰. (cursiva nuestra). En este nuevo contexto, hay importantes retos y desafíos donde hay que articular nuevas soluciones que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger¹¹.

Lo anteriormente expuesto explica por qué la reforma europea de la legislación sobre contratación pública a través del denominado «cuarto paquete legislativo» (Directivas de 2014), constituye una de las doce acciones prioritarias inscritas en el Acta del Mercado Único, adoptada en abril de 2011 (IP/11/469)¹². En efecto, para todos los Estados miembros, la eficacia del

⁹ Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA, «Los principios del Derecho Global de la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.179, 2016, pp.29-54.

¹⁰ Y para ello se pide a la Comisión y a los Estados miembros *que cooperen en la elaboración de directrices y criterios por medio de una metodología común para ayudar al sector público a provisionarse a través de cadenas de suministro transparentes, fiables, flexibles y diversificadas con el objetivo de reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública. Y se pide también a los Estados miembros que elaboren políticas y estrategias de compra integrales que, en particular, deben centrarse en sectores en los que la demanda pública tiene un impacto significativo, como los medicamentos, los productos sanitarios o las tecnologías de la información, teniendo asimismo en cuenta aspectos relativos a la resiliencia, la gestión de riesgos y la seguridad del suministro.*

¹¹ Por ello, estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atiendan a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio único como factor determinante en la compra pública.

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva*, de 27 de octubre de 2010, COM(2010) 608.

sistema público de adquisiciones públicas ha pasado a ser una prioridad, habida cuenta de las limitaciones presupuestarias actuales. Así pues, es necesario disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos y a sus proveedores adjudicar contratos transparentes y competitivos lo más fácilmente posible, para poder comprar con la mejor relación calidad/precio (*value for money*)¹³. Y ello, como indica J. González García, desde una imprescindible lógica de sostenibilidad social y ambiental¹⁴.

Sin embargo, la experiencia práctica nos hace constatar cierto fracaso en los objetivos pretendidos por la reforma europea de las Directivas de contratación pública de 2014. Así lo pone de relieve el reciente Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo (núm. 28/2023: «Contratación pública en la UE – La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021») utilizando datos abiertos disponibles relativos a la contratación pública en la UE en el período de diez años anterior a 2021. En este Informe se concluye que no se ha avanzado en simplificación (es más, se han alargado los tiempos de tramitación) ni se ha conseguido la consolidación de la función estratégica de la compra pública, que era uno de los principales objetivos de la reforma europea¹⁵.

La crisis económica tras la pandemia de 2020 aconseja avanzar hacia una nueva gestión económica mediante el contrato público que «piense en verde» y en «sostenibilidad social», no como exigencia estética, sino como herramienta generadora de valor¹⁶. Resulta obligada una interpretación teleológica, en clave de estrategia, de las medidas de contratación pública a adoptar, que debe prevalecer sobre interpretaciones (e inercias) formales¹⁷. Una co-

¹³ Bajo este concepto se pone de relieve la necesidad de que los bienes que se adquieran a través de los contratos públicos sean los adecuados para cubrir las necesidades públicas, pero también que el contratista esté capacitado para cumplir las condiciones del contrato en los términos previstos. *Vid.*, por todos, S. ARROWSMITH, J. LINARELLI y D. WALLACE, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, pp. 28-30.

¹⁴ J. GONZÁLEZ GARCÍA, «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública», *Revista Español de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, pp. 13-42. Como destaca G. Vara Arribas, es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales (G. VARA ARRIBAS, «Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública», *Revista Española de Derecho Comunitario*, núm. 26, 2008, p. 128).

¹⁵ El Tribunal de cuentas Europeo propone unas Recomendaciones: Recomendación 1: Aclarar y priorizar los objetivos de la contratación pública. Recomendación 2: Abordar las deficiencias de los datos sobre contratación pública. Recomendación 3: Actualizar las herramientas de la Comisión para supervisar mejor la competencia en la contratación pública. Recomendación 4: Analizar más a fondo las causas profundas, y presentar medidas para superar los principales obstáculos a la competencia y fomentar las buenas prácticas.

¹⁶ J. Pernas, con acierto, nos recuerda que la implementación de políticas activas de economía circular puede suponer un beneficio económico neto de 1,8 billones de euros de aquí a 2030, la creación de más de un millón de nuevos puestos de trabajo antes del 2030 y, además, una notable reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (J. PERNAS, «La "contratación circular": el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos», *Revista electrónica Observatorio de Contratación Pública*, abril 2020).

¹⁷ Sin olvidar los principios regulatorios y su significado. Por todos, J. A. MORENO MOLINA, «La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea», *Revista Digital*

recta aplicación estratégica del contrato público puede servir para activar un escudo económico para proteger a los sectores productivos más «contagios» (en especial pymes y autónomos). La contratación pública, su correcta ejecución, puede servir de importante escudo económico y social¹⁸. Y aquí, en esta visión de estrategia, debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para *Environmental, Social and Governance*) promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)¹⁹.

A este fin se orienta en España, no sin incertidumbres, la Ley 9/2017, *de Contratos del Sector Público de 2017* (LCSP), que incorpora importantes novedades con la vocación de simplificar el procedimiento, reducir tiempos de adjudicación, mejorar el control de la adjudicación y la ejecución, incorporar una mayor transparencia y rendición de cuentas y, sobre todo, fomentar una nueva cultura de contratación pública²⁰. La LCSP pretende superar la tradicional inercia burocrática (y el mantra del «siempre se ha hecho así») para hacer la contratación pública un instrumento que permita una más eficaz, eficiente y colaborativa gestión de la contratación pública (lo que exige «innovación» en la práctica de la contratación pública²¹).

de *Derecho Administrativo*, núm. 19, 2018, pp. 27-47. *Ibid.*, «La interpretación del derecho de la contratación pública por la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», del libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2022*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 49-74.

¹⁸ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública», *Revista El Cronista del estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 42-53.

¹⁹ Se evita, así, un *dumping* social, y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Vid. C. DOLAN y D. BARRERO ZALLES, *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*, Business Expert Press, 2021.

²⁰ Por todos, J. A. MORENO MOLINA, «Objetivos y novedades destacables de la Ley 9/2017 de contratos del sector público», *Revista Gallega Administración Pública*, núm. 55, 2018, pp. 311 y ss. En extenso, pueden consultarse, por todos, los libros colectivos, *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, J. M. GIMENO (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2018; *Tratado de Contratos del Sector Público*, E. GAMERO e I. GALLEGU (dirs.), vol. 3, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; *La Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos novedosos*, J. F. MESTRE y L. MANENT (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; S. Muñoz Machado, *Contratos del Sector Público*, t. XIII del *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2.ª ed., Madrid, BOE, 2018; J. VÁZQUEZ MATILLA y M. RAZQUÍN LIZARRAGA, *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, 2017.

²¹ Sobre esta cuestión me remito al trabajo de A. GARCÍA JIMÉNEZ, *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, Madrid, Tecnos, 2018. Este estudio (al que se le ha reconocido con el IV Premio de investigación internacional del Instituto García Oviedo), reflexiona sobre cómo deben adaptarse las Administraciones públicas a un nuevo modelo de gestión de la contratación pública.

2. LA NECESARIA INTERPRETACIÓN FUNCIONAL DE LA NORMATIVA NACIONAL EN CLAVE DE DERECHO EUROPEO

El profesor Santiago Muñoz Machado ha explicado muy bien el importante papel que el Derecho de la Unión Europea ha tenido en la consolidación de un Derecho administrativo europeo²². No es necesario justificar la afirmación según la cual el Derecho comunitario se ha ido apoderando del Derecho administrativo²³. En este sentido, se ha destacado que en el Derecho administrativo europeo se manifiestan dos fenómenos de gran importancia: a) existe en la actualidad una destacada tendencia a la convergencia de principios generales, institutos jurídicos y soluciones de naturaleza organizativa y procedimental entre los Derechos administrativos de los Estados miembros; b) se ha consolidado desde hace tiempo el Derecho administrativo comunitario europeo, que ha asumido un especial relieve en el sistema jurídico de la Unión Europea²⁴.

Así, la normativa nacional de cada Estado, en tanto se encuentra vinculada a principios regulatorios europeos —como lo es la contratación pública, pero también el Derecho de sociedades— debe ser interpretada desde la óptica de esta realidad jurídica, lo que impone evitar interpretaciones estrictamente formales²⁵.

El Derecho de la Unión Europea ha tenido, desde la entrada de España en las Comunidades Europeas en 1986, una influencia decisiva en el desarrollo y evolución de la normativa nacional sobre contratos públicos²⁶. Y así se re-

²² Sobre las repercusiones e implicaciones de la Unión Europea en la configuración de los Estados miembros, *vid.* el excelente estudio de S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, Alianza Editorial, 1993.

²³ *Vid.* S. CASSESE, *La Globalización jurídica*, INAP, 2006, pp. 120 y ss. Gráficamente explica lo que denomina el dominio del Derecho comunitario sobre el Derecho administrativo y de la configuración comunitaria del Derecho administrativo nacional.

²⁴ M. CHITI, *Derecho administrativo europeo*, Madrid, 2002, p. 115. S. González-Varas califica las repercusiones del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales como «proceso general de influencias», así, de una parte, la justicia comunitaria se basaría en los Derechos nacionales para elaborar su jurisprudencia utilizando un método jurídico-comparado (el «*uso dell'approccio comparatistico*»), por otro lado debería destacarse el efecto de armonización de la jurisprudencia comunitaria (un «*effetto de comunanza o concorrenza*») siendo los Estados una parte del todo, y por último, se subrayaría el papel de «puente» entre Derechos que efectúa el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es lo cierto que en esa misma e inteligente descripción de relaciones entre Derechos más que ordenamientos, el Derecho comunitario, como señala asimismo S. González-Varas, actúa como «plataforma» para el «transplante» de los instrumentos de un Derecho nacional en otro, y no se detiene su capacidad en ese fenómeno, sino que, en mi opinión, su envergadura conformadora de los Derechos nacionales traspasa la técnica armonizadora porque nace de unos principios «que son comunes a los Estados miembros» y su eficacia nace de su prevalencia jerárquica sobre las normas dictadas por los Estados miembros. (S. GONZÁLEZ-VARAS, *El Derecho Administrativo Europeo*, Sevilla, IAAP, 2003).

²⁵ De especial interés el trabajo de D. BERBEROFF AYUDA, «La doctrina del tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo», en el libro colectivo, *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 163-200.

²⁶ *Vid.* J.L. MEILÁN GIL, «Un «meeting point» de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 198, 2015, pp. 43 y ss.

conoce en la Exposición de Motivos de la LCSP de 2017 al recordar que su dependencia respecto del derecho de la Unión Europea, que extiende mucho más allá de la incorporación de las Directivas 23 y 24 de 2014, afirmando que:

La exigencia de la adaptación de nuestro derecho nacional a esta normativa ha dado lugar, en los últimos treinta años, a la mayor parte de las reformas que se han ido haciendo en los textos legales españoles.

En concreto, la última Ley de contratos del sector público encontró su justificación, entre otras razones, en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria, como fue la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

En la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada «Estrategia Europa 2020», dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave [...].

El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 10 de 2015, relativo a la *Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión*, recuerda que la política de la Unión Europea en relación con la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación a la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema.

La normativa europea de contratación pública ha pretendido desde sus inicios conseguir una correcta gestión de los fondos públicos optando por una delimitación objetiva: el contrato público. Es decir, existe una clara metodología jurídica de carácter funcional —y no formal— que obliga, a determinar si determinado ente es o no poder adjudicador y si un negocio jurídico es, o no un contrato público²⁷. Ello no siempre ha casado bien en España con nuestra tradición centrada en el contrato administrativo desde la perspectiva fundamentalmente subjetiva. Lo que ha obligado a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el TJUE. Y ello, como advierte la sentencia TJUE de 22 de diciembre de 2008, *Magoora*, C414/07, apartado 44, para alcanzar los resultados que el Derecho europeo persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva y dejando sin aplicación, de ser necesario, toda disposición contraria de la ley nacional. Es necesaria, en palabras de R. Alonso García, una interpretación de la norma nacional conforme al Derecho europeo (sin olvidar que existe reiterada jurisprudencia al respecto: en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*,

²⁷ Es necesaria, en definitiva, una interpretación funcional de la prestación, tal y como ha advertido el TJUE en numerosas sentencias (por todas, Sentencias de 29 de octubre de 2009, *Comisión/Alemania* y de 10 de julio de 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*), con el objetivo de corregir prácticas que eludan la aplicación de la norma vía «artificios jurídicos» que disfrazan la verdadera causa de la prestación y su calificación jurídica. *Vid.* al respecto mi trabajo «La transferencia de conocimiento de las universidades públicas y la incidencia de la legislación de contratos públicos: diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorpóreos (derechos intelectuales)», *Monográfico Revista Aragonesa Administración Pública*, XVIII, Zaragoza, 2018, pp. 21-43.

apartado 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros, apartados 113 a 119 y la jurisprudencia allí citada, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, apartados 108, 109 y 111)²⁸.

Por otra parte, la normativa de contratación pública, recordamos, tiene una indudable repercusión práctica en la gestión pública. Lo que aconsejaría cierta necesidad de codificación en aras a dotar de la necesaria seguridad jurídica a los diferentes operadores jurídicos en este ámbito, lo que, además, facilitaría la atracción de inversiones productivas²⁹. Y por ello «*no hay libertad nacional interpretativa*» en los conceptos de origen europeo y que, para esta labor interpretativa, necesariamente debe aplicarse el derecho pretoriano construido por el TJUE que vertebraba el sistema³⁰. Obligación de interpretación conforme reafirmada en la Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2022, asunto C-486/21, *Sharengo*., en donde, en relación con la diferenciación de los distintos tipos de contratos públicos, afirma lo siguiente:

[...] tanto el concepto de «contrato público», en el sentido del art. 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24, como el de «concesión», en el sentido del art. 5, punto 1, letra b), de la Directiva 2014/23, son conceptos autónomos del Derecho de la Unión y deben, por ello, interpretarse de manera uniforme en el territorio de esta. De ello se deduce que la calificación jurídica que el Derecho de un Estado miembro atribuye a un contrato no es pertinente para determinar si dicho contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de una u otra de esas Directivas y que la cuestión de si un contrato debe calificarse de concesión o de contrato público debe apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de enero de 2007, *Auroux* y otros C220/05, EU:C:2007:31, apartado 40; de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, C382/05,

²⁸ R. ALONSO GARCÍA, «La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico», *Revista española de derecho europeo*, núm. 28, 2008, pp. 385-410. Así deriva, como recuerda el profesor S. Muñoz Machado, de los imperativos propios del Derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo (S. MUÑOZ MACHADO, «La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los Ordenamientos internos», *Revista andaluza de administración pública*, núm. 7, 1991, pp. 9-38).

²⁹ Me remito a mi trabajo «La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica», en el libro colectivo, *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Cizur Menor, Civitas, 2012, pp. 25-84.

³⁰ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CORCOLES, «Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública», en el libro colectivo M. ALMEIDA e I. MARTÍN (dirs.), *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. Sobre el contenido de la última jurisprudencia del TJUE me remito a mi trabajo «La jurisprudencia reciente del TJUE en materia de contratos públicos. Efectos prácticos», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 61, 2023. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. M. COZZIO, «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en el libro colectivo J. M. GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; pp. 89-116. Más recientemente, el libro colectivo G. A. BENACCHIO, M. COZZIO y F. TITOMANLIO, *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea*, t. I, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, Universidad de Trento, 2016.

EU:C:2007:445, apartado 31, así como de 10 de noviembre de 2011, Norma-A y Dekom, C348/10, EU:C:2011:721, apartado 40) (cursiva nuestra)³¹.

En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante «fuente de Derecho», ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente Derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea³². De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales)³³. Así, los conceptos «comunitarios» deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE³⁴. En la interpretación de los conceptos y principios de la contratación pública no es admisible la práctica de «lectura» formal descontextualizada o la que, mediante juicios de valor, propone soluciones jurídicas claramente alejadas de los fines públicos de la regulación. A través de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha establecido la obligación de las administraciones y de los órganos jurisdiccionales nacionales de aplicar plenamente el Derecho de la Unión dentro de su esfera competencial y de proteger los derechos que éste otorga a los ciudadanos (aplicación directa del Derecho de la Unión), descartando para ello cualquier disposición contraria del Derecho nacional, ya sea anterior o posterior a la norma de la Unión (primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho nacional)³⁵.

Esta función del TJUE es imprescindible para consolidar un modelo alineado con los sistemas de contratación pública europea pues, a la luz de esta jurisprudencia resulta claro que son compatibles con la regulación de la contratación pública criterios de adjudicación que no necesariamente guar-

³¹ Y sobre la diferenciación entre contrato de servicios y contrato de concesión de servicios indica que: «60. De la comparación de estas definiciones se desprende que una concesión de servicios se diferencia de un contrato público por la adjudicación al concesionario del derecho, acompañado eventualmente de un precio, a explotar los servicios objeto de la concesión, disponiendo el concesionario, en el marco del contrato celebrado, de cierta libertad económica para determinar las condiciones de explotación de los servicios que se le conceden y por asumir, en paralelo, el riesgo vinculado a operar dichos servicios (*vid.*, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2016, *Promoimpresa y otros*, C458/14 y C67/15, EU:C:2016:558, apartado 46)».

³² Una visión crítica sobre los objetivos de estas Directivas puede verse en el estudio del profesor J. SANTAMARÍA PASTOR, «Contratos del sector público y derecho de la Unión», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 83-102.

³³ Seguridad jurídica que queda comprometida con el «baile compulsivo» normativo, que, además, impacta de forma muy negativa en la economía, como ha puesto de relieve J. S. MORA-SANGUINETTI, «Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. Cuantificación e impacto de la complejidad normativa de España», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 114, 2022, pp. 231-253 (proporciona cuantificaciones para las distintas perspectivas desde las cuales cabe medir esa complejidad regulatoria y pone de manifiesto que, entre 1979 y 2021, las Administraciones aprobaron 411.804 normas).

³⁴ De especial interés el trabajo de D. BERBEROFF AYUDA, «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo», en el libro colectivo, *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 163-200.

³⁵ Sobre la posición de la jurisprudencia del TJUE en el sistema de fuentes resulta de interés el trabajo de M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, «La posición de las sentencias del tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sistema constitucional de fuentes», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 483-514.

dan relación directa con la contratación pública (paradigmáticas, entre otras, las sentencias *Concordia Bus Finland*, C-513/9, o *Wienstrom*, C-448/01)³⁶. Y, por supuesto, sin olvidar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, máxime cuando se trata de la resolución de un recurso de casación de interés objetivo³⁷. Sirva de ejemplo la sentencia de STS 1927/2022, de 23 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1927), donde se señala que «desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, que en su disposición adicional primera crea el Comité Técnico de Cuentas Especiales, corresponde a dicho Comité la valoración e imputación de las operaciones efectuadas por las diferentes unidades del sector público, lo que incluye las Corporaciones Locales, de acuerdo con los criterios establecidos en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC2010)».

Y que, por último, si no hay contrato público (e interesa advertir cierta confusión conceptual al respecto, donde hay que estar al concepto contrato no armonizado del derecho europeo, que se refiere a contratos excluidos de ese ámbito de las Directivas, como sucede, con las previsiones del art. 10 de la Directiva 2014/24 de contratación pública³⁸) no se deberán aplicar las

³⁶ Como ha explicado muy bien C. CHINCHILLA MARÍN, «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos público», en el libro colectivo J. OLMO (coord.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 38-39, la interpretación del Derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del Derecho comunitario y no desde los Derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del Derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de «excluir» su aplicación.

³⁷ La finalidad expresa del nuevo sistema casacional es reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. Las ventajas del nuevo recurso de casación por interés objetivo son claras, puesto que la Sala contencioso-administrativa ha ido más allá del papel del Tribunal Constitucional de «legislador negativo» (decir lo que no se puede hacer) para convertirse en «legislador positivo», al interpretar normas en conflicto y colmar lagunas jurisprudenciales, así como unificar criterios. Una sola sentencia que fije la doctrina casacional evita infinidad de posibles litigios que podían seguir interponiéndose bajo pretexto de la independencia judicial, sin que nadie los corrigiese, ratificase o unificase. Por todos, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación "para la formación de la jurisprudencia"», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, 2015, pp. 93-132; y O. BOUAZZA ARIÑO, *La casación en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2021.

³⁸ Es lo que sucede con la producción audiovisuales y con la contratación de servicios de abogado para procesos jurisdiccionales. Me remito en extenso a mi trabajo «Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 19-60. Sobre la contratación de abogado en defensa jurisdiccional me remito a J. M. GIMENO FELIÚ, «Sobre el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y su consideración de negocio excluido de la normativa de contratación pública y la posibilidad de retribución mediante pacto de cuota litis», *Revista Estudios autonómicos y Locales* (REaLA, nueva época), núm. 19, 2023; y G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, «Los límites del contrato público: el caso de los servicios de asesoramiento y defensa en juicio de las Administraciones públicas», en el libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2022*, 2023, pp. 109-151. Interesan, en esta depuración conceptual las reflexiones de J. L. MARTÍNEZ ALONSO, «La controversia sobre la gestión contractual de los servicios no públicos: concesiones y contratos de servicios versus contratos de arrendamiento y otras figuras patrimoniales», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2021*, Aranzadi, 2022, pp. 409-462.

previsiones de la LCSP, que es lo que sucede, por ejemplo, con los negocios relativos a propiedades públicas³⁹.

Desde esta perspectiva, la LCSP exige una interpretación que no vaya más allá de sus límites y función. Y, por supuesto, exige una interpretación coherente con las exigencias del derecho europeo de los contratos públicos y sus principios⁴⁰. Lo que tiene repercusión práctica, además de en la correcta «protección» de la causa del negocio a celebrar, en los límites de las estrategias de las empresas en relación con el precio/retribución, que va incluso más allá de la técnica de la anormalidad de ofertas.

Esa interpretación de la normativa de los contratos públicos se debe alinear con la efectividad de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en una herramienta principal (como lo son la libre competencia y la sostenibilidad financiera), para poder implementar políticas públicas sin poner, por un rigor burocrático o formalista, en riesgo el fin público inherente a la prestación del contrato público/concesión⁴¹. Esta visión instrumental de la contratación pública nos

³⁹ Es importante en este sentido tener en cuenta la doctrina establecida en la Resolución TACP núm. 49/2017 de 15 de febrero, en la que se dispone que: «el contrato atenderá a la obtención de una finalidad pública, prevaleciendo este interés público en el servicio a obtener (ofrecer un mejor servicio, aunque el destinatario y pagador sea un usuario privado), mientras que en la concesión demanial prevalecerá el interés privado de instalación de un negocio que requiere de la cesión de un bien de dominio público mediante su utilización privativa, con un claro beneficio del particular que ocupa el espacio cedido». En la Sentencia núm. 306/2022, de 15 de junio de 2022, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en relación con la realización de la Muestra de Navidad o mercadillo navideño por parte del Ayuntamiento de Zaragoza, no comparte la opinión del Juez de instancia que considera que se trata de un contrato de concesión de servicios. Admite el Tribunal que existe un interés público en la dinamización de la economía de la Ciudad, por parte del Ayuntamiento, así como un interés en que lo que se programe reúna y mantenga los distintivos propios de la temática que la justifica, y también reconoce que existe una componente cultural de una muestra de esta naturaleza; sin embargo, indica el Tribunal que una cosa es que haya un interés público y otra cosa diferente es que tal interés cualifique el negocio hasta convertirlo en una suerte de actividad prestacional que no existe en la autorización en un bien demanial, como es la vía pública, de una «Muestra de Navidad».

⁴⁰ Sobre el contenido de estas Directivas me remito a: J. M. GIMENO FELIÚ, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014; J. A. MORENO MOLINA, «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 115-163; J. A. MORENO MOLINA, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en el libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2014, pp. 139-164; M. M. RAZQUIN, «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, pp. 97-113. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTANEDA y M. A. BERNAL BLAY, «La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 23-42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J. A. MORENO MOLINA, «El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación», en el libro colectivo *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, t. II, Pamplona, Thomson, 2012, pp. 3429 y ss. Una visión crítica sobre los objetivos de estas Directivas puede verse en el estudio del profesor J. SANTAMARÍA PASTOR, «Contratos del sector público y derecho de la Unión», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 83-102.

⁴¹ J. M. GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006, pp. 15-21, *Ibid.*, «Nuevos escenarios de política de contratación pública

conduce, como bien indica T. Medina, a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato⁴². De lo que se deduce que no son viables ofertas empresariales que se alejen de la estrategia pública del contrato (ni claro, licitaciones que no protegen dicha estrategia). Hay que insistir en que la finalidad del proceso de adjudicación no es ya conseguir la oferta económicamente más ventajosa (concepto que desaparece del art. 145 LCSP), sino conseguir la mejor oferta que presenta la mejor relación calidad/precio. No todo, y de forma necesaria, se ha de reconducir al principio de precio y lo realmente determinante es la regla anglosajona del *best value for money*⁴³.

La LCSP, por tanto, no puede «leerse» en clave nacional desconociendo (o inaplicando) el derecho europeo (que se caracteriza por el principio de primacía)⁴⁴. Y será necesario, en todo caso, atender a la causa del contrato para determinar la naturaleza de contrato público o contrato patrimonial, respetando la arquitectura jurídica propia de cada negocio jurídico (o como negocio excluido). Así, el Tribunal Supremo, en sentencia núm. 317/2021, de 15 de abril, que deniega el recurso de casación de AENA, señala que no puede calificarse como contrato patrimonial un negocio (de alquiler) donde la arrendadora se reserva, entre otras, las facultades de dirección de la actividad, determinación de productos y comidas, fijando precios máximos y con exigencia de planes financieros⁴⁵. Lo mismo ha sucedido con la sentencia del Tribunal Supremo 863/2023, de 26 de junio (Rec. 3424/2021) que aclara que

en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, pp. 50-55. También D. ORDÓÑEZ SOLIS, *La Contratación pública en la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 162-182; J.A. MORENO MOLINA, «Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo», *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 83, 2009, pp. 37 y ss.; y L. ORTEGA ÁLVAREZ, «El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local», *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3, 2009. Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 17/2008, de 21 de julio. Y es que, como bien advirtiera J. Mestre Delgado, se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo —o fomento— para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones —no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas— contempladas en normativas sectoriales, (J. MESTRE DELGADO, «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 291, 2003, p. 707).

⁴² T. MEDINA, «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 43-94. También J. RODRÍGUEZ ARANA, «La contratación del sector público como política pública», en el libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, op. cit., pp. 31-44.

⁴³ J. M. GIMENO FELIÚ, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Pamplona, Aranzadi, 2019, p. 219.

⁴⁴ El principio de primacía del Derecho de la Unión debe entenderse, como condición de la existencia del ordenamiento jurídico comunitario, que se basa en la propia naturaleza de los Tratados constitutivos, ordenamiento jurídico que prevalece sobre el Derecho nacional. Principio expresamente aplicado, por ejemplo, en la STC 232/2015, de 5 de noviembre.

⁴⁵ Por el contrario, el Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 611/2021, de 21 de mayo, inadmite la reclamación contra un contrato de arrendamiento de superficies para alquiler de vehículos en el Aeropuerto de Palma de Mallorca, por considerar que es un negocio patrimonial.

no toda prestación en el ámbito de la adquisición de medicamentos es contrato público. El Tribunal concluye que, con carácter general, no cabe confundir la relación contractual sujeta a la disciplina de la contratación pública y en la que hay un intercambio de bienes o servicios, con el sometimiento de las oficinas de farmacia a las potestades de ordenación y planificación farmacéutica que ejercen las Administraciones. Tal intervención se justifica por tratarse de establecimientos de interés público (art. 1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia) y por ser colaboradores del Sistema Nacional de Salud para la prestación farmacéutica. El argumento del Tribunal Supremo es que, aunque a los referidos depósitos se les suministran medicamentos, en sentido jurídico estricto no hay una relación contractual de suministro entre el centro de quien depende el depósito y la oficina de farmacia vinculada que lo abastece; esa vinculación implica que la oficina de farmacia asume el compromiso de tener abastecido el depósito al que se vincula y a lo que está obligada como oficina de farmacia que es, abastecimiento que como negocio jurídico lo traba con los laboratorios o almacenes mayoristas que le surten de medicamentos, no con la Administración o, en este caso, con el centro social de titularidad pública⁴⁶.

3. EL ALCANCE SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. UNA PERSPECTIVA FUNCIONAL

3.1. El concepto de poder adjudicador y su implicación práctica

Por exigencia europea, la LCSP debe aplicarse a todo poder adjudicador. Esta *definición es clara y pretende conseguir la homogeneidad en la aplicación normativa de esta disposición comunitaria europea*⁴⁷. Y la interpretación debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJUE, que ha optado por criterios

⁴⁶ Asimismo, precisa (depurando conceptualmente los que es contrato público) que en la atención farmacéutica prestada por los depósitos de centros sociales de titularidad pública con oficinas de farmacia vinculadas, tampoco se advierte una actividad prestacional constitutiva de un servicio público gestionado indirectamente por una oficina de farmacia, ya que esta oficina de farmacia tiene por función cumplir con las obligaciones que integran la atención farmacéutica: estar abastecida de medicamentos, conservarlos, dispensarlos y ser colaboradora del Sistema Nacional de Salud. En definitiva, cada Administración, en el ejercicio de su competencia en materia de atención farmacéutica, podrá establecer el régimen competitivo de selección de la oficina que se vincule al depósito de medicamentos, lo que no es una convocatoria ni adjudicación en el sentido previsto en la normativa de contratos del sector público, sino una elección transparente y no discriminatoria, que estimula la competencia, sujeta al procedimiento especial que se regule y, en lo no previsto, sujeta a la normativa sobre procedimiento administrativo común. Por todos, G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, «Compra pública de medicamentos. Regulación, realidad y alternativas», *Diario La Ley*, núm. 10172, 2022.

⁴⁷ Según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el art. 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (*vid.*, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España,

subjetivo-funcionales cuando se cumplen tres requisitos. La reciente STJUE de 5 de octubre de 2017, *LitSpecMet y Vilniaus*, as. C-567/15, recuerda que una entidad adquiere la condición de Poder Adjudicador cuando se cumplen tres condiciones acumulativas, a saber:

a) que dicha entidad haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

b) que esté dotada de personalidad jurídica; y

c) que su actividad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos o que su gestión esté controlada por parte de estos últimos, o que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos. Estas tres condiciones son acumulativas, siendo, en cambio, alternativos los requisitos a los que se refiere la condición expresada en la letra c) ⁴⁸. Y esta interpretación funcional se ha tenido en cuenta y aplicado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015.

En consecuencia, en los distintos y variados supuestos de descentralización funcional mediante la creación de entes instrumentales, la naturaleza de poder adjudicador dependerá, al margen de su personificación jurídica o privada (indiferente a estos efectos), de las notas de control público y de la satisfacción de una actividad de interés general (aunque esta sea de carácter industrial o comercial), sin que tenga por que existir necesariamente monopolio. Solo cuando el ente contratante realmente se comporte como un auténtico agente económico (desprovisto de funciones administrativas), en condiciones de igualdad y sin prerrogativas propias de un poder público, será legítima -incluso necesaria- la decisión de adoptar técnicas jurídicas propias del Derecho privado, caracterizadas principalmente por su flexibilidad, lo que justificaría la inaplicación de las reglas de la contratación pública (aunque sí de los principios *ex art. 321 LCSP*). Pretender eludir mediante el argumento de la forma jurídica privada los principios de la contratación pública, es la vuelta al origen «de todos los problemas» que justificaron la condena al Reino de España en la STJUE de 15 de mayo de 2003. La nueva LCSP y sus principios exigen un esfuerzo de aplicación leal, pensando en el interés público que existe en toda utilización de los fondos públicos, donde transparencia, eficiencia e integridad son paradigmas irrenunciables. La flexibilidad o confort en la gestión contractual no son argumentos que puedan justificar la huida de las reglas de la LCSP ⁴⁹.

y de 13 de enero de 2007, apartado 27). Y esta interpretación funcional se ha tenido en cuenta y aplicado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015.

⁴⁸ En extenso me remito a mi trabajo «Ser o no ser poder adjudicador ¡¡esa no es cuestión!!», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 29-55, B. NOGUERA DE LA MUELA, «El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del sector público, compra conjunta y centrales de compra», en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, J.M.^a GIMENO FELIÚ (dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 233-280 y al estudio de F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «De nuevo sobre el concepto de poder adjudicador. Las entidades del sector público no administración pública», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 198, 2019, pp. 165-188.

⁴⁹ La Sentencia TJUE de 12 de septiembre de 2013, Colegio de Médicos de Westfaliz-Lippe, entendió que este Colegio Profesional no tenía la condición de poder adjudicador, por no cumplir el criterio de financiación mayoritaria por parte de los poderes públicos cuando dicho organismo está mayoritariamente financiado por las cuotas abonadas por sus colegiados, ni tampoco

En definitiva, no existe el dilema que se plantea Hamlet de «ser o no ser» al respecto: se es, o no, poder adjudicador de forma reglada. Y los Estados no tienen margen de discrecionalidad para graduar o inaplicar las consecuencias de esta categoría⁵⁰. Pero obsérvese que el criterio principal que utiliza el TJUE para esta operación no gravita sobre la idea del quién, sino sobre el criterio de una relación contractual donde existe como causa en su prestación un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas y existe financiación pública a tal fin, lo que justifica la aplicación de los principios de transparencia y concurrencia inherentes a la contratación pública.

Una cuestión a resaltar es la «doble faceta» de entes públicos que pueden ser poder adjudicador y operador económico (como las Universidades públicas, o consorcios, entre otros). Y la respuesta exige, al igual que con el concepto de poder adjudicador, una interpretación funcional (y no formal)⁵¹. Y ello porque la normativa europea de contratación no pivota sobre el elemento subjetivo (como ha sido la tradición española), sino sobre el concepto objetivo relativo a la existencia, o no, de un contrato público en sentido estricto.

Y en la distinción es clave la finalidad de la relación jurídica que ocupan. En la primera hay utilización directa de sus fondos públicos para el cumplimiento de sus fines institucionales, mientras que cuando se actúa como operador económico la causa contractual es bien distinta y va directamente relacionada al cumplimiento de lo pactado, como contratista, en ese negocio jurídico y donde prima la relación mercantil frente a la de interés general (lo que explica porque los fondos obtenidos como contratista no computan a efectos de determinar el porcentaje de financiación pública, tal y como declaró el TJUE en la citada sentencia *Universidad de Cambridge*).

Por tanto, un poder adjudicador, cuando actúe en tal condición, deberá aplicar las normas de contratación pública siempre que la prestación, claro, pueda tener la consideración de contrato público. Y ello porque prima el dato funcional de utilización de fondos públicos, siendo indiferente la forma jurídica que se adopte. Por ello no existe vis atractiva de su condición de poder adjudicador sobre las relaciones jurídicas derivadas para cumplir el contrato del que es adjudicataria⁵². Es elocuente lo que afirma el abogado General en las Conclusio-

el criterio relativo al control de la gestión por parte de los poderes públicos ya que no puede considerarse como tal el hecho de que el importe de las citadas cuotas deba ser aprobado por una autoridad de supervisión.

⁵⁰ J. M. GIMENO FELIÚ, «Ser o no ser...», *op. cit.*, p. 47.

⁵¹ Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARÍN («La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...», *op. cit.*, pp. 38-39), la interpretación del Derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del Derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de «excluir» su aplicación.

⁵² Este caso es distinto de cuando un ente formalmente mercantil pero controlado por un ente público se considera poder adjudicador a lo que se refiere la STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96. *Mannesmann*) que indica qué si hay una función de interés general, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a las reglas de contratación pública. La doctrina de esta Sentencia sirve solo para delimitar si el ente es o no poder adjudicador, pero no para decidir que reglas se aplican cuando se actúa en condición de operador económico.

nes del Abogado General Alber presentadas el 11 de mayo de 2000, en el asunto *The Queen contra H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*: «Es preciso hacer constar que las Directivas se basan en un criterio funcional, que requiere una interpretación amplia. No obstante, en algunos casos puede estar justificada una interpretación teleológica, como así lo creen también, en definitiva, los Gobiernos neerlandés, austriaco y del Reino Unido. Si las cantidades que aporta una entidad adjudicadora no tienen como consecuencia crear o profundizar una dependencia específica, la finalidad de las Directivas impide entonces calificar dicha prestación de financiación pública, la cual solo se refiere a aquellos supuestos en los que existe un vínculo particularmente estrecho entre el organismo en cuestión y la entidad adjudicadora».

El art.2 de la Directiva 2014/24 define también el concepto de «operador económico» de forma funcional: «una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios». Precisando también el concepto de «Proveedor de servicios de contratación» como «un organismo público o privado que propone actividades de compra auxiliares en el mercado». Es decir, en la posición de contratista no procede una interpretación formal, pues puede ser que un organismo público, a la vez que en sus relaciones generales propias tiene la consideración de poder adjudicador, en otras, ocupe la posición de contratista, prestando (y no recibiendo) servicios o suministros.

A esta declaración expresa hay que añadir que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución de ese contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de que opere sistemáticamente en el mercado o solo intervenga con carácter ocasional, o de que esté o no subvencionada con fondos públicos (véanse las sentencias CoNISMa, C-305/08, apartado 42, y, en el mismo sentido, Data Medical Service, C-568/13, apartado 35).

Esto significa, como se recuerda en la STJUE de 15 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari*, que en la medida en que determinadas entidades estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso, aunque sea ocasionalmente, los Estados miembros no pueden prohibirles que participen en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de los mismos servicios⁵³. Como se señala en la STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*, los Estados miembros tienen ciertamente la facultad de habilitar o no a determinadas categorías de operadores económicos para realizar determinadas

⁵³ En este sentido, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, C-107/98, apartado 51, de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa*, C-305/08, apartados 47 a 49, y de 19 de diciembre de 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* y otros, C-159/11, apartado 27; *vid.*, igualmente en este sentido, en relación con disposiciones equivalentes de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

prestaciones. Pueden regular las actividades de las entidades, como las universidades y los institutos de investigación, que no tienen ánimo de lucro y cuyo objeto se orienta principalmente a la docencia y la investigación. En particular, pueden autorizar o no que tales entidades operen en el mercado en función de si la actividad de que se trate es compatible o no con sus objetivos institucionales y estatutarios. No obstante, en la medida en que tales entidades están habilitadas para ofrecer determinados servicios en el mercado a título oneroso, incluso ocasionalmente, los Estados miembros no pueden prohibirles participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de los mismos servicios⁵⁴.

En consecuencia, un mismo ente público puede tener un doble rol: puede ser poder adjudicador y puede ser operador económico. Y en la distinción es clave la finalidad de la relación jurídica que ocupan. En la primera hay utilización directa de sus fondos públicos para el cumplimiento de sus fines institucionales, mientras que cuando se actúa como operador económico la causa contractual es bien distinta y va directamente relacionada al cumplimiento de lo pactado, como contratista, en ese negocio jurídico y donde prima la relación mercantil frente a la de interés general (lo que explica porque los fondos obtenidos como contratista no computan a efectos de determinar el porcentaje de financiación pública, tal y como declaró el TJUE en la citada sentencia *Universidad de Cambridge*).

Y esos roles son claramente diferenciados con reglas distintas según sea actúe como poder adjudicador o como operador económico. Y en este último caso las normas comunitarias no exigen que sea imprescindible que esta entidad pública sea capaz de realizar la prestación pactada directamente con sus propios recursos para que pueda ser calificada de contratista, esto es, de operador económico. Basta con que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello (sentencia de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti y otros*, C399/98, apartado 90). O lo que es lo mismo, podrá subcontratar prestaciones siempre, tal y como expresamente reconoce el apartado 42 de la sentencia TJUE de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa*. *Obviamente, siempre que así lo haya habilitado el pliego de la licitación y en las condiciones previstas contractualmente*. Y es que en estos casos no estaremos en presencia, como se explicará, de un contrato público, sino de un negocio jurídico excluido de las Directivas de contratación pública⁵⁵.

La explicación es que, como contratista, no actúa nunca como poder adjudicador (de hecho, aquí no hay actividades de interés general, sino una evidente actuación mercantil, regulada por las reglas de la competencia). Es

⁵⁴ Como recuerda el TJUE en la citada sentencia *CoNISMa* (apartados 37 y 43), una interpretación restrictiva del concepto de «operador económico» tendría como consecuencia que los contratos celebrados entre entidades adjudicadoras y organismos que no actúan principalmente con ánimo de lucro no serían considerados «contratos públicos», que podrían adjudicarse, por tanto, de común acuerdo, eludiendo las normas del Derecho de la Unión en materia de igualdad de trato y de transparencia, contrariamente a la finalidad de dichas normas.

⁵⁵ Puede recordarse como en el asunto *Humbel* (sentencia de 27 de septiembre de 1988), el Tribunal de Justicia declaró ciertamente que los cursos impartidos en el marco de la enseñanza escolar no constituyen prestaciones de servicios en el sentido de los artículos que así lo regulan en los Tratados.

más, si se entendiera que hay que licitar la subcontratación por «primar» la condición de poder adjudicador del adjudicatario, esta, al ser un contrato público, no se podría fragmentar (sí se podría hacer lotes), por lo que generalmente los umbrales exigirían una publicidad en la Plataforma de Contratos del Sector Público (*ex* art. 347 y 63 LCSP), cuyo incumplimiento viciaría de nulidad los contratos efectuados (art. 39 LCSP). Y, lo que es más grave, se abriría una opción de subcontratación de hecho en cadena, lo que es un resultado prohibido por la normativa. Por ello, la segunda faceta es, por tanto, independiente y no existe vis atractiva de su condición de poder adjudicador sobre las relaciones jurídicas derivadas para cumplir el contrato del que es adjudicataria. Es más, esta conclusión se encuentra reforzada por el hecho de que resultaría indiscutible si esa entidad pública hubiera concurrido como UTE y alguna de las empresas fuera privada⁵⁶.

Este criterio interpretativo, como se ha explicado, se encuentra avalado por jurisprudencia del TJUE (de aplicación en el ámbito de las Directivas 23 y 24 de 2014 de concesiones y contratación pública respectivamente). Así, recordamos como en la citada STJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari*, a propósito de la Directiva de contratos públicos de 2004 (que en este punto establece lo mismo que la de 2014), se advierte que según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una Administración pública como lo es el Consorcio sanitario (o una Universidad pública) «puede licitar y podrá presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución de ese contrato público, *directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de que opere sistemáticamente en el mercado o sólo intervenga con carácter ocasional*, o de que esté o no subvencionada con fondos públicos» (cursiva nuestra).

Esta interpretación se contiene de forma muy clara en la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos, pues el art. 7 f) indica que son negocios excluidos de dicha Ley «Los contratos de servicios y suministros celebrados por los Organismos Públicos de Investigación que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva». Y esa es la solución que ofrece, quizá no muy claramente, es cierto, la LCSP en el art. 11.4 (en tanto no existe un equivalente al de la legislación navarra, que sí existía, por cierto, en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de Contratos del Sector Público), que excluye de la aplicación de la LCSP «los contratos por los que una entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor

⁵⁶ Criterio explicado en mi opinión «Reglas aplicables a los entes públicos cuando actúan como operadores económicos (contratistas)», publicada en la *Revista electrónica del Observatorio de Contratación Pública* el 17 de diciembre de 2018, disponible en www.obcp.es.

de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato». Este precepto no excluye solo la aplicación de las normas públicas que regulan la preparación y los procedimientos de adjudicación, sino que, en una interpretación literal del mismo, excluye *in totum* el negocio, es decir, este tipo de contratos, tanto su preparación y adjudicación como su ejecución.

Lo que se explica, como pusiera de relieve la STJUE de la Universidad de Cambridge, en el hecho de que cuando se actúa como operador económico no se crea una dependencia estrecha para considerar que existe financiación pública (elemento clave para ser considerado poder adjudicador) en tanto nos encontramos ante un organismo que percibe una remuneración como contraprestación de una actividad que lleva a cabo de la misma manera que una empresa activa en el mercado, compitiendo con las empresas privadas y para atender una demanda concreta de prestación de servicios. En efecto, el organismo en cuestión obtiene un derecho a remuneración en el marco de la reciprocidad. Tales prestaciones se efectúan, cuando se solicitan, en interés del organismo en cuestión, como es el caso de los trabajos de investigación con un objetivo preciso, así como de las tareas de asesoramiento y de organización de conferencias. El derecho a una remuneración no se fundamenta en una decisión de principio de contribuir a la misión de dicho organismo, sino que se trata en este caso de un derecho contractual. Y, al tratarse de una relación excluida de la contratación pública no debe someterse a los principios regulatorios.

De todo lo expuesto se puede concluir, en mi opinión, que la referida dualidad permitida por el Derecho europeo para que un organismo público pueda ser, alternativamente, poder adjudicador u operador económico, refleja dos facetas distintas y «estancas»⁵⁷. Es decir, cuando, por ejemplo, una universidad pública o un consorcio de investigación actúa como poder adjudicador, es indubitado que debe someterse a las previsiones de la contratación pública y aplicar los procedimientos de adjudicación contenidos en dicha regulación. Pero cuando se comporta como operador económico (como contratista que compite con otras empresas para la obtención de un contrato público o cuando ha celebrado un contrato privado), no se debe extender el régimen de «poder adjudicador» a las actuaciones derivadas del contrato del que es adjudicatario. Aquí actúa como operador económico (contratista), y su rol, obligaciones y derechos son los propios de esta caracterización, de tal manera que está obligada, como contratista, a cumplir el contrato y no podrá, por ello, acogerse a las prerrogativas de un poder adjudicador Administración pública (por ejemplo, para la interpretación del contrato). Así, la subcontra-

⁵⁷ Esta dualidad no es nueva. Así sucede, por ejemplo, con las Juntas de compensación cuando actúan ejerciendo funciones públicas, tal y como se puso de relieve en el Informe 21/2011, de 12 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre Naturaleza jurídica de la relación entre las juntas de compensación y la administración municipal, en atención a Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón. Esa es, a mi juicio, la tesis que se encuentra detrás de la argumentación en la STJUE de 12 de julio de 2001 (Scala Milan), que maneja un concepto funcional objetivo de contrato público. *Vid.*, por todos, J.M. GIMENO FELIÚ, «Obras públicas de urbanización y contratación pública: el estado de la cuestión en la jurisprudencia del TJUE», en el *Libro Homenaje al Prof. T. R. Fernández, Administración y Justicia*, vol. II., Cizur Menor Civitas, 2012, pp. 3259-3281.

tación que se realice no tendrá la consideración de contrato público (aunque se encuentre vinculada a la correcta ejecución de un contrato público) pues la causa de este negocio es bien distinta y se entiende que, tras un proceso de licitación, la posterior ejecución no exige que se licite conforme a las normas de contratación pública las prestaciones necesarias que se subcontrataran en tanto, aunque el contratista fuera formalmente un poder adjudicador, ese negocio jurídico no tiene por objeto satisfacer una necesidad propia⁵⁸.

3.2. Los límites objetivos del contrato público

Es también necesaria cierta depuración conceptual para determinar si determinada relación jurídica tiene o no la consideración de contrato público⁵⁹. No todo negocio jurídico es contrato público y existen negocios jurídicos que pueden gestionarse al margen de dicha técnica⁶⁰.

⁵⁸ Y es que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador tiene la consideración de contrato público, como bien ha advertido, insistimos, la citada STJUE de 2 de junio de 2016, *Falk Pharma*, que se declaró que el sistema *open-house* utilizado en Alemania para seleccionar el precio de medicamentos reembolsables sin seleccionar un proveedor único y permitiendo la incorporación posterior de nuevos proveedores que asumiesen las condiciones establecidas, quedaba fuera del ámbito de aplicación de las directivas de contratación, precisamente por su carácter abierto. El sistema de adquisición enjuiciado en el caso *Falk* se basa en admitir como proveedor a todo operador económico que cumpla unos requisitos previamente establecidos. En el supuesto concreto sobre el que se plantea la cuestión prejudicial consistía en un acuerdo entre un seguro de enfermedad y todos los proveedores de medicamentos que aceptasen una rebaja de cuantía predeterminada en el precio, pudiendo adherirse a posteriori nuevos proveedores durante el período de vigencia. El Tribunal de Justicia rechaza expresamente la tesis de que el Derecho de contratación pública sea aplicable siempre que un organismo considerado poder adjudicador adquiriera bienes en el mercado y que dicho Derecho obligue a convocar una licitación, implicando necesariamente la celebración de contratos exclusivos. De acuerdo con la argumentación de la sentencia, no se trata de un contrato público en la medida de que no se selecciona a un único operador (fdo. 36 y 37), ni es un acuerdo marco, puesto que permanece durante toda su vigencia abierto a nuevos operadores (fdo. 41). Como conclusión (fdo. 42): «[...] no constituye un contrato público a los efectos de dicha Directiva un sistema de acuerdos, como el que es objeto del litigio principal, mediante el cual una entidad pública pretende adquirir bienes en el mercado contratando, a lo largo de toda la vigencia de dicho sistema, con todo operador económico que se comprometa a suministrar los bienes de que se trate en condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo una selección entre los operadores interesados y permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia de éste». Esta jurisprudencia permite, por ejemplo, que sea posible recurrir para la compra de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, a mecanismos diferentes a los «ordinarios» de contratación pública, conforme a los cuales se fijen condiciones generales, que pueden incluir o no rebajas sobre el precio de financiación a cargo del SNS, abiertas a una pluralidad de proveedores, incluso con la posibilidad de incorporación posterior de otros operadores económicos. Vid. J.M. GIMENO FELIÚ, «La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 202, 2019, pp. 325-340.

⁵⁹ Me remito a mi trabajo «Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 19-60.

⁶⁰ Y es que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador tiene la consideración de contrato público, como bien ha advertido, la STJUE de 2 de junio de 2016, *Falk Pharma*. Como explica, M. FUERTES LÓPEZ, en relación con la sentencia TJUE de 2 de junio de 2016, Dr. Falk Pharma GmbH, asunto C-410/14, no hay que aplicar la normativa de contratación pública cuando no hay problemas de competencia o porque se trata de modalidades contractuales no acogidas todavía en el Derecho europeo, M. FUERTES LÓPEZ, «Contratos excluidos de las Directivas europeas», en *administraciónpublica.com* (junio 2016). Sobre los efectos prácticos de la técnica *open house* reviste interés el trabajo de S. Díez Sastre, «Contratos "open-house": comprar

La normativa europea de contratación pública ha pretendido desde sus inicios conseguir una correcta gestión de los fondos públicos optando por una delimitación objetiva: el contrato público (art.2 Directiva 2014/24). Es decir, existe una clara metodología jurídica de carácter funcional —y no formal—, no solo en el ámbito subjetivo, sino, también, en el plano objetivo, que obliga, en primer lugar, a determinar si un negocio jurídico es, o no un contrato público⁶¹.

Materia que presenta perfiles no suficientemente claros, y donde la inercia dogmática del contrato administrativo puede contaminar la decisión interpretativa extendiendo de forma indebida unas reglas que no son propias para determinados negocios jurídicos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la adquisición pública de medicamentos, donde se observa «cierta confusión» conceptual y de preferencia en la aplicabilidad de las distintas técnicas de intervención del Derecho público⁶².

El concepto de contrato público exige abandonar las premisas de ámbito subjetivo como elemento principal. La perspectiva fundamentalmente subjetiva de nuestra LCSP (que gravita sobre el concepto de sector público y no de contrato público, como prevén las Directivas y las normas de desarrollo de otros países europeos) distorsiona el alcance de los conceptos jurídicos. Así, como la otra cara de la moneda de tratar de huir de las reglas contractuales mediante el subterfugio de personificaciones instrumentales, se observa una inadecuada interpretación de negocios jurídicos como contratos públicos, desvirtuando la propia naturaleza causal de la relación jurídica existente.

Para resolver este fenómeno, derivado de inercias, conviene una depuración conceptual desde las categorías propias del derecho administrativo

sin licitar», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA Nueva Época*, núm. 15, 2021, y G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, «Regulación y compra pública de medicamentos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 61-96.

⁶¹ Es lo que sucede, por ejemplo, con la acción concertada. Esta opción ha sido «validada» por las Sentencias TJUE de 11 de diciembre de 2014, *CroceRossa Italiana y otros* (asunto C-113/13) y de 28 de enero de 2016, *CASTA y otros*, Asunto C-50/14, que reconocen incluso la posibilidad de adjudicación directa. Opción que habilita la propia LCSP. Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, 2018, pp. 12-66. También X. LAZO VITORIA, «Prestación de servicios a las personas: ¿concierto social o contrato?», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 20, 2023, pp. 31-46.

⁶² No se alinea bien con la mejor salud el pensamiento economicista vinculado a reducción de precios en la provisión de servicios sanitarios o de medicamentos, pone en riesgo la propia esencia del modelo. Sirva de ejemplo la adquisición de vacunas, donde, por indebida aplicación de principios que guardan mala relación con el bien jurídico superior (como lo es la tensión competitiva) o por la falta de adecuada planificación en un «mercado» imperfecto y limitado de escala mundial que requiere de predictibilidad, se produce un efecto *bumerán*, impidiendo la rápida o completa inmunización de los ciudadanos (vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La adquisición masiva de vacunas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, 2021, pp. 80-88). Se confunde el procedimiento con el fin y se imponen rutinas sin valorar su impacto efectivo sobre la salud real. Lo mismo sucede con la gestión «de la salud», a veces lastrada por falta de cooperación (o con demasiada atomización administrativa en la toma de decisiones, que requieren una escala de mayor nivel), o de la autocomplacencia del «siempre se ha hecho así», que impide migrar hacia nuevas ideas, como la de trabajar en procesos y en modelos que pongan en valor el resultado. Existen ya interesantes experiencias que han validado este nuevo camino que nuestros responsables políticos deberían asumir desde la función de liderazgo que se les presupone.

y su interpretación desde la óptica europea. Lo que obliga a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el TJUE. Como advierte la sentencia TJUE de 22 de diciembre de 2008, *Magoora*, C414/07, apartado 44, «para alcanzar los resultados que el Derecho europeo persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva y dejando sin aplicación, de ser necesario, toda disposición contraria de la ley nacional». Es necesaria, en palabras de R. ALONSO GARCÍA, una interpretación de la norma nacional —y de los conceptos y instituciones— conforme al Derecho europeo. Y, como se expondrá, no toda prestación realizada por un poder adjudicador, aun siendo bilateral y onerosa (o de gasto para la entidad contratante), merece por ello la consideración de contrato público, al ser este un concepto claramente delimitado y con fronteras propias⁶³. Es decir, la interpretación funcional en derecho europeo alcanza al elemento objetivo y no sólo al subjetivo. Si olvidar, claro, *que en la calificación de un contrato (así como en su diseño) y en la interpretación de la normativa debe estarse a la causa del mismo*.

El considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública de forma clara: «Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público». Para ello la prestación debe estar incluida entre los distintos tipos contractuales: obras, suministros o servicios. Lo que obliga a delimitar las fronteras del contrato público pues no toda relación jurídica bilateral onerosa implica la existencia de contrato público. Y es lo que sucede con la adquisición de medicamentos (o vacunas, aunque estas tienen también ciertas singularidades)⁶⁴ o con los supuestos de cooperación horizontal, donde hay que recordar que el considerando 33 de la Directiva 2014/24 de contratación pública señala que «Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores.

Con el fin de cumplir esas condiciones, la cooperación debe estar basada en un concepto cooperador. Mientras se hayan contraído compromisos

⁶³ Un ejemplo de la incoherencia conceptual lo es la interpretación dada por alguna Administración pública en relación con la compensaciones y dietas. Esta compensación, regulada por el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, determina el derecho de los funcionarios a ser compensados de los gastos realizados por razón del servicio, en las cuantías y condiciones que reglamentariamente se determinen, tiene naturaleza indemnizatoria y, por ello, no resulta de aplicación la normativa de contratación pública (ni los trámites de factura electrónica, al no ser un proveedor el solicitante). Obviamente, en la gestión de dichas compensaciones deben respetarse los principios de simplificación administrativa, eficacia y eficiencia de gestión de los recursos, preservando la equidad compensatoria con unos límites máximos de compensación.

⁶⁴ G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, «Regulación y compra pública de medicamentos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 61-96.

de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público»⁶⁵.

Los contratos derivados de la explotación patrimonial como lo es la propiedad intelectual tienen la consideración de contratos privados (arts. 5.3 y 9 LPAP y 107.3 LPAP) y se regirán por las normas de derecho privado correspondientes a su naturaleza (no puede tener nunca consideración de contrato público), y así lo reitera expresamente el vigente art. 36 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI)⁶⁶. La finalidad de este precepto, que debe ser interpretado junto con la previsión del art. 60 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario⁶⁷, es valorizar la generación del conocimiento que proviene de los diferentes organismos públicos de investigación, aclarando que tendrán en todo caso la condición de contrato sometido al derecho privado y se aplicará la normativa patrimonial en tanto propiedad incorporal (negocio excluido de la LCSP *ex* art. 9.2), los contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación, suscritos con los organismos públicos de investigación que podrán ser adjudicados de forma directa sin sujeción a los procedimientos de la normativa de contratación pública. Aquí no hay duda interpretativa: si la prestación es, funcionalmente, generadora de conocimiento en los términos que expresa dicho art. 36, no existirá contrato público por el hecho de que la entidad contratante sea un poder adjudicador. Así hay que entender, conforme a los parámetros

⁶⁵ Vid. por todos, R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Negocios y contratos excluidos», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 294-306; M. VILLALTA REIXACH, «Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 325-368; y D. SANTIAGO IGLESIAS, «Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015.

⁶⁶ Como bien señalaba C. AMOEDO SOUTO («La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión», en J. PERNAS (dir.), *Contratación pública estratégica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 392-399), la voluntad del legislador era clara en este aspecto: considerar como contratos sometidos al derecho privado de estos contratos de valorización y transferencia de conocimiento científico.

⁶⁷ Este art. 60, relativo a la colaboración con otras entidades o personas físicas, prevé que los grupos de investigación reconocidos por la universidad, los departamentos y los institutos universitarios de investigación, así como su profesorado tanto a través de los anteriores como a través de los órganos, centros, fundaciones o estructuras organizativas similares de la universidad dedicados a la canalización de las iniciativas investigadoras del profesorado y a la transferencia de los resultados de la investigación, podrán celebrar contratos con personas físicas, universidades o entidades públicas y privadas, además de para actividades específicas de formación, «para la realización de trabajos de carácter científico, tecnológico, humanístico o artístico», trabajos, por tanto, coincidentes parcialmente con los previstos en el art. 36 de la LCTI, referido como se ha visto a los de «carácter científico y técnico». No hay dudas de la voluntad legislativa de excluir, por su singularidad, a estas prestaciones de la normativa de contratación pública porque NO son contratos públicos.

teleológicos y sistemáticos que refiere el art. 3 del Código Civil, la previsión del apartado 3 del referido art. 36 de la Ley de la Ciencia al indicar que si la prestación, por el objeto, fuera un contrato de servicios y no de conocimiento, el poder adjudicador aplicará, lógicamente, —como se explica en el Informe 32/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Pública estatal— la LCSP (se pretende evitar un fraude interpretativo para evitar una extensión indebida de la excepción). Por ello no podemos compartir la conclusión adoptada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en su Informe 34/2023, de 13 de diciembre, relativo «Sujeción a la normativa de contratación pública de un contrato a suscribir por una Administración, que tenga por objeto la transferencia de conocimiento de una universidad pública mediante la redacción de las bases de una ley», pues, en nuestra opinión, aborda la interpretación de forma incorrecta, obviando la finalidad de la regulación de la Ley de la Ciencia y su clara determinación de valorizar la generación de conocimiento como prestación ajena a lo que se considera un contrato público. La actividad de I+D resulta estratégica en el desarrollo económico de cualquier país y, en especial, de la consolidación del modelo de organismos públicos de investigación e innovación (del que forman parte las universidades) y por ello, la Ley de la Ciencia, como norma cabecera y ley especial (que desplaza las reglas de la norma general) excluye, como ya había hecho antes la Ley de Economía Sostenible, a estas prestaciones de generación de conocimiento de las reglas de contratación pública porque no es una actividad de mercado. Por ello, la interpretación de la Junta de Cataluña viene a vaciar de contenido la previsión específica de la Ley de la Ciencia, «corrigiendo» la clara e inequívoca voluntad del legislador lo que, a mi juicio, supone una línea roja que no se debe superar. Pretender considerar toda transferencia de conocimiento a adquirir por un poder público como contrato público es ir más allá del concepto europeo de contrato público, desplazando con dicha interpretación de forma inadecuada y desproporcionada la normativa sectorial aplicable. Interpretación que, además, puede suponer un freno innecesario a la actividad de I+D en España, lastrando la competitividad y la financiación por transferencia de los organismos de investigación.

Resulta, pues, indubitado, que los negocios que celebra un poder adjudicador para solicitar transferencia de conocimiento a una Universidad Pública en tanto tenga por finalidad la creación de propiedad intelectual, como lo es un estudio sobre una materia concreta con una propuesta de regulación jurídica, son contratos privados (y nunca un contrato público) ya que, junto a un evidente componente personalísimo que justifica la selección de la persona o equipo investigador, tienen, como generador de conocimiento, la consideración de propiedad incorporal y, por ello, *ex* art. 9, negocio excluido de las previsiones de la LCSP, lo que permite la selección directa con la Universidad en cuestión, y sin estar sometido a límites de precios (sería más adecuado hablar de retribución por adquisición). En esta categoría, como indica el art. 10 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, se incluyen la emisión de informes, estudios, análisis o validación de datos, etc., que impliquen «creación original» y donde es relevante el elemento cualitativo de quién realiza la actividad (sería conveniente que las universidades ofrecieran un catálogo extenso del tipo de actividad de transferencia que encaja en esta

categoría)⁶⁸. Por supuesto, se podrán realizar tantos contratos privados con una universidad pública como resulten necesarios y convenientes, sin que pueda aplicarse limitación alguna *ex art. 118 LCSP* al no tramitarse, ni poder tramitarse, esta adquisición de conocimiento como contrato menor⁶⁹. La adquisición de conocimiento científico, por tanto, queda al margen de las reglas y procedimientos de la contratación pública al no ser una actividad propia de mercado⁷⁰.

Existen, pues, relaciones jurídicas que van más allá del contrato público, en tanto tiene un fundamento normativo diferente, como bien ha explicado A. Huergo Lora⁷¹. Y se compromete el interés general con una indebida tipificación y «extensión» del régimen jurídico de la contratación pública.

⁶⁸ Avala esta interpretación el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, *sobre el ámbito de aplicación objetivo del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, donde, en relación a contratos para la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, para su difusión por parte de los organismos de radiodifusión, y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión, consideran que están excluidos del ámbito de aplicación objetivo en tanto son propiedad incorporeal. En este mismo sentido el Informe 11/2009, de 3 de diciembre de 2010, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

⁶⁹ C. AMOEDO SOUTO («La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión», *op. cit.*, pp.402-403) defiende y argumenta sobre la posibilidad de convenios de colaboración para articular esta relación de transferencia de conocimiento. Sin embargo, la redacción del actual art.6 LCSP, y su clara interconexión con la jurisprudencia TJUE sobre cooperación horizontal, dificultan, en mi opinión, esta opción.

⁷⁰ Conviene hacer referencia al aspecto de la titularidad de los derechos de explotación de esa propiedad intelectual, fruto de la actividad de transferencia realizada por el personal (docente e) investigador. El art.53 de la Ley de Economía Sostenible (LES), cuando habla de la transferencia de resultados en la actividad investigadora, tras afirmar que «estas disposiciones son aplicables a los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación realizadas como consecuencia del desempeño de las funciones que les son propias, por el personal investigador de las entidades mencionadas en el apartado anterior, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica por la que estén vinculados a ellas (art.53.2 LES)», asegura que «se considerarán objeto de propiedad industrial y de propiedad intelectual los reconocidos como tales en la legislación vigente al respecto (art.53.3 LES)», para luego, en el art.54.2 LES, manifestar que «los derechos de explotación relativos a la propiedad intelectual corresponderán a las entidades en que el autor haya desarrollado una relación de servicios, en los términos y con el alcance previsto en la legislación sobre propiedad intelectual». De lo que se deduce que esos derechos son, en lo que nos ocupa, de la universidad pública y, por ello, la causa de los negocios jurídicos *ex art. 83 LOU*, son realizados por las universidades, en tanto titulares de la propiedad incorporeal en cuestión.

⁷¹ A. HUERGO LORA, «Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA, Nueva Época)*, núm.8, 2017. Como nos recuerda, en materia de convenio no procede una estricta interpretación «formal» que atienda solo al «objeto», ya que se limitaría de forma indebida. Criterio avalado por la jurisprudencia del TJUE (por todas, sentencias de 4 de junio de 2020 (asunto C429/19) Remondis GmbH, y sentencia de 18 de junio de 2020 (asunto C328/19), Porin kaupunki, donde se advierte que formas de no son admisibles cooperación aparentes, no reales y efectivas.

4. LOS PARÁMETROS DE LA INTERPRETACIÓN: ALCANCE FUNCIONAL Y LÍMITES. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La complejidad normativa de la contratación pública, con diversas fuentes, obligan a una correcta hermenéutica que garantice los fines de la regulación. Lo que exige una visión funcional y horizontal de las normas y principios, para preservar, siempre, el efecto útil⁷².

La correcta aplicación de los principios regulatorios de la contratación exige su interpretación desde la óptica del resultado⁷³. Así, por ejemplo, la publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como se indicaba en la STJUE de 15 de octubre de 2009, (*Acoset*). Desde esa perspectiva habrá que prestar atención a los supuestos donde solo exista un único licitador⁷⁴.

También hay que insistir en que en la interpretación de las decisiones contractuales (y, en especial del interés público cuando es la causa del negocio jurídico) debe respetarse el principio de proporcionalidad. Dicho principio, desde la óptica del Derecho europeo, exige que los actos de los poderes públicos no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa y otros*, C-331/88, apartado 13, de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y otros*, C-133/93, C-300/93

⁷² La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM(2021) 245 final, referida a su informe *Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior*. En el Informe se concluye que «*resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE*». El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión *Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas — 2.ª ed.* (2021/C 237/01), en la que se incide en que «*Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)*».

⁷³ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, 1329/2018, de 19 de julio de 2018, rec. 2181/2016, recuerda la importante doctrina del TJUE sobre los principios generales de la contratación pública y cita la STJUE de 16 de diciembre de 2008, en el asunto C-213/07, que estableció que los principios mencionados «*implican, en particular, la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (vid., en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C 19/00, apartado 34, y de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C 448/01, apartado 47), constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 91, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, apartado 73); en el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, apartado 81, y de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C-21/03 y C-34/03, apartado 26)*».

⁷⁴ Sería un supuesto de *red flag*, como se indicará en el Acuerdo 60/2015 del TACPA.

y C-362/93, apartado 41, y de 5 de mayo de 1998, As. C157/96, *National Farmers' Union y otros*, apartado 60). Aplicado a un procedimiento objeto de Dictamen, debe entenderse que dicho principio obliga al órgano competente a adoptar la decisión más respetuosa y «equilibrada» con los distintos intereses en juego, descartando interpretaciones formalistas contrarias al resultado perseguido por la norma. En este contexto, el principio de proporcionalidad se erige como un parámetro fundamental de fundamentación, primero, y de control, después, de la actuación discrecional de los poderes públicos, que permite examinar la idoneidad, la necesidad y la correcta ponderación de sus decisiones a la luz de la finalidad que con ellas se pretende alcanzar. Este principio brinda un esquema de razonamiento que ha de ser utilizado tanto por la Administración como por los órganos de control, significativamente los órganos jurisdiccionales, a la hora de adoptar o, en su caso, verificar la conformidad a Derecho de un determinado acto o disposición general que suponga una restricción de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

El principio de proporcionalidad se caracteriza por las siguientes notas básicas⁷⁵:

a) Su carácter relacional, por cuanto compara dos magnitudes, el medio y el fin, que deben ser en todo caso lícitas. Si alguna de ellas es ilícita no procedería realizar un examen de proporcionalidad de la potestad discrecional, sino que estaríamos ante una infracción de los elementos reglados y, en consecuencia, sería necesario analizarla a la luz del principio de legalidad. Ello sin perjuicio de que, una vez comprobada la licitud de la magnitud en cuestión, pueda procederse a la verificación de su contenido material a través del principio de proporcionalidad.

b) Su carácter relativo al no desprenderse del mismo prohibiciones abstractas o absolutas, sino vinculadas al caso concreto. La ponderación de los intereses en conflicto debe ceñirse a las circunstancias concurrentes en cada supuesto, de tal modo que tanto el examen de magnitudes como la conclusión de proporción o desproporción a que se arribe han de ser individualizadas y en ningún caso pueden conducir a la proscripción general de un determinado instrumento jurídico.

Lo anterior permite comprender que el principio de proporcionalidad se configure como una herramienta que genera argumentación y fomenta una mayor racionalidad y coherencia en las decisiones adoptadas por los poderes públicos en el ejercicio de las potestades que tienen conferidas.

En síntesis, estamos ante un principio cuya principal virtud consiste en fomentar la argumentación en la toma de decisiones por parte de los poderes públicos y evitar que las posibles restricciones de los derechos e intereses legítimos del ciudadano sean desproporcionadas en relación con la finalidad que se pretende alcanzar. En este proceso de verificación de la racionalidad de las decisiones adoptadas se articula sobre la base de la estructura tripar-

⁷⁵ Por todos, en esta materia, B. GÓMEZ FARIÑAS, «El principio de proporcionalidad como parámetro de interpretación y control en materia de contratación pública», en libro el colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 387-404. *Ibid.*, en extenso, *El principio de proporcionalidad en la contratación pública*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

tita y escalonada del principio de proporcionalidad, que sirve a los órganos de control como guía en el camino de la argumentación que le conducirá a la resolución sobre la proporción o desproporción de la medida administrativa. En efecto, este principio presenta una estructura lógica compuesta por tres subprincipios o niveles de examen: «idoneidad», «necesidad» y «proporcionalidad en sentido estricto».

CAPÍTULO II

CALIDAD Y VALOR COMO ESTRELLA POLAR DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LA CIUDADANÍA

1. INTRODUCCIÓN. LA PREMISA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA ACTUACIÓN PÚBLICA MODERNA

La nueva realidad jurídico-económica exige de los poderes públicos una visión estratégica en un contexto económico globalizado donde las decisiones públicas deben, por lo demás, adecuarse a las reglas sectoriales y alinearse con exigencias del derecho a una buena administración¹. Esta perspectiva del buen gobierno, como bien viene argumentando desde hace tiempo el profesor J. Ponce², obliga, como recuerda el profesor J. Rodríguez Arana, a superar la estricta visión «administrativa» de la actuación pública³, que debe dejar paso

¹ Por todos, en la doctrina española, J. PONCE SOLE, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Universidad Alcalá de Henares (UAH), 2019; T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El derecho a una buena administración en la sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019», *Revista de Administración Pública*, núm. 209, 2019, pp. 247-257; J. CARRILLO DONAIRE, «Buena administración ¿un principio, un mandato, un derecho subjetivo?», en el libro colectivo *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 1137-1165; y J.A. MORENO MOLINA, *El derecho a una buena administración*, Universidad Castilla La-Mancha, 2022.

² Por todos, entre sus trabajos, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, 2001. *Ibid.*, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Universidad Alcalá de Henares (UAH), 2019. En la doctrina, también T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El derecho a una buena administración en la sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019», *Revista de Administración Pública*, núm. 209, 2019, pp. 247-257; y J.A. MORENO MOLINA, *El derecho a una buena administración*, op. cit.

³ J. RODRÍGUEZ ARANA, *El buen gobierno y la buena administración de Instituciones Públicas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

a una visión moderna que pivota en el resultado y que diseña las decisiones públicas económicas en clave de inversión y no como gasto. toda administración pública moderna, que, insistimos, debe ser proactiva y no meramente reactiva, procurando siempre la mejor satisfacción del interés general, lo que obliga a articular mecanismos de gobernanza pública de la actividad económica que promuevan un «crecimiento inteligente y socialmente responsable».

En el siglo XXI la función del Derecho público y de la contratación pública (cada vez más globalizada⁴) debe asentarse sobre el pilar de la buena administración⁵. Buena administración como parámetro para implementar políticas públicas tan relevantes como la protección del medio ambiente (también la adecuada alineación con los objetivos ODS⁶) por lo que conviene alguna serie de reflexiones de alcance global —pues los objetivos a favor de la sostenibilidad, social y ambiental, son, como indica el papa Francisco, una cuestión global (y sin fronteras)— que permitan impulsar y facilitar una correcta e «inteligente» gestión pública que debe orientarse *la estrella polar de la calidad de las prestaciones para facilitar la navegación de contratación pública estratégica*⁷. *Una contratación pública que, en todo caso, debe estar al servicio de la ciudadanía y que por ello debe pensar en valor y resultados*⁸.

Asimismo, transparencia, rendición de cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura de la gobernanza pública económica (y de la contratación pública global) en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética⁹. Brújula que señala como norte una visión estratégica y horizontal de planteamientos excesivamente burocráticos o formales y pos-

⁴ A respecto es de especial interés las reflexiones contenidas en la obra colectiva dirigida por E. DÍAZ BRAVO y J.A. MORENO MOLINA, *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, Tirant lo Blanch, 2020. Y en especial, como precursor y referente el trabajo de J. RODRÍGUEZ ARANA, «Los principios del Derecho Global de la contratación pública», *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 66, 2011, pp. 29-54.

⁵ J. PONCE SOLE, «La lucha por el buen gobierno y la buena administración como vocación del Derecho administrativo del Siglo XXI. La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, 2016, pp. 57-84.

⁶ Sobre los ODS y la contratación pública, por todos, J.M. GIMENO FELIÚ, «La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción», en J. ESTEVE PARDO (dir.), *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local, núm. 32, Madrid, Fundación y Democracia Gobierno Local, 2021, pp. 67-100.

⁷ Me remito a J.M. GIMENO FELIÚ, «Reflexiones sobre la aplicación de la normativa contratación pública en España: en búsqueda de la estrella polar», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2022*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 17-48.

⁸ En este contexto se alinean, por cierto, varias de las propuestas de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, aprobada por la OIResCon el 28 de diciembre de 2022, en tanto se pretende impulsar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación, mejorar la transparencia y la integridad (prevención de la corrupción) o, promover un modelo que ponga en valor la calidad de la prestación como elemento que en muchas ocasiones resulta irrenunciable de la gestión del contrato y manifestación concreta del principio de eficiencia y control del gasto.

⁹ Justicia social (que forma parte del art. 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del art. 9.2 CE. Basta recordar como ya en 1944 la importante Declaración de Filadelfia (actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo) declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social.

tulados meramente economicistas¹⁰. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en cómo utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de regulación para preservar la mejor calidad en la prestación de los «servicios públicos» desde esta lógica de los ODS, que son también brújula ética del sector privado. Frente a empresas que ponen el acento en una estricta visión mercantil que vincula el éxito al mayor beneficio, existen cada vez un mayor número de organizaciones empresariales que hacen de la responsabilidad social corporativa su principal identidad, fijando su éxito más allá de la lógica del mayor rendimiento económico (y sin atajos fiscales o de corrupción), vinculando su propia justificación al compromiso social, tal y como sucede con muchas empresas del tercer sector. Una sociedad que tenga clara la dirección ética debe reconocer y poner en valor esta forma de gestión empresarial, fomentando las relaciones con estas frente a empresas «especuladoras».

2. CONTEXTO DE UNA NUEVA CULTURA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: INVERSIÓN, CALIDAD Y RESULTADO *VERSUS* AHORRO PRESUPUESTARIO Y PRECIO

La contratación pública, pese a la trascendencia económica, social y política no parece que (al menos en España) se busque en el cielo de las estrellas un elemento de referencia, percibiéndose que en la «navegación española en el océano de los contratos públicos» no existe una estrella polar que sirva de guía universal con lo que, en unas aguas donde la burocracia y sus trámites innecesarios (motivada en el «siempre ha sido así») o la inercia a comprar a precio más bajo sin contrastar calidad ni efectividad de la prestación, a modo de la sirenas en el viaje de Ulises camino de Ítaca, nos ha hipnotizado y no nos permite avanzar hacia el puerto de la buena administración, que es la correcta satisfacción del interés general que demandan nuestros ciudadanos¹¹. Urge, por ello, abandonar el modelo heredado del contrato administrativo o estatal, que pivota sobre privilegios y potestades, con un claro enfoque presupuestario y de contención del gasto, olvidando que la contratación pública es inversión, lo que tiene un caro efecto de freno a ciertas políticas públicas¹².

¹⁰ Así lo indicaba ya en mi estudio *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 18.

¹¹ La Comisión Europea, al abordar el importante papel que la contratación pública debe desempeñar en la transición hacia una economía circular, subraya que la contratación circular «*implica ir más allá de buscar el precio de compra más bajo*» y requiere evaluar la calidad y los aspectos de circularidad de las ofertas (Documento de la Comisión Europea, Contratación pública para una economía circular. Orientación y buenas prácticas, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2018 (cursiva nuestra)).

¹² Idea que expone con claridad el trabajo de J. L. MEILAN GIL, «Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, pp. 11 y ss. Esta necesidad de actualización es evidente en los temas de los modificados contractuales (p. 30). En el fondo, se diluye la categoría del contrato administrativo, caracterizado, por un derecho exorbitante, de tal manera que el enigma del contrato administrativo (en sugerentes palabras de G. ARIÑO ORTIZ, «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007, pp. 79-102) parece resolverse hacia una

La estrella polar de la contratación pública con vocación estratégica, con esa vocación de «globalidad», entre otros principios que «brillan con fuerza» (como la transparencia, la rendición de cuentas o la integridad) debe ser la calidad y el valor del resultado de la prestación¹³. Y no el precio en una errónea visión economicista, que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del «ahorro» sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, lo que lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración que, como bien ha señalado J. TORNOS MAS «es el alma de la nueva administración»¹⁴. La exigencia de calidad en la gestión pública (con el instrumento del contrato público) no significa un mayor gasto, ni cuestiona en si misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda decisión pública, de regulación o de intervención sobre el mercado (no hay que confundir precio con valor). Ni, por supuesto, distorsiona la neutralidad competitiva¹⁵.

El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio¹⁶. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Y es que el principio de

regulación del contrato público ya no justificada en el *imperium*, sino en la transparencia para preservar un modelo de concurrencia.

¹³ Es más, conforman un elemento de lo que sería la correcta aplicación del principio de buena administración (por todas STJUE 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates*, que lo vincula a la diligencia). Difícilmente se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y el contrato.

¹⁴ J. TORNOS MAS, «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», en el libro colectivo *Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza, Justicia de Aragón, 2008, p. 630. Desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de «justicia social» sobre las que se cimientan los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030 de Naciones Unidas), que deben ser el impulso para rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente «numérica e insensible» sobre los resultados.

¹⁵ OCDE, «Recommendation of the Council on Competitive Neutrality», OECD/legal/0463, de 31 mayo de 2021, disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0462>

¹⁶ Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a M. VAQUER CABALLERÍA, «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 186, 2011, pp. 91 y ss.; T. MEDINA ARNAIZ, «Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 121, 2013, pp. 87-97; J.M. GIMENO FELIÚ, «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», número monográfico de *Presupuesto y Gasto Público* sobre «calidad institucional, transparencia y buen gobierno», núm. 82, 2016, pp. 137-158; y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Los criterios de adjudicación de los contratos públicos», en el libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*, E. GAMERO e I. GALLEGU (dirs.), op. cit., pp. 1387-1393 y también R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque», en el libro colectivo *Compra pública verde y cambio climático*, X. LAZO VITORIA (dir.), 2022, Barcelona, Atelier, pp. 209-26.

competencia, con ser importante, es instrumental pues interesa, como primer objetivo, la mejor satisfacción del interés general, motivo por el que, como bien advierte la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, la finalidad última es conseguir una regulación eficiente¹⁷. Esta ha sido, por lo demás, la solución adoptada en el reciente Código italiano de contratos públicos (31 de marzo 2023) que regula como primer principio el de resultado¹⁸.

La contratación pública, con el brillo de la estrella polar (calidad y valor) debe orientar su rumbo desde la óptica de inversión y no de mero gasto presupuestario. Así lo expresa, desde el máximo nivel político, el importante documento del Consejo europeo «Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente» (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública, insiste en la necesidad de su función estratégica y en que «Hay que *reforzar la economía europea* y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados *sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios*; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública» (la cursiva es nuestra).

Urge abandonar la idea del precio como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de gestión pública (en especial de prestaciones dirigidas a personas o servicios públicos esenciales). Previsión expresamente impulsada por el art. 67.2 de la Directiva de contratación pública de 2014, al indicar que «El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad». Es decir, el precio puede sustituirse por coste decidiendo la oferta sobre criterios de calidad¹⁹.

Por ello, en especial en ámbitos de prestaciones a las personas (como la salud o los servicios sociales) la referencia debe ser necesariamente el valor atendiendo a los resultados.

Una inadecuada política de «ahorros desproporcionados» puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo ineficiencias o «fuego amigo», como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión (lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo)²⁰. El interés general, como causa del contrato, puede aconsejar soluciones jurídi-

¹⁷ Sobre esta idea de regulación eficiente en la contratación pública puede consultarse el último Informe de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia: *Guía sobre encargos a medios propios y convenios*, marzo de 2023 (disponible en <https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia-encargos-medios-propios-y-convenios>).

¹⁸ Vid. M. COZZIO y F. TITOMAGLIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, Key, 2023.

¹⁹ El derecho europeo, en palabras muy ilustrativas de R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, hace jaque a la política del precio en la contratación pública. «Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático el precio en jaque», *op. cit.*, pp. 209-262.

²⁰ J.M. GIMENO FELIÚ, «Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)», en el libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2020*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 23-50.

cas distintas a las «ya tradicionales», donde el precio podría no ser un criterio de adjudicación y si criterios referidos a mejor oferta técnica y mejor rendimiento (o volumen) de la oferta, resultando indiferente un eventual ahorro, desde la gestión presupuestaria del contrato, lo que podría alinearse con los principios de eficacia y eficiencia (mayor valor). Esto es especialmente relevante en el ámbito de la salud, donde hay que articular nuevas soluciones (pasar de suministro a servicios para valorar procesos y optar por fórmulas multi-adjudicatario) que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger —la salud de los pacientes—, lo que desplaza el principio tradicional de tensión competitiva inherente al mercado ordinario de los contratos públicos.

Contratación pública estratégica como resultado necesario del camino marcado por la estrella polar de la calidad y el valor del resultado, que obliga, claro, a una previa definición de la estrategia a promover (y de planificación), para poder fijar la mejor ruta de navegación práctica, que permita «llegar a puerto con rapidez y sin incidencias»²¹. Contratación pública estratégica que no debe ser una mera opción sino que, desde su carácter preceptivo por exigencias europeas y de la propia LCSP (como queda claro con las previsiones de los arts. 1.3, 28, 145 0 202) debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable²², como se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza²³, donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito (así se ha venido destacando, también, por el Foro de Compra Pública Responsable).

Un buen ejemplo es la estrategia del Gobierno de Norteamérica mediante la estrategia de compra pública limpia²⁴. Y es que la sostenibilidad ambiental

²¹ Me remito a J. M. GIMENO FELIÚ, «La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad», *op. cit.*, pp. 89-97. En este contexto puede citarse la proposición no de Ley aprobada por consenso de todos los grupos de las Cortes de Aragón de 5 de mayo de 2022 (núm. 209/22), sobre la inclusión de consideraciones de sostenibilidad social, medioambiental y sostenibilidad económica en las licitaciones de la Administración Pública.

²² Por todos, J. A. MORENO MOLINA, *Compra pública socialmente responsable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022 y «Criterios sociales de adjudicación en el marco de la contratación pública estratégica y sostenible post-COVID-19», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 210, 2021, pp. 45-78. También V. AGUADO I CUDOLA, *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021; B. PALACÍN SÁENZ, *A la responsabilidad social por la contratación pública*, Madrid, Editorial BOE, 2022; L. FUERTES GINÉ, «La contratación pública sostenible bajo la lente del concepto paraguas», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58, 2021 y C. DE GUERRERO MANSO, «Contratación Pública y Derechos Humanos», *Revista de Contrataciones Públicas*, núm. 8, diciembre 2022. También de interés el libro colectivo E. GALÁN e I. RUIZ (dirs.), *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023.

²³ Firmada el 10 de noviembre de 2021 puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>.

²⁴ El presidente Biden encargó a su Administración, a través de su Plan Federal de Sostenibilidad de diciembre de 2021 y de la Orden Ejecutiva 14057, que pusiera en marcha un grupo de trabajo y una iniciativa *Buy Clean* para promover el uso de materiales de construcción con

no es una exigencia estética ni una moda, sino una herramienta generadora de valor, en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas. *En definitiva, la compra pública verde ya no es una mera opción, sino que debe ser parte del ADN de una administración pública comprometida con la necesidad de avanzar hacia un modelo de crecimiento económico inteligente que tiene a la sostenibilidad como objetivo de primer nivel.*

Para ello, como venimos insistiendo, hay que superar interpretaciones rígidas y un tanto descontextualizadas para, por ejemplo, integrar como regla general en las cláusulas de los contratos públicos requisitos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, superando, insistimos, una indebida estricta vinculación directa al objeto del contrato, para combatir la precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación²⁵. Por supuesto, un parámetro de especial relevancia, como bien explica J. Pernas García (referente en esta cuestión), debe ser el respeto del principio de no causar un daño significativo al medioambiente (principio DNSH por sus siglas en inglés, *Do No Significant Harm*), así como las condiciones específicas vinculadas a este principio en la normativa vigente²⁶.

bajas emisiones de carbono y fabricados en Estados Unidos. A través de la estrategia *Buy Clean*, el Gobierno Federal prioriza por primera vez el uso de materiales de construcción fabricados en Estados Unidos y con bajas emisiones de carbono en la contratación pública federal y en los proyectos financiados con fondos federales. De este modo se fomenta la capacidad industrial de Estados Unidos para suministrar los bienes y materiales del futuro, al tiempo que se crean buenos empleos para los trabajadores estadounidenses. Puede consultarse en: <https://www.sustainability.gov/buyclean/>

El Grupo de Trabajo *Buy Clean* está copresidido por el Director Federal de Sostenibilidad y la Oficina de Política Climática Interior de la Casa Blanca. El Grupo de Trabajo incluye representantes de los Departamentos de Comercio, Defensa, Energía, Seguridad Nacional, Vivienda y Desarrollo Urbano, Salud y Servicios Humanos, Interior, Estado y Transporte; la Agencia de Protección Ambiental; la Administración de Servicios Generales; la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio; la Administración de Veteranos; la Oficina de Política Climática Nacional de la Casa Blanca, el Consejo de Calidad Ambiental, el Equipo de Implementación de Infraestructuras, la Oficina de Innovación e Implementación de Energía Limpia, y la Oficina de Gestión y Presupuesto. En conjunto, las agencias del Grupo de Trabajo representan el 90 por 100 de todos los materiales de construcción financiados y adquiridos por el gobierno federal.

²⁵ La OIResCon, en su reciente *Informe sobre contratación estratégica* (2022), advierte de la insuficiencia de la visión estratégica de la contratación pública en España. Urge una nueva cultura en la gestión pública que promueva una interpretación funcional (y no formal) que debe alinearse con los objetivos estratégicos. Con anterioridad, ya en el *Informe trienal de la JCCPE sobre la contratación pública en España 2018-2020* y la contratación social y estratégica se realizan algunas consideraciones generales acerca de la complejidad de la contratación pública estratégica, identificando como una fuente de inseguridad jurídica la falta de una interpretación unívoca del principio de vinculación de las cláusulas estratégicas (sociales, medioambientales, innovadoras) con el objeto del contrato. Así, se plantea la necesidad de que desde la Comisión Europea se clarifique el marco jurídico de la contratación pública estratégica, y en especial cómo debe interpretarse el requisito de vinculación del criterio o condición con el objeto del contrato, teniendo en cuenta la doctrina del TJUE (entre otras, la Sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-36/10). Razona la JCCPE que esta clarificación «vendría a complementar lo indicado por la Comisión Europea en sus documentos sobre contratación pública socialmente responsable», a destacar: la Comunicación *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE* (24.7.2019, C (2019) 5494 final); y la Guía *Making Socially Responsible Public Procurement Work: Good practice cases* (mayo 2020) (pp. 143-145 del Informe).

²⁶ J. PERNAS GARCÍA, «Hacia una compra pública verde “en serio” de la mano del principio DNSH: propuesta básica para su necesaria articulación jurídica y técnica», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, octubre-noviembre, 2022 y muy especialmente J. PERNAS GARCÍA, «El principio DNSH del mecanismo de recuperación y resiliencia y su incidencia en la gestión

Asimismo, en esta nueva visión guiada por los parámetros de calidad —donde combatir los efectos del cambio climático es elemento ineludible— debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para *Environmental, Social and Governance*) promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)²⁷.

3. LA «REEVALUACIÓN» DEL CRITERIO PRECIO Y DE LAS POLÍTICAS QUE FOMENTAN LA REDUCCIÓN DEL PRECIO COMO ELEMENTO DETERMINANTE EN TANTO COMPROMETEN LA CORRECTA PRESTACIÓN

Los modelos de contratación pública (y muy especialmente los negocios concesionales) se vinculan de forma muy directa a la forma de prestación de los servicios públicos, es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos²⁸. Hay que recordar que el art. 67.2 de la Directiva de contratación pública de 2014 contiene la previsión de sustituir el precio por el coste vinculando la selección a los criterios de calidad.

En una filosofía moderna e inteligente de la contratación pública como herramienta pública (de marcado carácter horizontal), debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión y, por ello, un modelo de riesgos con ofertas a pérdidas no resulta admisible pues cuestiona la sostenibilidad del modelo de colaboración comprometiendo el interés público. Además, esta posibilidad se aleja (o quebranta) de los principios regulatorios de la contratación pública (especialmente vinculados al interés general en los modelos concesionales) y podría estar favoreciendo mediante un mercado secundario de concesiones

contractual del plan de recuperación, transformación y resiliencia», en el libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2022*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 297-341. El principio de no causar perjuicio significativo a objetivos ambientales (conocido como principio DNSH) es compra pública verde obligatoria en el marco de la gestión de las inversiones del PRTR. Representa un cambio de cultura administrativa en la planificación y definición de inversiones públicas, para garantizar la coherencia de la actividad de compra con las políticas económicas de transición ecológica, que va más allá de la gestión de los fondos de Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. El principio DNSH marca el camino para una compra pública sostenible «en serio» y cómo articularla a nivel jurídico, orgánico y técnico.

²⁷ Se evita, así, un *dumping* social, y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Vid. C. DOLAN y D. BARRERO ZALLES, *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*, Business Expert Press, 2021; y J. MORCILLO MORENO, «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al *dumping* social intracomunitario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 47-48, 2016, pp. 180-209.

²⁸ El contrato público y la concesión son herramientas para la mejor satisfacción de necesidades de la ciudadanía, por lo que hay que preservar una gestión pública que preserve la idea del necesario equilibrio jurídico entre lo público y lo privado y la seguridad jurídica de las inversiones. Al respecto, *in totum*, me remito al estudio de J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS, *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017.

una «burbuja subprime» en el ámbito concesional, en tanto que empresas concesionarias de servicios asumirían carteras inviables económicamente. Y ello pondría en riesgo el correcto cumplimiento de la prestación y, por ende, del interés público, por lo que una oferta a pérdidas debe ser considerada ilegal y motivo de rechazo por parte del poder adjudicador. La fijación de precios, en el equilibrio y tensión que ha de mantenerse entre los principios de eficiencia y competencia, tiene que evitar que la presentación de ofertas en pérdidas ocasione un *dumping* consistente en la eliminación de competidores que, como es conocido, es una práctica proscrita por la legislación de defensa de la competencia y deriva, en forma efectiva, en una desigualdad de trato de los licitadores²⁹. Además, no puede desconocerse que la oferta exige una visión global y no meramente limitada al precio, y que el elemento de referencia para validar, o no, una determinada oferta es el óptimo cumplimiento de la necesidad del objeto de la prestación (con los distintos fines públicos estratégicos que se hayan utilizado) y no la concreta estrategia, desde la óptica de la competencia, que realice esa concreta empresa. Es cierto que uno de los principios sobre los que sustenta la contratación pública, como bien explica P. Valcarcel Fernández, es el Derecho de la competencia³⁰. Pero, en mi opinión, se trata de un principio instrumental y no de carácter sustantivo (al igual que sucede con el principio de libre competencia o el de la correcta gestión presupuestaria), que debe alinearse con la función estratégica de la contratación pública tal y como se posiciona claramente, por cierto, el Consejo de la Unión Europea, en el documento «Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente» (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública insiste en la necesidad de su función estratégica. En este documento se indica que *«Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la compe-*

²⁹ Sobre este particular, puede destacarse la reciente entrada en vigor del Reglamento (UE) 2022/2560, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior. Dicha norma ofrece nuevas herramientas para combatir las medidas de fomento originarias de terceros Estados que pueden introducir distorsiones competitivas, por ejemplo, en los procedimientos de contratación pública. Acerca de esta regulación de la Unión puede consultarse J. ESTEBAN RÍOS, «El nuevo control europeo de las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior: régimen jurídico y especialidades en materia de contratación pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63, 2023.

³⁰ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos: ¿son admisibles?», *Revista de Administración Pública*, núm. 217, 2022, pp. 91-134. Se trata de un excelente trabajo con importantes reflexiones sobre el funcionamiento del precio, y sus límites, en la contratación pública donde se avala la visión estratégica de la compra pública frente a una compra en mera clave económica de reducción de precios. Sobre la necesidad de respetar las finalidades y características propias de la contratación pública y del derecho de la competencia puede consultarse P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y A. MIÑO LÓPEZ, «Hacia la prevención de los cárteles en la contratación pública», en el libro colectivo *La lucha contra los cárteles en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 877 y ss.

tencia, los precios y los procedimientos de contratación pública»³¹ (cursiva nuestra). En este nuevo contexto hay importantes retos y desafíos donde hay que articular nuevas soluciones que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger³².

Interesan estas precisiones en tanto puede ayudar a determinar cuál es el «valor de los distintos bienes jurídicos en juego», pues la calidad de la prestación es la causa del negocio jurídico y el precio un instrumento para conseguir tal finalidad³³. La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisional tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. Y aquí radica la importancia de la visión estratégica de la contratación pública. Lo que guarda directa relación como elemento ineludible de lo que es la oferta del licitador que, en todo caso, debe ser un precio de mercado (lo que impide por sí ofertas a pérdidas)³⁴. Es imprescindible que la determinación del precio del contrato permita no falsear la competencia, garantizar la igualdad de trato de los licitadores y, principalmente, asegurar el resultado que se pretende con la contratación de una concreta prestación.

³¹ Y para ello se pide a la Comisión y a los Estados miembros *que cooperen en la elaboración de directrices y criterios por medio de una metodología común para ayudar al sector público a aprovisionarse a través de cadenas de suministro transparentes, fiables, flexibles y diversificadas con el objetivo de reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública. Y se pide también a los Estados miembros que elaboren políticas y estrategias de compra integrales que, en particular, deben centrarse en sectores en los que la demanda pública tiene un impacto significativo, como los medicamentos, los productos sanitarios o las tecnologías de la información, teniendo asimismo en cuenta aspectos relativos a la resiliencia, la gestión de riesgos y la seguridad del suministro.* (cursiva nuestra).

³² Por ello, estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atiendan a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio único como factor determinante en la compra pública. J. M. GIMENO FELIÚ, «El necesario *big bang* en la contratación pública...», *op. cit.*, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022.

³³ Vid. C. A. ROMERO MOLINA y L. A. GÓMEZ MONTERROZA, «La calidad en la contratación pública desde el *softlaw* OCDE», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2022*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp.75-94.

³⁴ Por ello, cuando se pone en cuestión el propio mercado, máxime si se puede erosionar indebidamente el mejor cumplimiento del interés general, la propia justificación de la correcta aplicación de los principios de la contratación pública obliga a negar la viabilidad jurídica de valores predatorios. La competencia propia de la contratación pública pretende tensionar, dentro de unos márgenes, el mercado (lo que sería la flexibilidad), pero la oferta a pérdidas supone «romper la goma» del fin del procedimiento licitatorio (vinculado a un nivel óptimo de calidad), pues va más allá del núcleo del concepto de riesgo y ventura del contrato. Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «A propósito de la (IN) adecuación a los principios de la contratación pública de ofertas a pérdidas en la contratación pública y en negocios concesionales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 60, 2022.

En el art. 101 de la LCSP se regula el modo en que debe determinarse. El método para calcularlo es fundamental, pues el resultado de este cálculo determinará la regulación jurídica aplicable a la licitación y adjudicación. De acuerdo con el art. 101.7 LCSP: «La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato».

Lo relevante es que en ambos casos esos dos valores que sirven de base para la licitación tienen que responder a valores de mercado. No es la disponibilidad financiera la que determina el presupuesto base de licitación, sino que, por el contrario, son los valores de mercado: de acuerdo con el art. 100.2 LCSP, «los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado». Tanto respecto a este concepto como respecto al valor estimado del contrato se establece categóricamente que deben estar basados en precios de mercado. De la LCSP se desprende con claridad que, al concretar estos dos aspectos —el precio base de licitación y el valor estimado del contrato—, los órganos de contratación deben basarse en cuantías reales, justificadas, ligadas a valores de mercado. La Ley es clara cuando obliga a que en su cálculo estén detallados y desglosados los costes directos, indirectos y el beneficio industrial que podría obtener el contratista. Como ha señalado la doctrina, «con estas exigencias lo que se pretende es que los poderes adjudicadores ofrezcan datos fidedignos que permitan a los licitadores preparar bien sus ofertas y evitar que el sector público ponga en el mercado negocios no rentables»³⁵.

Como hemos venido recordando, la calidad de la prestación es un elemento irrenunciable en la propia gestión del concreto contrato público pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta.

Para cumplir este objetivo es necesario, además de un cambio de «cultura» (superar la «presión política» de hacer más por menos y a corto plazo)³⁶, disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*), con la finalidad de «acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo (W. Denning)³⁷.

³⁵ P. VALCÁRCEL, «Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos, ¿son admisibles?», *op. cit.*, p. 106.

³⁶ Al respecto, me remito al estudio colectivo J.M. GIMENO, J. TORNOS, y otros, *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Barcelona, Cámara Comercio Barcelona/Esade, 2019.

³⁷ J.M. GIMENO FELIÚ, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019, pp. 102-112.

Estas exigencias de «calidad», con respeto a los principios europeos de la contratación pública puede servir para evitar la precarización de las condiciones laborales y desincentivar la deslocalización empresarial (puede servir para no penalizar a las empresas europeas, ni a las pymes y ayudar al fomento los objetivos europeos de la economía circular)³⁸.

Establecer umbrales a superar en los aspectos técnicos, regla general en procedimientos negociados y dialogo competitivo, resulta posible (y conveniente) en los procedimientos abiertos. Así lo acaba de declarar la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de septiembre de 2018, Montte SL contra Musikene, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante resolución de 21 de octubre de 2016, en relación a la normativa española, al admitir que en los procedimientos abiertos se puede incorporar fases para valorar aspectos técnicos que de no superar el umbral permite la exclusión de la oferta. Esta sentencia avala, por tanto, el elemento cualitativo de toda oferta como un elemento determinante de la contratación pública y evita que ofertas técnicas deficientes puedan ser adjudicatarias en virtud del peso del criterio precio.

Por supuesto la calidad debe servir para la «discriminación de ofertas», y generar una adecuada tensión competitiva, tanto a nivel de fijar una solvencia empresarial adecuada como de fijar los criterios de adjudicación. Las Directivas europeas de contratación pública afirman que la oferta económicamente más ventajosa se determinará sobre la base del *precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al art. 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales* vinculados al objeto del contrato público de que se trate³⁹. Se utiliza, por tanto, el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la oferta más ventajosa.

Desde estas premisas se puede destacar el contenido del Decreto-ley 1/2022, de 2 de marzo, *de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública* para la reactivación económica aprobado por la Comunidad Autónoma de Extremadura, donde se recuerda el actual contexto de crisis y de la necesidad de una compra pública estratégica, afirmando en su exposición de motivos Se intenta también recoger inquietudes y demandas del ámbito empresarial que, acuciado por las dificultades del momento actual, necesita las mejores condiciones en los procedimientos de contratación que pueda ofrecer el marco normativo al que estamos sujetos. Por ello, en el repertorio de medidas articuladas en el decreto-ley se concluye que, sin necesidad de llegar al extremo de licitaciones a precio fijo, debe posibilitarse la uti-

³⁸ Así se pone de relieve en el Informe de la Comisión europea «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior».

³⁹ La Directiva 2014/24 introduce el concepto de ciclo de vida en su art. 2, apartado 20, estipulando que este incluye «todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización».

lización de fórmulas de valoración de las ofertas económicas que, poniendo en valor la relación entre la calidad de las prestaciones a contratar y su coste, eviten la presentación de ofertas mediocres a causa de la minoración de los precios ofertados o que no puedan llegar a ejecutarse conforme a contrato debido a su falta de viabilidad económica, poniendo en riesgo la satisfacción del interés público que subyace de los contratos.

Es por ello, que en estos momentos se apuesta por la reducción progresiva de la valoración de las ofertas a partir de un determinado nivel de baja o la no concesión de puntos adicionales a las ofertas que sean inferiores a una determinada cifra, los denominados por la doctrina como umbrales de saciedad, haciendo efectivas las expresiones recogidas en la legislación estatal de oferta económicamente más ventajosa, la mejor relación coste-eficacia, la mejor calidad-precio, y el menor coste del ciclo de vida. Todas ellas se refieren y llevan intrínseca la relación entre el precio, la viabilidad económica y la calidad de las ofertas. Incluir umbrales de saciedad, desde un punto de vista práctico, reduce las diferencias en las puntuaciones que obtienen las empresas en las proposiciones económicas y, por ende, se les concede un mayor protagonismo a las puntuaciones relativas a cuestiones técnicas, de calidad, organizativas, etc. Esta forma de valorar las proposiciones económicas, perfectamente válidas y compatibles con las buenas prácticas en los procedimientos de contratación, es una herramienta más para tratar de evitar que determinadas propuestas económicas afecten a los objetivos de la contratación pública en términos de calidad final de las prestaciones del contrato, evaluadas a lo largo de todo su ciclo de vida»⁴⁰. Validez de umbrales de saciedad confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo 1786/2024, de 5 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1786) que declara que: «La admisibilidad en nuestro derecho de los umbrales de saciedad como criterio valorativo encuentra su mejor argumento de apoyo en la regulación contenida en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. *En la Directiva resulta claro que el criterio relativo al precio no equivale necesariamente a precio más bajo, pues al lado de criterios de valoración basados en costes incorpora otros criterios que permiten la valoración de la calidad de los servicios, en búsqueda de la mejor relación calidad-precio*» (cursiva nuestra).

Por último, conviene reflexionar sobre el papel que el precio debe tener en las licitaciones públicas. Como se explicará, conviene avanzar hacia nuevos modelos que pongan la atención en el valor de la prestación, y no tanto en el precio, y en una visión alejada de la inercia a ponderar como mejor el ahorro

⁴⁰ Esta nueva función del precio (valor) vinculado a la calidad ha sido reconocida por el Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 822/2019. La saciedad, en mi opinión, debe funcionar como indicio de anormalidad de tal manera que una oferta que supere ese umbral y justifique su normalidad puede ser admitida corrigiendo proporcionalmente la asignación de puntuación. *Vid.* sobre esta cuestión G. MARTÍNEZ MONTES, «Calidad y precio en la contratación pública. Los umbrales de saciedad y su sentido estratégico», en *Revista electrónica Observatorio de la Contratación Pública*, enero 2020. Respecto a la legalidad de los umbrales de saciedad, cuestión controvertida dentro del Derecho Administrativo, interesan las reflexiones de G. DOMÉNECH PASCUAL, «Umbrales de saciedad y principios de eficiencia, igualdad y libre competencia en las licitaciones públicas», en *Revista electrónica Observatorio de la Contratación Pública*, mayo, 2020.

presupuestario frente a la mejor eficiencia y calidad del servicio⁴¹. El interés general, como causa del contrato, puede aconsejar soluciones jurídicas distintas a las «ya tradicionales» donde el precio podría no ser un criterio de adjudicación y sí criterios referidos a mejor oferta técnica y mejor rendimiento (o volumen) de la oferta, resultando indiferente un eventual ahorro, desde la gestión presupuestaria del contrato, lo que podría alinearse con los principios de eficacia y eficiencia (mayor valor).

4. LOS ODS COMO ELEMENTO IMPRESCINDIBLE DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, agendados en el horizonte 2030 (aprobados el 25 de septiembre de 2015 y con vigencia desde enero de 2016), con la finalidad de promover la convergencia entre los países de la UE, en el seno de las sociedades y con el resto del mundo, han tenido una indudable repercusión en las agendas públicas de todos los poderes públicos. Los diecisiete objetivos, bajo el lema «Transformar Nuestro Mundo», presentan un carácter integrado e indivisible, que abarcan las esferas económica, social y ambiental (son una estrategia de futuro sumamente ambiciosa y transformativa). Agenda de Naciones Unidas que se propone, entre otros objetivos, el de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible como algo esencial para lograr la prosperidad. Asimismo, la Agenda aborda los factores que generan violencia, inseguridad e injusticias, como las desigualdades, la corrupción, la mala gobernanza, entre otras⁴².

⁴¹ Aunque referido al ámbito de medicamentos —pero extrapolable a lo que planteamos— me remito a J. M. GIMENO FELIÚ, «La compra pública de medicamentos...», *op. cit.*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 202, 2019, pp. 325-340 y G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, «Regulación y compra pública de medicamentos», *op. cit.*, pp. 61-96.

⁴² Como es conocido estos retos se agrupan en cinco ejes: planeta, personas, prosperidad, paz y alianzas. Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible son:

Objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.

Objetivo 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.

Objetivo 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades.

Objetivo 4. Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.

Objetivo 5. Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.

Objetivo 6. Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.

Objetivo 7. Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos.

Objetivo 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

Objetivo 9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.

Objetivo 10. Reducir la desigualdad en y entre los países.

Objetivo 11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.

Objetivo 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.

Objetivo 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

Los ODS tienen, más allá de su marcado carácter didáctico, una clara incidencia en cómo los poderes adjudicadores deben diseñar la arquitectura de su contratación pública. Así, la Unión Europea ha decidido incluir los Objetivos de Desarrollo Sostenible en las políticas e iniciativas de la UE a todos los niveles, con el desarrollo sostenible como principio rector esencial de todas las políticas de la Comisión Europea. Idéntica estrategia de asumir como retos de primer orden los ODS se puede constatar entre los distintos poderes públicos españoles, que hacen de su mención una especie de mantra ideológico, cuando lo que interesa es sus consecuencias prácticas y su capacidad de transformación⁴³.

Los distintos retos de la Agenda de Naciones Unidas encajan en la visión estratégica de la contratación pública, que se visualiza, todavía más, como una importante herramienta jurídica⁴⁴. La dimensión económica de la contratación pública (que supone el 22 por 100 de los presupuestos públicos según los últimos datos) no ofrece dudas de la oportunidad de implementación de los ODS desde una nueva visión «inteligente» del contrato público, que se debe re-contextualizar desde la perspectiva de inversión y no de gasto. Desde esa política de inversión —y no mero gasto— debe analizarse y comprenderse la estrategia para desarrollar los ODS a través del contrato público. Por ello, en este nuevo contexto, a contratación pública puede ser una palanca del cambio económico⁴⁵.

La visión estratégica de la contratación pública no es una simple «corriente ideológica». Es mucho más, al ser el «corazón» de una nueva arquitectura institucional en la materia. Lo que queda reflejado expresamente, en Europa, en la Estrategia Europa2020, que indica que la contratación pública es una

Objetivo 14. Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.

Objetivo 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar los bosques de forma sostenible, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y poner freno a la pérdida de la diversidad biológica.

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

Objetivo 17. Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

⁴³ Incluso con dimensión propia en la organización de la estructura de gobierno: Orden DSA/819/2020, de 3 de septiembre, por la que se regula la composición y funcionamiento del Consejo de Desarrollo Sostenible (creado por Orden PCI/169/2019, de 22 de febrero), que se concibe como un espacio ciudadano de carácter consultivo y de seguimiento de la implementación de la Agenda 2030 desde un enfoque participativo, incluyente y transparente. Porque la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, se presenta, ante todo, como un nuevo contrato social global y local que obliga a todos los actores sociales y a todas las Administraciones públicas a trabajar de forma coordinada.

⁴⁴ Las Instituciones europeas insisten en la visión estratégica de la contratación pública: «Comunicación de la Comisión Europa2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador». Así lo advertía ya en mi trabajo *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación europea*, Cizur Menor, Civitas, 2006, p. 16. Y así insistía en mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 213.

⁴⁵ Al menos puede servir para «empujar» dicho cambio. *Vid.* D. TERRÓN SANTOS, «La nueva actividad pública de fomento: el “green nudge” en la actual contratación pública», en *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 22, 2019, pp. 24-39.

herramienta principal para el cumplimiento de esos objetivos⁴⁶. Cuestión sobre la que insiste la Comisión Europea *Conseguir que la contratación pública funcione a Europa y para Europa* [3 de octubre de 2017, COM (2017) 572 final] al insistir en la idea de una estrategia de contratación pública, para lo que establece el marco político general y define prioridades claras para mejorar la contratación en la práctica y dar apoyo a las inversiones en el seno de la UE. Mediante esta Comunicación, de un lado, la Comisión propone una amplia asociación colaborativa que conduzca a un sistema de contratación pública efectivo, transparente, digital e inteligente, que responda plenamente a los retos del entorno cambiante actual. Entre otros aspectos que, según se señala, podría incluir la asociación, hay que destacar la mejora por parte de las autoridades nacionales de la organización de la contratación, formulando estrategias de contratación nacionales claras y el establecimiento de centros de apoyo de la competencia y órganos de adquisición centralizados. Por otra parte, identifica las seis áreas prioritarias en las cuales una acción clara y concreta puede transformar la contratación pública en un poderoso instrumento de la cartera de políticas económicas de cada Estado Miembro, dando lugar a beneficios sustanciales en los resultados de los contratos: garantizar una mayor aceptación de la contratación pública estratégica; la profesionalización de los compradores públicos; mejorar el acceso a los mercados de contratación; el aumento de la transparencia, integridad y mejores datos; el impulso de la transformación digital de la contratación pública; y la cooperación para contratar de forma conjunta. Finalmente, esta Comunicación concluye que «la contratación pública seguirá siendo un instrumento crucial de aplicación de las políticas» y que «puede ayudar a abordar retos globales tales como el cambio climático», motivo por el cual la Comisión desea ejercer un papel propiciador en este proceso de transformación hacia sistemas de contratación modernos, innovadores y sostenibles⁴⁷.

Lo que se acaba de exponer explica que la contratación pública puede —y debe, insistimos— ser una técnica que impulsa la consecución de objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁴⁸. Por ello puede ser una palanca de primer orden para activar

⁴⁶ Las Instituciones europeas, en el contexto económico de inestable e insegura superación de la crisis financiera manifestada en el año 2008, adoptaron una serie de propuestas y pautas, a la vez que señalaban la obligación de efectuar un balance para poder re-orientar la estrategia. En ese contexto interesa destacar el *Libro blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los 27 en 2025*, elaborado por la Comisión Europea el 1 de marzo de 2017, disponible en https://ec.europa.eu/commission/sites/betapolitical/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf. La Asamblea general de las Naciones Unidas aprobó el 25 de setiembre de 2015, la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, disponible en <http://www.un.org/sustainable-development/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

⁴⁷ La Comunicación de la Comisión Europea sobre el Pacto Verde Europeo enuncia una serie de iniciativas políticas destinadas a ayudar a la UE a alcanzar su objetivo de neutralidad climática para 2050. El Consejo Europeo se ha fijado como una de las cuatro prioridades principales de su Agenda Estratégica para el período 2019-2024 «Construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social».

⁴⁸ Por todos, J. A. MORENO MOLINA, *Hacia una compra pública responsable y sostenible...*, op. cit.

el cambio económico⁴⁹. Un modelo económico que se debe alinear con los ODS (el objetivo 12.7 se enfoca específicamente en promover «prácticas de contratación pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales»)⁵⁰.

Nos encontramos, en palabras de J. Pernas García, ante un «tsunami» regulatorio que va a suponer el establecimiento, de modo sistemático, de la obligación de compra pública con criterios de transición ecológica, con relación a productos y prestaciones claves para los objetivos climáticos y de circularidad⁵¹.

La nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado⁵². Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo⁵³.

5. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO ELEMENTO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LAS PRESTACIONES PÚBLICAS

En la actualidad, sobre todo en los países occidentales, desde ya hace años, se observa la tendencia a reducir el protagonismo estatal directo en el desarrollo de las actividades económicas, acusándose una importante reducción del intervencionismo administrativo directo, debido a que ha quedado ya suficientemente acreditado que los sistemas de intervención directa resultan incompatibles con un verdadero crecimiento, y que, por otra parte, como

⁴⁹ Al menos puede servir para «empujar» dicho cambio. *Vid.* D. TERRÓN SANTOS, «La nueva actividad pública de fomento...», *op. cit.*, pp. 24-39.

⁵⁰ J. Pernas García también había advertido de la relevancia del Plan de Naciones Unidas de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el desarrollo sostenible (Cumbre de Johannesburgo 2002) cuyo objetivo era modificar las modalidades insostenibles de consumo y producción, siendo uno de los hitos en el reconocimiento internacional de la contratación pública como un instrumento ambiental de mercado (J. PERNAS GARCÍA, *Contratación Pública Verde*, Madrid, La Ley, 2011, en especial, pp. 36-42).

⁵¹ J. PERNAS GARCÍA, «El “Tsunami” regulatorio derivado de las políticas económicas de transición ecológica: hacia un derecho sustantivo de la contratación pública para la “sostenibilidad” y la “resiliencia” en la UE», *Revista electrónica Observatorio de la Contratación Pública*, septiembre, 2023.

⁵² J. M. GIMENO FELIÚ, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia...*, *op. cit.*, p. 213.

⁵³ Resultan de especial interés las reflexiones de R. CANCINO, «La transición de China hacia una economía de mercado en el 2016 y sus implicaciones para la contratación pública», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 130, 2014, pp. 42-53. Así lo advierte, por lo demás, la Comisión europea en su Comunicación sobre *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE* -Bruselas, de 24 de julio de 2019. C (2019) 5494 final-. Hay que recordar igualmente la importante *Comunicación de la Comisión europea Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*. Esstrasburgo, 3 de noviembre de 2017 COM(2017) 572 final.

ya advertía el profesor S. Martín-Retortillo, en ocasiones, «resultan inútiles e inoperativos a efectos de satisfacer las exigencias del interés público»⁵⁴.

El concepto de servicio público, como técnica de intervención directa en la economía, ha ido evolucionando hacia las condiciones de calidad y regularidad de la prestación, por encima incluso del dato de la titularidad pública⁵⁵, de tal suerte que se ha podido hablar de Estado regulador, o incluso de Estado garante⁵⁶. El interés público (su concreta satisfacción) se encuentra en el qué y no en quien. Lo importante es saber sumar esfuerzos, conocimientos y capacidades para conseguir el mejor resultado. Este es el verdadero fin de la Política. Así, como ha explicado el profesor S. Muñoz Machado, frente a la óptica prestacional directa prevalece la función ordenadora y reguladora de las instituciones públicas⁵⁷.

La opción por la colaboración público-privada (tanto mediante ayudas públicas, contratos públicos o mediante fórmulas institucionales y alianzas a largo plazo) como elemento que permita vertebración social e impulso a un mejor crecimiento económico (muy especialmente en sectores sensibles), resulta evidente⁵⁸. Especialmente si pretende atraer inversión y financiación privada. Y para ello debe existir una estrategia que promueva esta técnica, ajustando de forma proporcional los riesgos en las fórmulas de colaboración público-privada en sentido estricto y preservando la legítima rentabilidad razonable del socio inversor⁵⁹.

⁵⁴ S. MARTÍN-RETORTILLO, «Las nuevas perspectivas de la Administración Económica», *Revista de Administración pública*, núm. 116, 1988, p. 35.

⁵⁵ Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, t.I, Civitas, 1998. También G. ARIÑO ORTIZ, «El servicio público como alternativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, 1979, pp. 546 y ss.; y más recientemente su monografía *Economía y Estado. Crisis y Reforma del sector público*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 299-305.

Igualmente, para conocer la evolución y el significado de la categoría del servicio público resulta de gran interés el estudio de L. MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 100-102, 1983, pp. 2538 y ss. También G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el derecho administrativo de la nueva economía», *Justicia Administrativa*, núm. 18, 2003, pp. 7-21. Sobre la evolución en el mundo local del concepto de servicio público resulta de interés el trabajo de J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, «El servicio público local. Redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos», en J. A. CARRILLO DONAIRE y P. NAVARRO RODRÍGUEZ (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos-La Ley, 2014, pp. 599 y ss.

⁵⁶ J. ESTEVE PARDO, «La Administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39. *Ibid.*, *Estado garante. Idea y realidad*, Innapp Investiga, Madrid, 2015.

⁵⁷ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Thomson Civitas, 2004, pp. 1172 y ss.

⁵⁸ La colaboración público-privada se refiere, en general, «a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio», como señalaba la Comisión en su Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones -Bruselas, 30.4.2004 COM(2004) 327 final-. Es decir, es una estrategia de participación de las iniciativas privadas para el desarrollo de inversiones y actividades de interés público que difícilmente pueden ser asumidas por sí mismas por las Administraciones Públicas, ya sea por motivos técnicos, financieros o de riesgos.

⁵⁹ Una inadecuada distribución de riesgos es un desincentivo a las fórmulas más complejas de colaboración público-privada mediante modelos concesionales. Así se constata del reciente

El carácter complementario de la colaboración público-privado y de las fórmulas contractuales públicas ha permitido con mucha frecuencia preservar los estándares de calidad y equidad social en numerosos servicios de interés público relevante. Por ello, es conveniente analizar las oportunidades que esta colaboración público-privada ofrece para prestar servicios públicos de calidad. Lo que exige repensar la arquitectura de la ejecución de estas fórmulas que deben preservar el nuevo paradigma de la gobernanza pública con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva pública de garante. Ese es, en definitiva, el rol de actuación de los poderes públicos, ya que, como bien se ha indicado, corresponde a ésta preservar la efectividad de los estándares constitucionales de los derechos económicos y sociales⁶⁰. Por lo demás, en el contexto de una economía social de mercado⁶¹, no parece constitucionalmente posible, como advierte F. Caamaño, que el legislador pueda, con carácter general, prohibir la colaboración público-privada⁶². Máxime en los tiempos actuales donde la complejidad en las distintas actividades y donde la irrupción tecnológica disruptiva obligan a sumar a la iniciativa privada, y su capacidad de inversión propia, para la mejor solución de los diferentes retos y problemas de la sociedad en lo que conformaría una alianza entre lo público y lo privado para la mejor satisfacción del interés general⁶³.

Los diferentes sistemas de colaboración público-privada son un instrumento jurídico-económico más entre las diferentes opciones de la administración económica, ideológicamente neutro, para poder desarrollar de la for-

Informe Especial de Supervisión de la OIResCon relativo a los contratos de concesión durante el año 2022, donde se pone de manifiesto la escasa utilización de estas fórmulas (muy por debajo de otros países europeos) posiblemente debido a las deficiencias en el estudio de viabilidad, ausencia del análisis y justificación de ingresos, costes e inversiones de los contratos, ineficiente distribución de riesgos y una escasa rentabilidad. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIResCon/informes-especiales-supervision/ies-concesiones2022.pdf>. Para determinar la existencia, o no, de riesgo operacional, debe tenerse en cuenta los criterios del TJUE sobre este asunto. Al respecto, *vid.* el estudio de A. HUERGO LORAS, «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, núm. 4, nueva época, 2017, pp. 31-51. *Ibid.*, «Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 20-33.

⁶⁰ P. SALA SÁNCHEZ, «La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica», *Revista española de control externo*, vol. 16, núm. 46, 2014, pp. 11-122.

⁶¹ La economía social de mercado integra un sistema de competencias económicas con el objetivo del progreso social. Este sistema, criticado por autores que lo conciben como sinónimo de un sistema neoliberal, ha sido el de mayor aceptación, sin duda por los grandes márgenes de flexibilidad, por la doctrina científica. En tal sentido se pueden citar, a título meramente enunciativo, como principales referentes: S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, Wolters Kluwer, 1988, pp. 75 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO y J. M. BAÑO LEÓN, «Libertad de empresa y unidad de mercado», en el libro colectivo *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, 1989, p. 217 y P. SALA SÁNCHEZ, «La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica», *Revista española de control externo*, vol. 16, núm. 46, 2014, pp. 11-122.

⁶² F. CAAMAÑO, «A modo de Introducción», en el libro colectivo *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Barcelona, Profit, 2017, p. 34.

⁶³ Sobre este concepto amplio de alianza público-privada resulta de interés el documento de UNCITRAL titulado Guía legislativa de la CNUDMI sobre las alianzas público-privadas (2020). https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-10875_uncitral_ppp_s_ebook.pdf

ma óptima determinadas políticas públicas⁶⁴. En estos últimos años parece que se han extendido estas fórmulas de colaboración público-privada (impulsadas en el contexto de la ejecución de los fondos NGEU, como indica el Real Decreto Ley 36/2020)⁶⁵, pero conviene advertir que el eventual éxito que algunos le conceden a esta modalidad contractual viene por el lado de las ventajas asociadas a la idea de que la inversión de capital y la gestión privada pueden aliviar las restricciones fiscales sobre la inversión en infraestructuras, incrementando la eficiencia⁶⁶. Aunque no debería ser ese el único criterio, sino más bien la cláusula de valor por dinero⁶⁷.

Hay que recordar que el interés público se satisface tanto por los poderes públicos como por la iniciativa privada, lo que sugiere nuevos retos para la gestión de la contratación pública, utilizada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas, que aconseja una reflexión sobre las formas de gestión de los servicios públicos y actividades de interés general y su encuadre en la lógica del estado de Bienestar⁶⁸. Habrá

⁶⁴ Así se ha explicado en el estudio colectivo de J. M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS, *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017. Sobre los orígenes, fundamentos y modalidades de la colaboración público-privada en la contratación pública pueden referirse los siguientes estudios doctrinales: M. T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de CPP en la LCSP*, La Ley, 2009; B. NOGUERA DE LA MUELA, «La colaboración público-privada en las obras hidráulicas», en el libro colectivo *Tributos, aguas e infraestructuras*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 223-252; M. A. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, Cizur Menor, Civitas, 2011; M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Cizur Menor, Civitas, 2012; A. PALOMAR OLMEDA, *Colaboración público-privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011 y A. I. PEIRO BAQUEDANO, *El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*, Aranzadi, 2019.

⁶⁵ J. R. FUENTES I GASÓ, «El contrato de concesión de servicios. Un instrumento público prestacional en evolución», *Revista catalana de dret públic*, núm. 64, 2022.

⁶⁶ Me remito, por todos, a P. VALCÁRCEL, «Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos», en el libro colectivo *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2012, pp. 450 y ss. Un estudio detallado de las diferentes experiencias llevadas a cabo por multitud de países acudir es «La solución de la cooperación público-privada. Realidad y futuro de las infraestructuras de Europa», octubre de 2005, disponible en www.pwc.com/es.

⁶⁷ J. M. GIMENO FELIU y A. I. PEIRO BAQUEDANO, «Public-private partnership and its role as a warrant of the public interest», en el libro colectivo *Service concessions in the EU: a comparative study of the transposition of Directive 2014/23 on the award of concession contracts into national law*, Aranzadi, 2018, pp. 27-51. Sin embargo, uno de los temas que más justifican la colaboración entre el sector público y el sector privado es la posibilidad de trasladar la inversión pública fuera del presupuesto y la deuda fuera del balance de las Administraciones públicas, aunque sea la Administración pública la que soporte, a pesar de todo, la mayor parte de los riesgos implicados y tenga que hacer frente, en potencia, a importantes costes fiscales (y en ese contexto se debe analizar las reglas de la Directiva europea de 2014, de concesiones).

⁶⁸ Como ya se ha advertido, el debate jurídico-técnico sobre el alcance de la colaboración público-privada exige alertarse de posturas apriorísticas maximalistas: ni la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con gestión directa o mediante su «encargo» a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro. *Vid.* J. M. GIMENO FELIU, «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», *Cuadernos Derecho Local*, núm. 43, 2017, pp. 50-71; *ibid.*, «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario», *Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58/59, 2016, pp. 50-71.

de analizarse supuesto a supuesto⁶⁹. Y, desde esa perspectiva, el resultado final de la regulación de la actividad económica es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras —unas de supervisión de la actividad y otras de control o intervención— de carácter vertical y horizontal. Y cualquier decisión política debe cohonestar con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, con la lógica de la mejor satisfacción del interés público.

Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad⁷⁰, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público)⁷¹. Visión consolidada por la propia regulación de la Unión Europea, pues, aunque ha declarado la neutralidad sobre las formas de gestión de las competencias públicas, ha advertido la importancia de que existan equilibrios y fórmulas de colaboración público-privada para preservar el interés público. Aunque es cierto que no se impone un modelo de «privatización» de gestión, el ordenamiento europeo sí que se posiciona por el respeto a las reglas del derecho de la competencia. Es decir, en la prestación de actividades económicas tiene un papel relevante el principio de competencia (practicable) en el mercado con el objetivo de, mediante una adecuada tensión competitiva, conseguir mejor eficiencia y calidad de los resultados de las distintas actividades económicas⁷². Se constata, de forma evidente, la opción europea por la colaboración público-privada (máxime en el contexto de la gestión de los fondos NGEU)⁷³ como elemento que permita vertebración

⁶⁹ Como bien explica J. Esteve Pardo, las experiencias europeas ofrecen conclusiones distintas en función de si estamos en países del sur o del norte de Europa. En estos últimos, por situación económica y tamaño de los entes locales, la opción de gestión directa ha funcionado correctamente (J. ESTEVE PARDO, «Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios», *Revista de Administración Pública*, núm. 202, 2017, pp. 307-310).

⁷⁰ J. ESTEVE PARDO, «La Administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39; *ibid.*, *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, Innapp Investiga, 2015.

⁷¹ Como es sabido, la Escuela de Burdeos, a través de L. Duguit y G. Jeze, se encargó de desarrollar el concepto de servicio público aparecido en la jurisprudencia, y cuyo pensamiento, basado en la idea de solidaridad social, señala que el fin de la Administración pública es, en principio, preservar la prestación de servicios públicos con carácter regular y continuo. Un interesante trabajo sobre los orígenes del concepto de servicio público es el realizado por P. JOURDAN, «La formation du concept de service public», *Revue Droit Public*, núm. 1, 1987, pp. 89 y ss. J. Esteve Pardo, considera que en los servicios de carácter administrativo parece conveniente una gestión directa, en tanto que en gestión de servicios económicos con complejidad técnica parece más conveniente la gestión indirecta en colaboración con el sector privado (J. ESTEVE PARDO, «Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios», *op. cit.*, p. 336).

⁷² Interesa, por tanto, la función de policía en la prestación de los servicios públicos que, como bien ha advertido el profesor T.R. Fernández, es la verdadera esencia de la doctrina de G. Jeze en relación con los servicios públicos («León Duguit en España y en español», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, p. 44).

⁷³ Por todos, B. NOGUERA DE LA MUELA, «La colaboración público privada a prodigo de los Fondos Europeos Next Generation (NGEU): PERTE, agrupaciones, consorcios y sociedades de economía mixta», en *Observatorio de los contratos públicos 2020*, J.M. GIMENO FELIÚ (dir.), C. DE GUERRERO (coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 407-448 y E. MALARET I GARCÍA y X. PADRÓS, «La col·laboració publicoprivada en el procés d'execució dels plans finançats amb fons NextGenerationEU: més enllà de la tradicional distinció entre formes organitzatives i formes contractuals, l'especial rellevància de les subvencions», *Revista catalana de dret públic*, núm. 63,

social e impulso a un mejor crecimiento económico (muy especialmente en sectores sensibles) ⁷⁴.

De ahí la necesidad de diseñar un adecuado modelo de gobernanza integral en toda fórmula de colaboración público-privada que ponga especial atención al adecuado cumplimiento de la prestación pública⁷⁵. Y, frente a una incorrecta lectura del principio constitucional (y europeo) de eficiencia, hay que insistir en la exigencia de hacerse equivaler al estándar de calidad más adecuado para la prestación del servicio, en línea de con una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁷⁶. Calidad de la prestación y eficiencia (y una correcta competencia) están estrechamente relacionadas entre sí y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental en el *check list* de lo que debe ser un moderno y eficaz modelo de gobernanza pública en la colaboración público-privada con vocación de impulso en la transformación del tejido productivo que permita un crecimiento «inteligente», no especulativo, y responsable⁷⁷. Y para ello debe existir una estrategia que promueva esta técnica, ajustando de forma proporcional los riesgos en las fórmulas de colaboración público-privada en sentido estricto⁷⁸. Donde no resultaría razonable que la autoridad pública

2021 (Ejemplar dedicado a: *Els fons europeus NextGenerationEU: reptes per a les administracions públiques*).

⁷⁴ J.F. Mestre Delgado, recuerda, con acierto, que las Directivas europeas han ido consolidando este modelo de colaboración público-privada (J.F. MESTRE DELGADO, «Las principales novedades de la ley de contratos del sector público», en el libro colectivo *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 37-40).

⁷⁵ El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El objetivo es lograr integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea [*Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001]. Esta nueva no es solo una moda que pasará. Debe ser uno de los paradigmas sobre los que reformar nuestro modelo de organización y actividad administrativa. Desde luego, de la experiencia de las distintas fórmulas de colaboración público-privada y sus ineficiencias prácticas se pueden extraer importantes reflexiones que facilitan poner en valor una moderna colaboración público-privada donde las partes están comprometidas con el interés público. *Vid.* J. FLETA-ASÍN, F. MUÑOZ-SÁNCHEZ y J.M. GIMENO FELIÚ, «Does the past matter? Unravelling the temporal interdependencies of institutions in the success of public-private partnerships», *Public Management Review*, 2022, DOI: 10.1080/14719037.2022.212555.8

⁷⁶ La justificación de la decisión sobre cómo gestionar un «servicio público» debe atender a criterios objetivos de buena administración. Hay que evitar, por tanto, el maniqueísmo sobre quien presta mejor el interés general y, para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente (no se trata en definitiva tanto del quién, como del cómo, en la mejor satisfacción del interés público). Además, hay que recordar que la certeza jurídica, como valor a proteger por el ordenamiento jurídico, exige que las decisiones sean predecibles y que no estén al «capricho» ideológico. Sobre esta idea *vid.* G. GOMETZ, *La certeza jurídica como previsibilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

⁷⁷ Evitando, claro, proyectos improvisados o con inadecuado reparto de riesgos (y roles) como bien advierte M. FUERTES, *Las desventuras del dinero público*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

⁷⁸ Una inadecuada distribución de riesgos es un desincentivo a las fórmulas más complejas de colaboración público-privada mediante modelos concesionales. Así se constata del reciente Informe Especial de Supervisión de la OIResCon relativo a los contratos de concesión durante el

concedente opte por transferir riesgos económicos superiores a las que se asumen en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)⁷⁹.

Además, es esencial que la *fee* (rentabilidad) sea de mercado, y que la arquitectura jurídica preserve una rentabilidad razonable y confiable⁸⁰. Y en ciertos casos sería conveniente, según el tipo de prestación, optar por una «tasa de rentabilidad libre de riesgo», que se suele establecer por relación a la rentabilidad de la deuda pública a largo plazo —que es superior a la de la deuda pública a medio o corto plazo— dado que es una inversión igualmente garantizada por el Estado.

6. HACIA UNA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA «GLOBAL» SOSTENIBLE ALINEADA CON LA BUENA ADMINISTRACIÓN

El pensamiento crítico del jurista debe servir para proponer soluciones que permitan un mejor funcionamiento del derecho desde los estándares actuales de buena administración, que opera como nueva brújula de la gestión pública, que exige que la contratación pública sea herramienta determinante para la correcta satisfacción del mismo. La nueva «navegación contractual»

año 2022, donde se pone de manifiesto la escasa utilización de estas fórmulas (muy por debajo de otros países europeos) posiblemente debido a las deficiencias en el estudio de viabilidad, ausencia del análisis y justificación de ingresos, costes e inversiones de los contratos, ineficiente distribución de riesgos y una escasa rentabilidad. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informes-especiales-supervision/ies-concesiones2022.pdf>. Para determinar la existencia, o no, de riesgo operacional, debe tenerse en cuenta los criterios del TJUE sobre este asunto. Al respecto, *vid.* el estudio de A. HUERGO LORAS, «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, núm. 4, nueva época, 2017, pp. 31-51. *Ibid.*, «Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 20-33.

⁷⁹ Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada (*vid.* X. LAZO VITORIA, «El futuro del mercado concesional en Europa», *Revista CEFLegal*, núm. 154 (noviembre 2013); L. MIGUEZ MACHO, «Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público», en R. FERNÁNDEZ ACEVEDO y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Cizur Menor, Civitas, 2014, pp. 181-185). Hay que, lograr, por tanto, un equilibrio en el reparto de riesgos.

⁸⁰ La respuesta jurídica adoptada por España en relación con las alzas de precios derivadas de las últimas incertidumbres no parece la más adecuada. La técnica de la Ley de desindexación y la revisión de precios tienen una función diferente, y su aplicación formal y descontextualizada tiene efectos claramente ineficientes. Lo mismo con la interpretación restrictiva al equilibrio financiero tanto por *factum principis* (limitado a la decisión del poder adjudicador concedente) como los casos extramuros del vínculo contractual de la fuerza mayor como del riesgo imprevisible. Al respecto, sobre cómo afrontar esta situación resulta de interés el trabajo de T. CANO CAMPOS, «Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 19, 2023, pp. 100-124 y A. GARCÍA JIMENEZ, «La revisión de precios de los contratos públicos en un escenario inflacionista», *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 2023, pp. 211 y ss. También, desde la perspectiva más general, J. M. GIMENO FELIÚ, «Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia», *Observatorio de contratación pública 2021*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 35-46.

a escala global aconseja, como ya hemos indicado, un *big bang* en la contratación pública para incorporar una visión disruptiva regulatoria (y en la gestión pública y privada), que ponga el acento en la calidad⁸¹. Para ello resulta necesaria una verdadera simplificación y agilidad (por supuesto, con tecnología), así como clarificación de las «reglas de juego», como nuevos referentes en el diseño y puesta en práctica de una contratación pública moderna, transformadora y proactiva, comprometida con recuperación, reconstrucción y resiliencia, que pivote sobre la sostenibilidad social y ambiental, que piense en pequeña escala (como son las pymes) y donde el desafío de fijar inversión productiva estable pueda ser una realidad.

Resulta imprescindible una adecuada interpretación de los principios y conceptos, como guía para la correcta aplicación de la finalidad de todo contrato público que es, no se olvide, la correcta satisfacción del interés público. Conocer el contexto y depurar conceptos y principios, comprender su correcto alcance, es un presupuesto necesario para poder articular una correcta política de contratación pública profesionalizada alejada del papeleo de una burocracia formal (necesitamos una burocracia «inteligente»)⁸². Innovar en la contratación pública implica, por supuesto, hacer cosas diferentes bajo la brújula de la mejor calidad de los resultados de la prestación (incluso de ahorro).

Obviamente, la contratación pública no puede ser ajena al contexto tecnológico y debe avanzar a «velocidad incremental» en su digitalización y utilización de elementos de Inteligencia Artificial que permitan simplificar plazos y dar una respuesta más eficaz y eficiente⁸³. Lo que permitirá una «nueva cultura» diferente al tradicional procedimiento (expediente) para facilitar el modelo de proceso/proyectos (que pivota sobre el resultado). Una nueva cultura donde su principal pilar debe ser la calidad de la prestación que es un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público (ausencia de planificación que, como explica P. Valcárcel Fernández, es una asignatura pendiente⁸⁴) que hacen, en expresión de R. Fernández Acevedo, que nos encontremos en una situación de «jaque al precio»⁸⁵.

Existen, sin embargo, dificultades interpretativas —donde los órganos de control deben ajustar su importante función a la idea de colaborar y favorecer una mejor gestión sin dilaciones— que complican o frenan en ocasiones

⁸¹ J. M. GIMENO FELIÚ, «El necesario *big bang* en la contratación pública...», *op. cit.*, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022.

⁸² *Papeles y papeleo* (ediciones El Cronista 2015) es el título, de por sí elocuente, del profesor italiano Luciano Vandelli, que analiza, a lo largo de la literatura, el rol de la burocracia y su evolución en la Administración pública. El papel, el papeleo innecesario, han sido referencias con las que el ciudadano ha tenido que relacionarse con la Administración, que ha encontrado en reglas y trámites formales claramente innecesarios un argumento (y argumentarios) para hacer del procedimiento administrativo una carga y no una garantía ligada al derecho a buena administración.

⁸³ Al respecto resulta de especial interés el libro de M. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Mejoras la contratación pública: herramientas informáticas innovadoras basadas en datos e inteligencia artificial*, Sevilla, Instituto andaluz de Administración Pública, 2023.

⁸⁴ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «La planificación, asignatura pendiente en la cultura de una buena gestión de la contratación pública», *Observatorio de Contratación Pública (Revista electrónica)*, febrero 2021.

⁸⁵ En especial, su muy interesante trabajo «Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque», en X. LAZO (dir.), *Compra pública verde y cambio climático*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 209-262.

la correcta gestión contractual, para lo que parece conveniente un «ajuste de la regulación», desde la perspectiva de un derecho administrativo global, con vocación codificadora y de simplificación que permita la correcta gestión de la contratación pública. Y esos principios o reglas globales deberían pivotar, al menos, sobre los siguientes ejes:

a) *Impulso de la compra pública estratégica, aclarando hasta donde se puede orientar un contrato público como herramienta de política pública* y su vocación de impulsar soluciones innovadoras, con claro componente de sostenibilidad social y ambiental a favor de un modelo productivo sólido y responsable. Entre las obligaciones de cualquier licitación se exigirá el cumplimiento del principio de no causar un daño significativo al medioambiente (principio DNSH por sus siglas en inglés, *Do No Significant Harm*), así como las condiciones específicas vinculadas a este principio en la normativa vigente. Y quien no supere un umbral mínimo de estos criterios quedará excluido de la licitación. Así, resulta muy conveniente un artículo propio sobre esta función como el que se propone (como indica la citada Carta de Zaragoza):

Artículo: Compra pública estratégica.

1. La compra pública se convierte en una herramienta para cumplir con los objetivos de protección ambiental y promover la descarbonización, luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, combatir la contaminación y promover la economía circular. En materia social, la compra pública debe ser responsable: debe regular las retribuciones mínimas del personal, prever la obligación de subcontratación con colectivos sociales vulnerables, garantizar plazos máximos de pago a proveedores, fomentar la contratación de colectivos en riesgo de exclusión social y la colaboración con entidades del Tercer Sector; promover la estabilidad y calidad en el empleo, mejorar la seguridad y salud laboral, promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres garantizando la conciliación familiar y laboral; asegurar la accesibilidad universal; definir criterios de comercio justo y evitar la adquisición de productos que causen deforestación en el marco del Acuerdo multilateral sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC y la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, entre otras cuestiones. Para ello en la compra pública derivada de los fondos europeos MRR deberán incluirse condiciones y criterios vinculados a estos objetivos.

2. En la adjudicación de estos contratos se atenderá como elemento preferente para determinar la oferta más ventajosa, o en su caso, de negociación de la oferta, al mayor valor añadido desde la perspectiva de calidad y de garantía de continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad de los servicios o suministros, así como su rentabilidad. El criterio precio no podrá ser en ningún caso determinante.

3. Se podrán incluir exigencias y criterios que vayan más allá de la estricta vinculación al objeto del contrato admitiendo cualquier criterio o condición que aporte valor, aun de forma indirecta, para cumplir de forma responsable la concreta prestación, admitiendo elementos de carácter social y ambiental. Se motivará y justificará en el expediente el valor de los distintos requerimientos que se utilicen, que no podrán tener por objeto falsear la competencia ni distorsionar el mercado. En especial se consideraran válidos cualquier criterio o condición que permita corregir el desempleo juvenil, así como los que fomenten rendimientos ambientales y la compra de proximidad de alimentos. Entre las obligaciones de cualquier licitación se exigirá el cumplimiento del principio de no causar un daño significativo al medioambiente (principio DNSH por sus siglas en inglés, *Do No Significant Harm*), así como las condiciones específicas vinculadas a este

principio en la normativa vigente. Quien no supere un umbral mínimo de estos criterios quedará excluido de la licitación.

4. En relación a las PYMES, podrá utilizarse este criterio de compra responsable como exigencia de umbral de acceso a determinados contratos públicos por su importe.

b) *Delimitación del significado de los principios aplicables en contratación pública*, incluyendo, entre los tradicionales de integridad, transparencia y competencia (entendida como regulación eficiente), el principio de proporcionalidad, el principio de calidad (alineado al valor y no al precio) o *el principio del resultado, vinculado al interés general* siguiendo, por ejemplo, el modelo de reforma del Código italiano de contratos públicos reformado en marzo de 2023. En esta visión de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para *Environmental, Social and Governance*) promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)⁸⁶.

c) *Articulación de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible*, en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*), con la finalidad de «acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo» (W. Denning). Entre otras medidas, incorporación de los catálogos electrónicos. Igualmente, convendría incluir previsiones claras sobre *modelos colaborativos tipo target costing (o equivalentes)* que permitan armar contratos complejos en el ámbito de infraestructuras y explotación de servicios públicos desde una óptica de colaboración entre las diferentes partes y donde prima la mejor prestación, con un modelo de transparencia de retribución de costes objetivos, frente a la inercia (y contrastada ineficiencia) de rebaja de precios⁸⁷.

d) *Simplificación de trámites, con extensión de la comprobación automatizada de requerimientos* a los contratistas, y extensión de procedimientos simplificados que se articulen sobre parámetros objetivos. Conviene simplificar la adquisición pública de medicamentos al margen de los procedimientos de compra pública, ya que la compra de medicamentos (soluciones farmacológicas), no encaja fácilmente con los contornos de un contrato público de suministros, pues la causa de la adquisición se aleja de los principios regulatorios inherentes a la contratación pública, y donde forzar una inadecuada tensión competitiva con inercia a precios muy bajos puede traducirse tanto en una peor calidad asistencial, al limitarse la oferta terapéutica, que es (y debe ser)

⁸⁶ Se evita, así, un dumping social, y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Vid. C. DOLAN y D. BARRERO ZALLES, *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*, Business Expert Press, 2021 y J. MORCILLO MORENO, «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 47-48, 2016, pp. 180-209.

⁸⁷ Me remito a J.M. GIMENO FELIÚ, «Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente», *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 60, 2023, pp. 13-64.

el principio rector en la toma de decisiones pues prima en todo caso el fin de la mejor asistencia a los pacientes, como en una deslocalización industrial, con evidentes consecuencias sobre nuestro modelo macroeconómico.

e) En relación a la correcta ejecución del contrato debería incluirse una previsión que permita, *conforme* al principio clásico de «honesta equivalencia» de lo pactado *el restablecimiento* (adaptación) de las condiciones pactadas a circunstancias sobrevenidas imprevisibles ajenas al riesgo o ventura ordinario, incluyendo fuerza mayor y actuaciones de otros poderes públicos que inciden de forma sustancial en las condiciones pactadas (como ha previsto el art. 9 del Código italiano de Contratos Públicos de 2023)⁸⁸. Y prestar especial atención al cumplimiento de lo pactado, los estándares de calidad y la medición de los resultados obtenidos.

f) Revisión del modelo de control (articulando, como sugiere A. Peña Ochoa, una *Estrategia Nacional del Control de la Contratación Pública*), permitiendo el equilibrio entre eficacia y garantía, promoviendo una arquitectura del control profesionalizada, que permita la fiscalización en tiempo real, incorporando el modelo de auditorías⁸⁹. Y, en fase de ejecución, habilitación en la resolución de los posibles conflictos interpretativos a las fórmulas de arbitraje administrativo⁹⁰. No existiendo ninguna prohibición o limitación a la opción del arbitraje en la norma estatal de 2017 (como sí existía antes) resulta incongruente concluir que esa opción esta eliminada. Y hay que recordar que este arbitraje —desde la STC núm. 75, de 30 de abril de 1996— no es obli-

⁸⁸ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia», en libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2021*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 35-46.

⁸⁹ Me remito a J. M. GIMENO FELIÚ, «Los fondos *next generation* y el rol de los órganos de control externo», en S. REGO (dir.), *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Aranzadi, 2022, pp. 69-90 y P. IGLESIAS REY, «Reflexiones en clave jurídica sobre el control de los fondos europeos de recuperación»: ¿deben los ICEX adoptar un nuevo rol en el control?, *Auditoría Pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 79, 2022, pp. 136-151. También de interés en relación al modelo de auditorías J. A. HUERTA BARAJAS y J. CASTEJÓN GONZÁLEZ, *Guía para el control y auditoría de los procesos de contratación pública*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 2023.

⁹⁰ Lo explica bien G. GARCÍA-ÁLVAREZ, «El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos», en J. M. GIMENO FELIÚ (dir.) y C. DE GUERRERO MANSO (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2014*, Cizur Menor, 2020, pp. 549-564. Con anterioridad ya había explicado (J. M. GIMENO FELIÚ, *La Ley de Contratos del Sector Público. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 39), que: «en la nueva LCSP de 2017 desaparece la previsión a arbitraje para los contratos de las Administraciones públicas, para que sea decisión de cada Administración pública optar por esta posibilidad (aplicando, claro, las previsiones de la Ley vigente de Arbitraje). La LCSP pretende ser “neutra” frente a la opción de utilización del arbitraje en la ejecución de los contratos públicos, de tal forma que corresponde al órgano de contratación decidir sobre su conveniencia. Lo que es evidente es que el arbitraje en contratos públicos en otros países no es nada excepcional y que en contratos complejos suele ser una muy buena opción».

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en repetidas ocasiones sobre su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, el Tribunal (STC 9/2005, de 17 de enero, que ratifica y amplía otras anteriores, como las STC 176/2006 y 13/1997) ha señalado que ni siquiera los interesados que optan por el arbitraje están renunciando por completo al derecho a la tutela judicial efectiva para esa controversia concreta, pues el control jurisdiccional sobre el laudo, a través de la acción de anulación, sigue garantizado. En efecto, la acción de anulación junto con el necesario auxilio que debe prestar la jurisdicción para ejecutar el laudo garantiza también el respeto a la tutela judicial efectiva.

gatorio, sino que se fundamenta en la libertad de pactos, por lo que en modo alguno existe merma de garantías jurídicas, de ahí que el legislador estatal en 2017 decante la libertad de arbitraje para todo tipo de poder adjudicador.

En esta función de control son de especial interés las técnicas de análisis de datos y sistemas predictores en las licitaciones públicas utilizando Machine Learning (ML)⁹¹, cuestión donde ya existe madurez tecnológica y capacidad para mejorar los procesos (lo explica muy bien M. García Rodríguez, entre otros)⁹². En todo caso, la estrategia de control debe integrar un modelo de auditoría dinámica de los algoritmos⁹³.

La integridad y la transparencia en las decisiones de gobernanza económica son imprescindibles desde la óptica del buen gobierno económico⁹⁴. Y tienen clara repercusión sobre el comportamiento de las decisiones públicas. Administrar mejor obliga no solo a una respuesta eficaz, sino, también, a rendir cuentas de forma transparente, y a preservar el principio de integridad, pues sin conocimiento efectivo no hay democracia. Esta cultura de prevención, en especial en la regulación y actuación sobre las actividades económicas, es todavía más importante en momentos como los actuales, cuando la pandemia, y la exigencia de respuestas inmediatas, han tensado las costuras de principios tan importantes como la transparencia, la participación política o la legitimidad de la división de poderes. La urgencia derivada de la excepcionalidad exige más y mejor transparencia, con verdadera rendición de cuentas, pero no por obligación, sino por convicción de que en ello está la esencia del correcto uso del poder⁹⁵. Por ello el legítimo objetivo de simplifi-

⁹¹ Por todos, en el ámbito de la contratación pública, I. GALLEGU CORCOLES, «Capítulo XI. La contratación de soluciones de inteligencia artificial», en E. GAMERO y F. PÉREZ GUERRERO (coords.), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 503-567, J. MIRANZO DÍAZ, «Inteligencia artificial y contratación pública», en I. MARTÍN y J. A. MORENO (dirs.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, pp. 105-142.

⁹² M. GARCÍA RODRÍGUEZ, «Tecnologías digitales para el control de la contratación pública», *Auditoría Pública*, núm. 79, 2022, pp. 89-102.

⁹³ La Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, establece que, en el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. Por todos, sobre esta cuestión, A. HUERGO LORA, «Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo», en A. HUERGO LORA (dir.), *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 23-87 y J. VALERO TORRIJOS, «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019.

⁹⁴ Vid. J. MESTRE DELGADO, «Reflexiones sobre el principio de transparencia como remedio eficaz para prevenir la corrupción», en A. BETANCOR (dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, op. cit., pp. 287-299 y J. M. GIMENO FELIÚ, «Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP», en el libro colectivo *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 239-318. De especial interés el libro de J. MIRANZO DÍAZ, *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, 2020.

⁹⁵ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «Contratación pública en tiempos excepcionales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.

car la actuación administrativa no puede significar, ni justificar, la reducción de controles efectivos⁹⁶.

g) Incorporación de una *política de capacitación que promueva realmente la necesaria profesionalización*, de carácter horizontal y transversal, en línea con las *previsiones de la OCDE* al respecto⁹⁷. La profesionalización resulta elemento imprescindible para poder cumplir con las exigencias derivadas del principio de buena administración en la contratación pública⁹⁸. Y debe ser vista como elemento palanca para la mejor movilización del contrato público como inversión⁹⁹.

Esta profesionalización es un elemento principal para un adecuado velocidad y seguridad en la visión estratégica de la compra pública¹⁰⁰. Una adecuada profesionalización y «descontaminación política» de decisiones estrictamente administrativas, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la

⁹⁶ Pero, más importante que simplificar (instrumental) es reforzar la seguridad jurídica pues su declive, como bien advirtiera hace tiempo el profesor José Bermejo, pone en riesgo la propia esencia del derecho. Y sin seguridad jurídica, o, si se prefiere, una deteriorada seguridad jurídica se pone en riesgo la calidad democrática. Y, para ello, hay que evitar la hiperregulación y el «movimiento constante» de la norma como mejor medida de simplificación. Existen, además, otros retos vinculados, como la necesidad de adaptar la organización administrativa y la capacitación y funciones de sus empleados públicos en este nuevo contexto. La innovación de nuestro sector público no debe ser solo tecnológica, sino también organizativa. Innovar en la Administración obliga a cambiar el paradigma de la cultura propia muy burocrática para avanzar a una Administración flexible que gravita sobre el ciudadano (y no al revés), al que debe garantizar sus derechos y expectativas. Lo que obliga a innovar estructuras, pensamiento, prácticas e inercias. El conocimiento debe ser horizontal y no vertical, hay que aprender a trabajar en equipo y tener en cuenta las buenas experiencias de otros.

⁹⁷ Por todos C. DE GUERRERO MANSO, «La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública. La utilización de la herramienta ProcurCompEU», en J. M. GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021 pp. 91-125, y C. DE GUERRERO MANSO, «¿Es la profesionalización en la contratación pública un propósito de año nuevo? Propuestas de la OCDE para hacerlo realidad», en *Revista digital Observatorio de Contratación Pública*, 27 de febrero de 2023.

⁹⁸ Una visión muy completa y reciente puede consultarse en el libro colectivo, J. RODRÍGUEZ ARANA y E. DÍAZ BRAVO (dirs.), *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Tirant lo Blanch, 2023. Sobre la necesidad de profesionalización en la contratación pública, pueden verse los recientes trabajos de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «La especialización o la profesionalización, la independencia y el liderazgo como elementos clave para el buen funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública español», en el libro colectivo *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 587-615; J. CANTERO MARTÍNEZ, «La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación», en el libro colectivo *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 197-246 y J. C. GARCÍA MEILÁN, «Buen gobierno y profesionalización de las compras públicas», en el libro colectivo *Transparencia y participación para un gobierno abierto*, Madrid, El Consultor de los ayuntamientos, 2020, pp. 269-289.

⁹⁹ Al respecto resulta de especial interés el trabajo de M. A. SANMARTÍN MORA, «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», en J. M. GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Pamplona, Aranzadi, 2012, pp. 298-318. El Documento de trabajo de los servicios de la Comisión (SWD/2015/202) que acompaña a la *Estrategia para el Mercado Único* estima los beneficios económicos potenciales de solventar los problemas debidos a la profesionalización en más de 80. 000 millones de euros.

¹⁰⁰ Lo advierte E. DÍAZ BRAVO, «La profesionalización: condición *sine qua non* de la contratación pública estratégica», en el libro colectivo *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 217-257.

provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida. En este escenario de necesaria profesionalización convendría poner en valor las experiencias de excelencia en la gestión de la compra pública, como incentivo a la mejora de las Administraciones y como elemento de rendición de cuentas a la ciudadanía. Un modelo de certificación pública puede ser una excelente herramienta para poder conseguir este objetivo. Y también los pactos de integridad, cuya función y finalidad es «validar socialmente» la correcta actuación pública y la ausencia de indicios de falta de objetividad o de contaminación clientelar¹⁰¹.

¹⁰¹ En profundidad, C. GUERRERO MANSO, «La suscripción de pactos de integridad como mecanismo de lucha contra la corrupción en la contratación pública», en el libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2017*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp.225-265. También J. MIRANZO DÍAZ, «Los nuevos agentes de control en los procedimientos de compra pública: pactos de integridad y canales de denuncia», en J.M. GIMENO FELIÚ (dir.), C. DE GUERRERO MANSO (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Cizur Menor, Aranzadi, Thomson Reuters, 2019, pp.329-358.

CAPÍTULO III

LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA

1. LA VALIDACIÓN «INSTITUCIONAL» DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ESTRATEGIA

La visión estratégica de la contratación pública no es una simple «corriente ideológica». Es mucho más, al ser el «corazón» de una nueva arquitectura institucional en la materia. Lo que queda reflejado expresamente en la Estrategia Europa 2020, que indica que la contratación pública es una herramienta principal para el cumplimiento de esos objetivos¹. Cuestión sobre la que insiste la Comisión Europea «Conseguir que la contratación pública funcione a Europa y para Europa» (3 de octubre de 2017, COM (2017) 572 final) al insistir en la idea de una estrategia de contratación pública, para lo que establece el marco político general y define prioridades claras para mejorar la contratación en la práctica y dar apoyo a las inversiones en el seno de la UE. Mediante esta Comunicación, de un lado, la Comisión propone una amplia asociación colaborativa que conduzca a un sistema de contratación pública efectivo, transparente, digital e inteligente, que responda plenamente a los retos del entorno cambiante actual. Entre otros aspectos que, según se señala, podría incluir la asociación, hay que destacar la mejora por parte de las autoridades nacionales de la organización de la contratación, formulando

¹ Las Instituciones europeas, en el contexto económico de inestable e insegura superación de la crisis financiera manifestada en el año 2008, adoptaron una serie de propuestas y pautas, a la vez que señalaban la obligación de efectuar un balance para poder re-orientar la estrategia. En ese contexto interesa destacar el «Libro blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los 27 en 2025», elaborado por la Comisión Europea el 1 de marzo de 2017 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/sites/betapolitical/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf). La Asamblea general de las Naciones Unidas aprobó el 25 de setiembre de 2015, la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible (disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible>).

estrategias de contratación nacionales claras y el establecimiento de centros de apoyo de la competencia y órganos de adquisición centralizados. Por otra parte, identifica las seis áreas prioritarias en las cuales una acción clara y concreta puede transformar la contratación pública en un poderoso instrumento de la cartera de políticas económicas de cada Estado Miembro, dando lugar a beneficios sustanciales en los resultados de los contratos: garantizar una mayor aceptación de la contratación pública estratégica; la profesionalización de los compradores públicos; mejorar el acceso a los mercados de contratación; el aumento de la transparencia, integridad y mejores datos; el impulso de la transformación digital de la contratación pública; y la cooperación para contratar de forma conjunta. Finalmente, esta Comunicación concluye que «la contratación pública seguirá siendo un instrumento crucial de aplicación de las políticas» y que «puede ayudar a abordar retos globales tales como el cambio climático», motivo por el cual la Comisión desea ejercer un papel propiciador en este proceso de transformación hacia sistemas de contratación modernos, innovadores y sostenibles.

Lo que se acaba de exponer explica que la contratación pública puede –y debe, insistimos– ser una técnica que impulsa la consecución de objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos². Por ello puede ser una palanca de primer orden para activar el cambio económico³. Un modelo económico que se debe alinear, como ya se ha señalado, con los ODS (el objetivo 12.7 se enfoca específicamente en promover «prácticas de contratación pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales»).

La nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado⁴. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo⁵.

Frente a posibles planteamientos que pivotan sobre el criterio precio frente al de valor, interesa recordar que el principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de cali-

² Por todos, J. A. MORENO MOLINA, *Hacia una compra pública responsable...*, op. cit., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

³ Al menos puede servir para «empujar» dicho cambio. Vid. D. TERRÓN SANTOS, «La nueva actividad pública de fomento...», op. cit., pp. 24-39.

⁴ J. M. GIMENO FELIÚ, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia...*, op. cit., p. 213.

⁵ Resultan de especial interés las reflexiones de R. CANCINO, «La transición de China hacia una economía de mercado...», op. cit., pp. 42-53. Así lo advierte, por lo demás, la Comisión europea en su Comunicación sobre *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE -Bruselas*, de 24 de julio de 2019, C (2019) 5494 final. Hay que recordar igualmente la importante Comunicación de la Comisión europea *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*. Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017 COM(2017) 572 final.

dad en la prestación del servicio⁶. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, lo que redimensiona la visión estratégica de la contratación pública desde una perspectiva amplia del derecho a una buena administración⁷.

Los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras⁸.

Esta visión instrumental de la contratación pública nos conduce, como bien indica T. Medina, a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato⁹. Lo que aconseja que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social¹⁰, pues lo contrario supone abandonar

⁶ Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a mi estudio «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno*, núm. 82, 2016, pp. 137-158. También. T. MEDINA ARNAIZ, «Más allá del precio: las compras públicas...», *op. cit.*, pp. 87-97; M. VAQUER CABALLERÍA, «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 186, 2011, pp. 91 y ss. y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Los criterios de adjudicación...», *op. cit.*, pp. 1387-1393.

⁷ Sobre este derecho de buena administración resulta imprescindible el trabajo de J. PONCE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova, 2001 (en especial, ahora, me remito a p. 479).

⁸ J. M. GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006, pp. 15-21; *id.*, «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, pp. 50-55. También D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La Contratación pública en la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 162-182, J. A. MORENO MOLINA, «Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 83, 2009, pp. 37 y ss. y L. ORTEGA ÁLVAREZ, «El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local», *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3, 2009. Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 17/2008, de 21 de julio. Y es que, como bien advirtiera J. Mestre Delgado, se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo —o fomento— para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones —no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas— contempladas en normativas sectoriales, (J. MESTRE DELGADO, «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica -Real, nueva época-*, núm. 291, 2003, p. 707).

⁹ T. MEDINA, «Comprando para asegurar nuestro futuro...», *op. cit.*, pp. 43-94. También J. RODRÍGUEZ ARANA, «La contratación del sector público como política pública», en el libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, *op. cit.*, pp. 31-44.

¹⁰ Una posición contraria a la valoración en la contratación de criterios relativos a otras políticas de la Unión Europea —como cláusulas sociales o medioambientales— es sostenida por

una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente «asumibles», en clave de rentabilidad (pues esta debe analizarse desde la óptica efectiva del cumplimiento de objetivos públicos esenciales de nuestro país)¹¹.

El art. 1.3 LCSP supone una clara «innovación» sobre la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las PYMES. Se abandona así una visión presupuestaria de la contratación pública, que se reorienta a una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas¹². En especial, se refuerza la posición de los trabajadores en los contratos, estableciendo obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y de retribución, cuyo incumplimiento puede justificar la resolución del contrato. Y se elimina la posibilidad de *dumping* social mediante precarización de condiciones laborales al establecer la obligación de respetar los convenios sectoriales¹³.

Contratación pública estratégica que no debe ser una mera opción sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable¹⁴, como, en el citado contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza¹⁵, donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito (así se ha venido destacando, también, por el Foro de Compra Pública Responsable)¹⁶. Para ello hay que

S. ARROWSMITH, «The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach», *European Law Review*, vol. 21, núm. 1, 2002, pp. 11-13.

¹¹ Al respecto son de interés las reflexiones de J. MORCILLO MORENO, «Las cláusulas sociales en la contratación pública...», *op. cit.*, pp. 180-209. Sugerentes las reflexiones de B. PALACÍN, «A la responsabilidad social por la contratación pública», publicada en la *Revista electrónica del Observatorio de Contratación Pública*. En extenso, la monografía de B. PALACÍN, *A la responsabilidad social por la contratación pública*, Madrid, BOE, 2021.

¹² Se avanza, pues, en la cultura de la contratación socialmente responsable. Cuestión en la que ya se había venido trabajando desde el Foro de contratación socialmente responsable (<http://www.conrr.es>)

¹³ F. BLANCO LÓPEZ, «La doctrina social de los tribunales administrativos de recurso ante la contratación pública estratégica», en el libro colectivo *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, La Ley de Contratos del Sector Público, 2018, pp. 139-168.

¹⁴ Por todos, J. A. MORENO MOLINA, *Hacia una compra pública responsable y sostenible...*, *op. cit.*, Valencia, Tirant lo Blanch.

¹⁵ Firmada el 10 de noviembre de 2021 puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>. Sobre los ODS y la contratación pública vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción», en J. ESTEVE PARDO (dir.), *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local núm. 32, Madrid, Fundación y Democracia Gobierno Local, 2021, pp. 67-100.

¹⁶ La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM(2021) 245 final, referida a su informe *Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contrata-*

superar interpretaciones rígidas y un tanto descontextualizadas para, por ejemplo, integrar como regla general en las cláusulas de los contratos públicos requisitos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, superando una estricta vinculación directa al objeto del contrato para combatir la precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación. Igualmente, medidas para facilitar la participación de las pymes en la contratación pública y promover la innovación. Todo ello con una total garantía de integridad salvaguardada por la transparencia y la competencia. Y en esta línea las condiciones sociales y ecológicas son uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública desde la perspectiva de la sostenibilidad, claramente amparada por varios de los ODS. Y, en consecuencia, podemos ya afirmar que están admitidos y fomentados por las instituciones supranacionales, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una «potestad» al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, calidad ambiental, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE.

Así, en TJUE, en la sentencia de 30 de enero de 2020, (asunto C-395/18) TIM, apartado 38, se reafirma en la necesidad de una visión estratégica del contrato advirtiéndose que:

Los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, [...] *un requisito de este tipo constituye, en la configuración general de la citada Directiva, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros.* (cursiva nuestra)¹⁷.

Esta visión estratégica aconseja, en todo caso, analizar también para un mejor cumplimiento de estos objetivos la mejor forma de agregar necesidades con el fin de obtener mejores resultados¹⁸.

2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LA SOSTENIBILIDAD SOCIAL Y AMBIENTAL

La contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada, que incluye, por supuesto,

ción pública en el mercado interior. En el Informe se concluye que «*resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE*». El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión «Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas — 2.ª ed.» (2021/C 237/01), en la que se incide en que «*Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)*».

¹⁷ Resulta claro que son compatibles con la regulación de la contratación pública criterios de adjudicación que no necesariamente guardan relación directa con la contratación pública (paradigmáticas, entre otras, las sentencias Concordia Bus Finland, C-513/9, o Wienstrom, C-448/01).

¹⁸ Sobre esta cuestión me remito al libro colectivo coordinado por P. VALCÁRCEL, *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, trabajo que aporta importantes y bien construidas reflexiones sobre la problemática y posibilidades de la compra agregada y compra conjunta.

aspectos de la calidad vinculados a cierta «sensibilidad» social y ecológica¹⁹. En este aspecto los objetivos de las Directivas europeas de contratación pública son muy claros²⁰.

Debe recordarse que la compra pública sostenible y la consecuente introducción de condiciones relacionadas con la protección del medio ambiente (eco etiquetas, productos reciclables, sistemas de depuración de vertidos, etc.) son admitidas ya desde hace tiempo como válidas por las Instituciones europeas (Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública)²¹. Y ello porque guardan relación con la política ambiental prevista en el art.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (y arts. 4 y 11)²². Y en el art. 45 de nuestra Constitución²³. Y de ser objetivos secundarios se han con-

¹⁹ El modelo social de la Constitución no es de elección, sino que exige su máxima extensión en tanto las condiciones socioeconómicas y presupuestarias lo permitan. Solo así puede hablarse de verdadera justicia social (que forma parte del art. 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del art. 9.2 CE. Basta recordar como ya en 1944 la importante Declaración de Filadelfia (actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo) declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social. Y, para ello, tenemos como marco de referencia la importante Agenda 2030 para el desarrollo sostenible aprobada por Naciones Unidas en 2015 (en vigor desde el 1 de enero de 2016), que contempla 17 Objetivos con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental (son una estrategia de futuro sumamente ambiciosa y transformativa). Agenda que se propone, entre otros objetivos, el de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible como algo esencial para lograr la prosperidad. Asimismo, la Agenda aborda los factores que generan violencia, inseguridad e injusticias, como las desigualdades, la corrupción, la mala gobernanza y las corrientes ilícitas de recursos financieros y armas.

²⁰ Por todos, W. JANSSEN y R. CARANTA (eds.), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law*, Oxford, Hart, 2023.

²¹ Vid., por todos, A. ARAGÃO, «Los criterios ambientales de valoración y adjudicación en la contratación pública: Situación actual y desarrollos futuros», en R. GALÁN VIOQUE (dir.), *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2018, pp. 163-166. También en el libro colectivo X. LAZO (dir.), *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, 2018 y el trabajo de I. SAINZ RUBIALES, «La protección del ambiente en la nueva Ley de contratos: del Estado meramente comprador al Estado ordenador», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018, pp. 49 y ss.

²² El art. 11 señala que «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible». Puesto que hace referencia al principio de integración ambiental en cada una de las políticas entre las que se encuentra la del mercado interior, afectando, en consecuencia, directamente a la contratación pública, tal y como advierte M. SARASÍBAR IRIARTE, «La contratación pública se tiñe de verde», en el libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos. Número monográfico especial Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 317-328. Vid. también M.C. ALONSO GARCÍA, «Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/CE en la contratación pública verde», en el libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos. Número monográfico especial. Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 279-289.

²³ Por todos, puede consultarse a J. PERNAS GARCÍA, «El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Observatorio de políticas ambientales*, Cizur Menor, Civitas, 2012, pp. 299-323 y su monografía *Contratación Pública Verde*, La Ley, 2011 y C. DE GUERRERO MANSO, «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Monografía XIX: Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental, pp. 143-179. Destacamos también en la doctrina el análisis de R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Los retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta», en M. M.^a RAZQUIN LIZÁRRAGA y J. F. ALENZA (dirs.), *Nueva contratación pública. Mercado y medio ambiente*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 77-127

vertido en objetivos primarios vinculados al modelo socio económico europeo²⁴. Por ello la legislación española de contratación pública incorpora en su articulado numerosas posibilidades prácticas para articular una estrategia de «compra verde»²⁵. La sostenibilidad ambiental no es una exigencia estética ni una moda, sino una herramienta generadora de valor (en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas). En este sentido, la Unión Europea ha decidido incluir los Objetivos de Desarrollo Sostenible en las políticas e iniciativas de la UE a todos los niveles, con el desarrollo sostenible como principio rector esencial de todas las políticas de la Comisión Europea. Así, la exigencia de sostenibilidad ambiental deberá articularse para cumplir los objetivos de la Agenda Verde Europea y acomodarse a las directrices dictadas por las instituciones comunitarias, entre ellas la exigencia de neutralidad climática.

La sostenibilidad ambiental debe ser un presupuesto en toda decisión de adquisición de vacunas, sin que pueda ser freno para ello el fomento de una competencia mal entendida, enfocada meramente al precio y no a la rentabilidad económica y social.

La sostenibilidad ambiental es un elemento principal tal y como reconoce el TJUE, en la Sentencia de 30 de enero de 2020, Tim (asunto C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58), apartado 38, en la que se reafirma en la necesidad de una visión estratégica del contrato advirtiendo que (énfasis añadido): «Los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obli-

e «Incorporación cláusulas ambientales en la contratación pública», en X. LAZO VITORIA (dir.), *Compra pública verde*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2018 pp.29-51; así como el estudio de I. SANZ RUBIALES, «La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del Estado meramente “comprador” al Estado “ordenador”», *Revista de Administración Pública*, núm.205, 2018, pp.49-80; y el de D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, «La progresiva integración del medio ambiente en la actividad contractual y convencional de las administraciones públicas», en R. GALÁN VIOQUE (dir.), *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2018, pp.23-48. También de interés la obra colectiva M. RAZQUIN LIZARRAGA y J.F. ALENZA (coords.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi, 2017. Con respecto a las consideraciones ecológicas relacionadas con las contrataciones públicas, resulta también de interés la Comunicación de la Comisión COM(2008) 400/2 *Public procurement for a better environment* (Contratación pública para la mejora del medio ambiente) (disponible en http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com_2008_400.pdf) y el documento de servicios de la Comisión «*Buying Green — Handbook on Green Public Procurement*» (Adquisiciones ecológicas - Manual sobre contratación pública ecológica) (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf).

²⁴ En abril de 2020 se publicó un *briefing* titulado «*The EU's Public Procurement Framework*» (El marco de contratación pública de la Unión), en el que se examina cómo este marco contribuye a la consecución de los objetivos del Acuerdo de París y la Estrategia de la Economía Circular. Este trabajo de investigación fue solicitado por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (IMCO) para su informe de propia iniciativa titulado «*Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores*», aprobado por el Parlamento el 25 de noviembre de 2020.

²⁵ Por todos, como principal referente doctrinal en esta cuestión, me remito a J. PERNAS GARCÍA, *Contratación Pública Verde*, Madrid, La Ley, 2011; *id.*, «Hacia una compra pública verde “en serio” de la mano del principio DNSH: propuesta básica para su necesaria articulación jurídica y técnica», *Revista electrónica de contratación pública*, noviembre de 2022; M. C. ALONSO GARCÍA, «Contratación pública ecológica», en E. GAMERO CASADO e I. GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp.2753-2807. También de especial en la bibliografía más reciente el libro colectivo X. LAZO (dir.), *Compra pública verde y cambio climático*, Atelier, 2022.

gaciones en materia medioambiental, social y laboral, [...] un requisito de este tipo constituye, en la configuración general de la citada Directiva, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros»²⁶.

En este contexto, el art.31 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (LCCTE) introduce una referencia a la sostenibilidad ambiental en la contratación pública, aplicable directamente a la adquisición pública²⁷. Este precepto prevé articular una nueva compra pública verde desde los siguientes criterios²⁸:

a) A modo de *presupuesto habilitante* se establece que «se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios medioambientales y de sostenibilidad energética cuando guarden relación con el objeto del contrato, que deberán ser objetivos, respetuosos con los principios informadores de la contratación pública y figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente». No se precisa ni amplía el alcance de la vinculación al objeto, que es donde más problemas prácticos se detectan como «freno» a una nueva cultura de contratación pública con sensibilidad ambiental. En este sentido, se ha pronunciado el «Informe Trienal relativo a la contratación pública en España en 2018, 2019 y 2020», de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Conjunto con la OIRESCON y el Comité de Cooperación en materia de Contratación)²⁹. En este punto se debería haber

²⁶ Resulta claro que son compatibles con la regulación de la contratación pública criterios de adjudicación que no necesariamente guardan relación directa con la contratación pública (paradigmáticas, entre otras, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495 o de 4 de diciembre de 2003, Wienstrom, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651).

²⁷ La exposición de motivos destaca que «la inclusión en los pliegos de contratación de criterios de adjudicación vinculados con la lucha contra el cambio climático y de prescripciones técnicas particulares que establezcan la necesaria reducción de emisiones y de la huella de carbono».

²⁸ Sobre su alcance y contenido me remito a J. M. GIMENO FELIÚ, «Capítulo XXXV. Contratación pública», *Estudios sobre Cambio Climático y Transición Energética*, Marcial Pons, 2022, pp. 781-796.

²⁹ Como se indica en el propio Informe, el objetivo es «dar cumplimiento a las obligaciones de información que nos vienen impuestas por las Directivas de contratación pública de 2014. Adicionalmente, también aspira a servir de apoyo en el diagnóstico de las debilidades y fortalezas de nuestro sistema de contratación pública en el citado periodo temporal. En este sentido, debe tenerse en cuenta que está en proceso de elaboración la propuesta de Estrategia Nacional de Contratación Pública que el Comité de Cooperación en materia de contratación pública debe aprobar, a fin de ser elevada para su aprobación por la OIRESCON, de acuerdo con lo dispuesto por el art.332.7.a) de la LCSP». Especial interés tiene la reflexión sobre la compra pública estratégica: «el Reino de España viene poniendo de manifiesto a la Comisión Europea, sería deseable que desde la UE se clarificara el marco jurídico de la contratación pública estratégica, y en especial cómo debe interpretarse el requisito de vinculación del criterio o condición con el objeto del contrato, teniendo en cuenta la doctrina del TJUE (entre otras, la Sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-36/10). Esta clarificación vendría a complementar lo indicado por la Comisión Europea en sus documentos sobre contratación pública socialmente responsable, a destacar: la Comunicación *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE*, (24.7.2019, C(2019) 5494 final); y la Guía *Making Socially Responsible Public Procurement Work: Good practice cases* (mayo 2020).

Se observa en la documentación recibida por el Ministerio de Hacienda que todos estos antecedentes (jurisprudenciales y *soft law* de la Comisión) por el momento no han clarificado completamente *cual es la interpretación conforme con el Derecho Comunitario del principio de vinculación entre el criterio o condición y el objeto del contrato, por lo que se solicita a la Comisión clarificar esta cuestión capital para el avance de la contratación pública estratégica*, tan necesario para contribuir a la recuperación económica con la ayuda de los Fondos *Next Generation EU*» (p.145).

sido más ambicioso y aclarar de forma explícita que la vinculación puede ser directa o indirecta.

b) De forma acertada, se prevé imponer *la contratación verde mediante exigencias en las especificaciones técnicas*³⁰. Para ello, deberán contener los «criterios de *reducción de emisiones y de huella de carbono* dirigidos específicamente a la lucha contra el cambio climático. A tal efecto, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y el Ministerio de Hacienda elaborarán un catálogo de prestaciones en cuya contratación se tendrán en cuenta los criterios de lucha contra el cambio climático mencionados en este apartado y en el que se identificarán tales criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono, incluidos los relacionados con una alimentación sostenible y saludable». Esto significa que el Estado (para su ámbito de contratación) decidirá qué especificaciones verdes se impondrán en las licitaciones, lo que obligará al mercado, en la lógica de una competencia practicable, a adaptarse a estas nuevas reglas. Las empresas que no cumplan las mismas, deberán ser excluidas³¹. El uso de normas, etiquetas o certificados en el ámbito de la contratación pública constituye una forma práctica, fiable y sencilla para los compradores públicos de verificar el cumplimiento de determinados requisitos de calidad por parte de los operadores económicos que se presentan a una licitación. Las normas o etiquetas utilizadas en los procedimientos de contratación pública se refieren generalmente al aseguramiento de la calidad, la certificación medioambiental, las etiquetas ecológicas, los sistemas de gestión medioambiental y los productos de comercio justo.

c) Se contempla también *la utilización de los criterios de adjudicación como opción de poner en valor la sostenibilidad ambiental*. Al respecto conviene recordar que estos criterios son un elemento determinante para la mejor adjudicación, por lo que su diseño, ponderación y sistema de puntuación deben estar debidamente alineados con este objetivo. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, destacó que la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora:

«La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que

³⁰ De hecho, la certificación es uno de los métodos más sencillos de acreditación de la solvencia técnica, tal y como indican P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y B. GÓMEZ FARÍÑAS, «Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental», en X. LAZO VICTORIA (dir.), *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 94-98. Obviamente, lo serán también las prohibiciones de contratar, como explica T. MEDINA ARNÁIZ, en su trabajo «¿Quien contamina no contrata? Las prohibiciones de contratar vinculadas a la protección del medio ambiente», en X. LAZO VICTORIA (dir.), *Compra Pública Verde*, op. cit., pp. 53-76.

³¹ Limitaciones a la participación de empresas extranjeras alineada con la recomendación de la Comisión europea en su Comunicación sobre *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE* -Bruselas, de 24 de julio de 2019. C (2019) 5494 final-, y del desarrollo de los principios contenidos en la Comunicación de la Comisión europea *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*, Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017 COM(2017) 572 final. En esta última Comunicación se advierte que para conseguir «resultados óptimos» en la contratación pública, la Comisión entiende que «los criterios estratégicos deben aplicarse de forma sistemática».

deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios».

Difícilmente se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración si entre los criterios de adjudicación no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y la sostenibilidad ambiental es un criterio válido, admitido desde hace años por el TJUE. La validez de este criterio fue confirmada por la ya citada STJUE de 17 de septiembre de 2002 (asunto Concordia), al afirmar expresamente que son criterio válido las consideraciones medioambientales. En esta importante Sentencia, se analizó la validez de incluir entre los criterios de adjudicación del contrato la organización del empresario en materia de calidad y ambiental (debían concederse puntos adicionales por un conjunto de criterios cualitativos y por un programa de conservación del medio ambiente acreditados mediante certificación) y la reducción de las emisiones de óxido de nitrógeno o del nivel de ruido de los vehículos (criterios de naturaleza ecológica)³². En esta Sentencia el Tribunal de Justicia afirma que:

1) El art. 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que, cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación.

*2) El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados*³³.

³² Un licitador podía obtener un máximo de diez puntos adicionales con arreglo a ciertos criterios. Así, tales puntos se asignaban, en particular, por la utilización de autobuses que tuvieran, por una parte, emisiones de óxidos de nitrógeno inferiores a 4 g/kWh (+ 2,5 puntos/autobús) o inferiores a 2 g/kWh (+ 3,5 puntos/autobús) y, por otra parte, un nivel de ruido inferior a 77 dB (+ 1 punto/autobús).

³³ Un dato de gran relevancia es que el Tribunal asumió el criterio del Abogado General, Sr. Jean Mischo, considerando que *el hecho de que la entidad contratante deba identificar la oferta económicamente más ventajosa no significa que cada criterio deba tener una dimensión estrictamente económica en relación con ese concreto contrato, sino que puede consistir en una ventaja económica «indirecta» respecto al contrato, pero directa con los fines públicos perseguidos por la Administración, siempre y cuando se respeten los principios fundamentales del derecho comuni-*

En esta misma línea se posicionó la STJUE de 4 de diciembre de 2004 (EVN AG y Wienstrom, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651), al afirmar:

La normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45 por 100, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue³⁴.

En consecuencia, no hay duda de la viabilidad de criterios de adjudicación ambientales, si bien deben ser comprensibles y de sencilla ponderación, pues de lo contrario existe el riesgo de generar una complejidad que impida la efectiva concurrencia. En este contexto la utilización del *coste del ciclo de vida como criterio de adjudicación* (art. 68 de la Directiva de contratación pública de 2014 y 148 LCSP) *resulta determinante, en tanto permite «medir» el impacto ambiental de un producto desde que sus materias primas son extraídas y producidas hasta que se transforman en un desecho*³⁵. Y para medir pueden servir de referencia las normas internacionales ISO 14040 (principios y marco de referencia para el ACV) e ISO 14044 (requisitos y directrices para el ACV), adoptadas por AENOR como UNE-EN ISO 14040 y UNE-EN ISO 14040. Y para la valoración los licitadores deberán presentar sus ofertas con descomposición de los *costes estimados*, acompañados de sus valoraciones y/o de datos técnicos subyacentes que soportan apropiadamente su proposición económica y la previsión de esos costes de ciclo de vida (lo que permite su evaluación y el análisis de los precios ofertados por la «auditoría de contratos»).

d) Por último, es posible *incorporar una «estrategia verde» al contrato público mediante las condiciones especiales de ejecución* y constituyen un «valor cardinal» por cuyo respeto deben velar los Estados miembros en atención a

tario, en especial el principio de no discriminación, y el cumplimiento de las normas de procedimiento, en especial las referidas a la publicidad.

³⁴ En todo caso, como bien advierte el TJUE, dicha normativa se opone a este criterio en la medida en que: no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas; exija a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podrán suministrar a una clientela indeterminada y atribuya la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, teniendo en cuenta que sólo se valora la parte de esta que exceda del volumen de consumo previsible en el marco de la licitación.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si, a pesar de no haber establecido la entidad adjudicadora un período de suministro determinado, el criterio de adjudicación ha sido formulado de forma suficientemente clara como para responder a las exigencias de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

³⁵ En el art. 2 de la Directiva se define: «Ciclo de vida»: todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización.

lo dispuesto en el art. 18.2 de la Directiva 2014/24/UE³⁶. En ese contexto de debe entender lo previsto en el art. 202 LCSP, que responde directamente a la filosofía que se impone en el artículo 1.3 LCSP y exige que al menos una condición especial de ejecución tenga carácter estratégico, lo que valida por sí la obligatoriedad de condiciones ambientales, que no falsean la competencia. La exigencia de condiciones de ejecución de carácter ambiental tiene indudables ventajas prácticas, en tanto garantizan un cumplimiento ecológico de la prestación contratada³⁷, a la vez que evita riesgos de «cierre del mercado»³⁸.

La visión estratégica alcanza también los aspectos sociales³⁹. Criterios sociales que deben, vinculados al objetivo de la buena administración, para impulsar, como bien explica el profesor J. A. Moreno Molina, la compra so-

³⁶ Así se manifiesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 30 de enero de 2020, Tim, C395/18, EU:C:2020:58, apartado 38. *Vid.* C. DE GUERRERO MANSO, «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública. Monografía xix: Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental*, pp. 143-179. También M. R. DELGADO FERNÁNDEZ, «Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución», en el libro colectivo *Compra pública verde*, *op. cit.*, pp. 175-188 y B. PALACÍN SAENZ, «La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?», en *Revista Gabilex*, núm. 7, septiembre 2016.

³⁷ Sobre la doctrina de los órganos de recursos contractuales en esta materia puede consultarse M. J. SANTIAGO FERNÁNDEZ, «Doctrina de los Tribunales administrativos de recursos contractuales en relación a los aspectos medioambientales en la contratación», en R. GALÁN VIOQUE (dir.), *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2018, pp. 65-90.

³⁸ Serían ejemplos exigir un concreto modelo de destrucción compatible con la mayor sostenibilidad o la utilización de productos de etiqueta verde siempre que ello fuera posible. Y frente al modelo clásico de penalidades puede resultar convenientes introducir «incentivos económicos» vinculados a un mayor impacto de reducción de la huella de carbón, lo que facilitaría un mayor valor de la prestación realmente ejecutada. Por todos. J. PERNAS GARCÍA, «Las etiquetas ambientales en la Ley 9/2017 de contratos del sector público: una herramienta para simplificar y dotar de seguridad jurídica a la integración de consideraciones ambientales en la preparación contractual», *Compra pública verde y cambio climático*, X. LAZO VITORIA (dir.), 2022, pp. 111-152.

³⁹ En la doctrina, sin ánimo exhaustivo pueden citarse los siguientes trabajos: J. M. GIMENO FELIÚ, «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites», *Anuario del Gobierno Local 2017*, Fundación y Democracia Gobierno Local, 2017, pp. 241-287; M. A. BERNAL BLAY, «Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en el libro colectivo *El Derecho de los contratos públicos*, Monográficos de la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. X, Zaragoza, 2008; J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, Madrid, La Ley, 2007, pp. 516 y ss.; S. VERNIA TRILLO, «La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002, pp. 429-454; J. F. MESTRE DELGADO, «Contratos...», *op. cit.*, pp. 705-730; H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?», *Justicia administrativa*, núm. 20, 2003, pp. 27-67; F. VILLALBA PÉREZ, «La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 74, 2009, pp. 49 y ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009; J. A. VÉLEZ TORO, «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, Madrid, septiembrediciembre, 2009, págs. 21-57; A. GONZÁLEZ ALONSO, «La contratación pública ecológica», *Justicia Administrativa*, núm. 47, 2010, pp. 31 y ss.; y T. MEDINA ARNÁIZ, «Social Considerations in Spanish Public Procurement Law», *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, pp. 56-79. De especial interés el libro colectivo B. GARCÍA y M. PARDO (dirs.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.

cialmente responsable⁴⁰. Vinculación de aspectos sociales admitida cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica, directa o indirecta, ligada al producto o servicio objeto del contrato (ya admitido y fomentado por la Comunicación de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos de 15 de octubre de 2001 - COM(2001) 566 final-⁴¹), lo que refleja la idea de que la contratación pública es una herramienta para la efectividad de políticas pública⁴². La dimensión cualitativa de la compra pública en relación con los aspectos sociales (a los que se refiere claramente la LCSP)⁴³, en palabras de O. Molina Hermosilla, se convierte en una exigencia de la correcta gestión contractual⁴⁴.

La extensión de estas cláusulas, y sus distintas posibilidades, en una realidad incorporada de forma decidida a la LCSP⁴⁵. En todo caso, su utilización exige una adecuada ponderación y que se preserve la identidad de la prestación licitada⁴⁶. Lo que no significa, en modo alguno, que deban estar necesariamente conectados con la directa satisfacción funcional del contrato⁴⁷.

La extensión de estas cláusulas, y sus distintas posibilidades, en una realidad incorporada de forma decidida a la LCSP, que impone una visión estra-

⁴⁰ J. A. MORENO MOLINA, *Compra pública socialmente responsable*, Valencia Tirant lo Blanch, 2022.

⁴¹ El Parlamento Europeo, en su resolución sobre el *Libro Verde de la Comisión sobre la contratación pública en la unión Europea: reflexiones para el futuro* [COM (96)0583 -C4-0009/97] insiste en la necesidad de incorporar adecuadamente los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública y, en general, en los distintos fines inherentes al proceso de integración comunitaria por referencia a los contratos públicos. Vid. J. F. MESTRE DELGADO, «Contratos públicos y políticas de protección social y medio ambiental», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 291, 2003, pp. 705-730.

⁴² Vid. T. MEDINA ARNÁIZ, «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, 2011, pp. 43-104. También J. RODRÍGUEZ ARANA, «La contratación del sector público como política pública», en el libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, op. cit., pp. 31-44.

⁴³ T. MEDINA ARNÁIZ, «Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo», en el libro colectivo *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, 2018, pp. 55-76.

⁴⁴ O. MOLINA HERMOSILLA, *Dimensión cualitativa de la contratación pública en la era COVID-19*, Granada, Comares, 2021. Al respecto resulta de especial interés, por su amplia visión, el libro de V. AGUADO I CUDOLA, *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

⁴⁵ T. MEDINA ARNÁIZ, «Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo», en el libro colectivo *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, 2018, pp. 55-76.

⁴⁶ Sirva de ejemplo lo sucedido con la aplicación del Fondo Estatal de Inversión Local (plan E) en España. El Tribunal de Cuentas (Informe 982 sobre Fondo Estatal de Inversión Local, de 2013) ha puesto de relieve varias de las «debilidades» de este Fondo, que se concretan en falta de previsión de efectos y de efectivo cumplimiento de lo ofertado por los contratistas. Me remito al trabajo y conclusiones de M. A. BERNAL BLAY, «El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos», en el libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, op. cit., pp. 175-184.

⁴⁷ T. MEDINA, «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 43-94. También J. RODRÍGUEZ ARANA, «La contratación del sector público como política pública», en el libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, op. cit., pp. 31-44.

técnica de la compra pública⁴⁸. Obviamente, su utilización exige, tanto en fase definición de la necesidad, como de tramitación y de ejecución⁴⁹, una adecuada ponderación y que se preserve la identidad de la prestación licitada (admitiendo, por supuesto, la vinculación indirecta al objeto que aporta un valor cualitativo a la prestación)⁵⁰.

En definitiva, —siempre con respeto a los Acuerdos GATT—, es posible (y conveniente) regular un sistema de contratación pública que, respetando los principios europeos y derivados de la globalización, evite la precarización de las condiciones laborales⁵¹, desincentive la deslocalización empresarial y que no penalice a las empresas europeas ni a las PYMEs⁵². Y que fomente, por supuesto, los objetivos europeos de la economía circular que son un objetivo de primer orden en el contexto de gestión de los fondos NGEU⁵³.

⁴⁸ T. MEDINA ARNÁIZ, «Las cláusulas sociales en la contratación pública...», *op. cit.*, pp. 55-76. También los trabajos de I. GALLEGO CORCOLES, «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa*. Nueva Época, núm. 4, 2017, pp. 92-113 y «Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea», *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, núm. 62, 2021, pp. 82-97.

⁴⁹ Sobre la fase de ejecución tiene especial interés el trabajo de C. GUERRERO MANSO, «La inclusión de condiciones especiales de ejecución...», *op. cit.*, pp. 141-177.

⁵⁰ Sirva de ejemplo lo sucedido con la aplicación del Fondo Estatal de Inversión Local (plan E) en España. El Tribunal de Cuentas (Informe 982 sobre Fondo Estatal de Inversión Local, de 2013) ha puesto de relieve varias de las «debilidades» de este Fondo, que se concretan en falta de previsión de efectos y de efectivo cumplimiento de lo ofertado por los contratistas. Me remito al trabajo y conclusiones de M. A. BERNAL BLAY, «El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos», en el libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, *op. cit.*, pp. 175-184.

⁵¹ Debe recordarse que las normas fundamentales de trabajo de la OIT prohíben el trabajo forzado (Convenciones 29 y 105) y el trabajo infantil (Convenciones 138 y 182) y establecen el derecho a la libertad de asociación y la negociación colectiva (Convenciones 87 y 98) y a la no discriminación en términos de empleo y ocupación (Convenciones 100 y 111). Las bases legales de las normas fundamentales de trabajo son las ocho convenciones centrales de la OIT arriba mencionadas, que han sido ratificadas por todos los 27 Estados miembros de la UE.

⁵² Así lo advierte, por lo demás, la Comisión europea en su Comunicación sobre *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE*, Bruselas, de 24 de julio de 2019. C (2019) 5494 final. Hay que recordar igualmente la importante Comunicación de la Comisión europea *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*, Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017 COM(2017) 572 final.

⁵³ Resultan de interés las reflexiones de M. COZZIO, «Le nuove direttive appalti e l'accesso delle piccole e medie imprese al mercato degli appalti pubblici (prima parte)», *Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici*, en www.osservatorioappalti.unitn.it. *Id.*, «Le scelte del legislatore europeo per favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese», *Rivista Diritto e pratica amministrativa*, núm. especial mayo 2014, pp. 8-21. La economía circular persigue el mantenimiento del valor de los productos y materiales, de forma que los residuos sean minimizados, recuperando el producto al final de su uso, de forma que se recupere su valor. Un gran número de estudios muestran, no solo los beneficios de la implementación de políticas de economía circular en la economía, sino también a nivel laboral y social. Dicha iniciativa se encuentra recogida minuciosamente como uno de los objetivos prioritarios de la UE a corto o medio plazo. En este sentido, interesa el Paquete de Economía Circular impulsado por la UE en *European Environmental Agency*: <https://www.eea.europa.eu/policy-documents/com-2015-0614-final> o la información contenida en la página web de la Comisión Europea, que refleja la estrategia europea en esta materia, disponible en https://ec.europa.eu/commission/priorities/jobs-growth-and-investment/towards-circular-economy_en. Vid. sobre lo mismo, el denominado *Completing the Picture: How the circular economy tackles climate change*, desarrollado por la Fundación Ellen McArthur, una de las instituciones más relevantes en el campo de la economía circular a nivel mundial: <https://www.ellenmacarthurfoundation.org>. Asimismo, se trata de una estrategia que se ha hecho eco en España [vid. el denominado *España Circular 2030. Borrador de*

El objetivo de la sostenibilidad es un pilar fundamental de la compra pública estratégica, muy reforzado con la política de gestión de los fondos NGEU, que debe ser comprendida desde esta perspectiva del fin derivado de la concreta prestación que se demanda⁵⁴. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos vinculados a la buena administración que debe prestar la Administración Pública. La utilización de criterios sociales o ambientales, en tanto implican una mayor calidad de la prestación, deben servir para «forzar una comparación de ofertas» global, y no para optar entre modelos sociales o no sociales de la oferta (así lo admite la STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos* que permite establecer como criterio de adjudicación un elemento no intrínseco del producto a suministrar, como es su procedencia del comercio justo, para apreciar su calidad)⁵⁵. Esto explica por qué en ciertas ocasiones la estrategia social o ambiental del contrato aconseja prestar especial atención a la fase de ejecución, mediante condiciones especiales de ejecución (art.202 LCSP) que serán obligatoria para todo licitador que aspire a la adjudicación⁵⁶. Regular las retribuciones mínimas del personal y su forma de acreditación periódica, prever la obligación de subcontratación de ciertos elementos del contrato con determinados colectivos sociales (como empresas de iniciativa social), imponer penalidades contractuales que «estimulen» el correcto cumplimiento de la sensibilidad social del contrato, son, entre otras, previsiones muy eficaces en la consolidación de una contratación socialmente responsable eficaz (sin obviar el importante efecto didáctico para extender estas propuestas al sector privado).

Alineado con lo que se acaba de indicar hay que reseñar, en España, el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en su reunión del día 12 de abril de 2019, a propuesta de las Ministras de Hacienda, de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE de 25 de mayo de 2019). Como se señala en este Acuerdo, la «contratación pública estratégica» constituye una aproximación novedosa a la compra pública, que trasciende la función tradicional de la contratación de dar satisfacción a las necesidades de bienes y servicios del sector

Estrategia española de Economía Circular (Consulta el 28 de enero de 2020) <https://www.miteco.gob.es/> e incluso a nivel regional (como por ejemplo, en Aragón, véase la estrategia «Aragón Circular» disponible en <http://www.estrategiaaragonesacambioclimatico.es/economia-circular>).

⁵⁴ Sobre esta cuestión, el excelente trabajo de I. GALLEGO CORCOLES, «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa*. Nueva Época, núm. 4, enero-diciembre, 2017, pp. 92-113. También L. FUERTES GINE, «La contratación pública sostenible bajo la lente del concepto paraguas», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58, 2021.

⁵⁵ Vid. M. RAZQUIN, «Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos», en M. M. RAZQUIN LIZÁRRAGA, (dir.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 147-179. También J. MIRANZO DÍAZ, «Los criterios de adjudicación ambientales en las directivas de 2014», en M. M. RAZQUIN LIZÁRRAGA (dir.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 383-404.

⁵⁶ Sobre esta cuestión muy interesantes las reflexiones de C. GUERRERO MANSO, «La inclusión de condiciones especiales de ejecución...», *op. cit.*, pp. 141-177. También M. R. DELGADO FERNÁNDEZ, «Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución», en el libro colectivo *Compra pública verde*, *op. cit.*, pp. 175-188.

público, poniendo el poder de la compra pública al servicio de otras políticas consideradas estratégicas, como la política social. Visión estratégica complementada por las exigencias de la Agenda 2030 sobre Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por Naciones Unidas⁵⁷.

Dada la novedad que para los órganos de contratación presentan las previsiones de la Ley 9/2017 en materia de «contratación pública socialmente responsable», el Plan se aprueba con la finalidad de guiar a los órganos de contratación del sector público estatal en su correcta y adecuada aplicación, dándoles de esta manera el apoyo necesario para que hagan uso de las posibilidades que contempla el nuevo texto legal, así como impulsar su utilización de manera coordinada, para de esta manera continuar avanzando de manera efectiva en el reto de lograr una contratación pública socialmente más responsable. Y para facilitar la transición hacia esta compra pública responsable, junto a concretas medidas a incluir en las licitaciones públicas, el Plan opta, con acierto, por incluir la definición de «Contratación pública estratégica socialmente responsable»: *es aquella que hace referencia al proceso a través del cual los órganos de contratación del sector público estatal contratan obras, suministros o servicios o celebran contratos de concesión de obras o de concesión de servicios tomando en consideración para el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento correspondiente y durante la ejecución del contrato resultante de este procedimiento, criterios sociales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2017*⁵⁸.

En definitiva, las condiciones sociales y ecológicas son, como luego se desarrollará, uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública. Y, en consecuencia, podemos ya afirmar que están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, calidad ambiental, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE.

Así, debe admitirse un concepto amplio de «contratación pública socialmente responsable» que, en palabras del amplio Informe 16/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, *engloba diversos objetivos específicos de política social, como fomentar el empleo de personas en situación o en riesgo de exclusión social; la inserción social y laboral de personas con discapacidad física y/o intelectual; el diseño y accesibilidad para todos; la estabilidad y calidad en el empleo; la mejora de la seguridad y salud laboral; la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres; la responsabilidad*

⁵⁷ J. PERNAS GARCÍA también había advertido de la relevancia del Plan de Naciones Unidas de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el desarrollo sostenible (Cumbre de Johannesburgo 2002) cuyo objetivo era modificar las modalidades insostenibles de consumo y producción, siendo uno de los hitos en el reconocimiento internacional de la contratación pública como un instrumento ambiental de mercado. (*Contratación Pública Verde*, Madrid, *op.cit.*, en especial, pp. 36-42).

⁵⁸ Interesa la función didáctica de esta definición en tanto explica la nueva cultura de la contratación pública, que obliga a abandonar prácticas anteriores basadas en inercias burocráticas e indebida visión economicista de la contratación pública.

social de las empresas; las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral; y criterios de comercio justo y compra pública ética. Además, los aspectos sociales pueden combinarse con los aspectos ecológicos en un enfoque integrado hacia la sostenibilidad de las contrataciones públicas.

Lógicamente, la nueva normativa, desde esta perspectiva estratégica de carácter transversal, incluye medidas a favor PYMEs incorporando las soluciones incluidas en el «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos» [SEC (2008)2.193, de 25 de junio de 2008]⁵⁹. En especial destaca la nueva regulación de la división en lotes de los contratos. Así, se invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que, solo si no se divide, hay que justificarlo (sin que sirvan las cláusulas de estilo). Se regula la oferta integradora y se puede limitar número de lotes. La incorporación de la regla general de la «declaración responsable», como medida de simplificación, ha de favorecer la participación de las PYMEs. Especial interés tiene que la Ley (Disposición Adicional 41 LCSP), permita la acción directa de los subcontratistas⁶⁰ y que, previa previsión en los pliegos, el poder adjudicador compruebe el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más rigorista que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

El actual contexto de crisis económica derivada de la pandemia de 2020 refuerza la necesidad de avanzar hacia una nueva gestión económica mediante el contrato público que «piense en verde» y en «sostenibilidad social», no como exigencia estética, sino como herramienta generadora de valor⁶¹. Esta exigencia de sostenibilidad ambiental debe articularse en la *priorización de los proyectos de infraestructuras a financiar*, que deberán cumplir los objetivos de la Agenda Verde Europea y acomodarse a las directrices

⁵⁹ En España, según estos últimos estudios de la OCDE, solo el 28 por 100 de la contratación pública se adjudica a estas (*Estudios Económicos de la OCDE, España, noviembre 2018*). Sobre la cuestión de las PYMES y la contratación pública puede consultarse: J.M. GIMENO FELLIÚ, «La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMEs como estrategia de reactivación económica», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Cizur Menor, Civitas, 2012, pp.59-84, y los trabajos de G. BARRIO GARCIA, «Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación Pública», en el libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp.133-160 y J.M. MARTÍNEZ, «Fomento del acceso de PYMES a la contratación pública», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143, 2016, pp.92-103.

⁶⁰ Cuestión que fue de especial análisis por F. BLANCO LÓPEZ en su muy interesante trabajo «La subcontratación administrativa y el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código civil», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 38, 2011, pp.221-258.

⁶¹ J. Pernas, con acierto, nos recuerda que la implementación de políticas activas de economía circular puede suponer un beneficio económico neto de 1,8 billones de euros de aquí a 2030, la creación de más de un millón de nuevos puestos de trabajo antes del 2030 y, además, una notable reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. «La “contratación circular”: el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos», en: <http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-contratacion-circular-el-papel-de-la-compra-publica-en-la-realizacion-de-una-economia>.

dictadas por las instituciones comunitarias (no puede olvidarse la exigencia de neutralidad climática). Desde esta perspectiva, parece oportuno que la norma legal a la que nos venimos refiriendo determine de forma clara los objetivos que se pretender fomentar, con la finalidad de dar seguridad jurídica a las propuestas de inversiones que se propongan: entre otros, proyectos que permitan descarbonizar la economía, para cumplir con los objetivos del Tratado de París, para luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, para combatir la contaminación y para promover la economía circular⁶².

3. LA NECESARIA PROFESIONALIZACIÓN Y CAPACITACIÓN COMO PRESUPUESTO DE UNA COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA

Como ya se ha advertido con anterioridad, la profesionalización resulta elemento imprescindible para poder cumplir con las exigencias derivadas del principio de buena administración en la contratación pública. Y debe ser vista como elemento palanca para la mejor movilización del contrato público como inversión⁶³.

Para articular una adecuada estrategia en contratación pública, desde la perspectiva de inversión que pone la atención en los resultados, es necesario contar con los adecuados medios materiales y, sobre todo, con la mejor capacitación y *auctoritas*, de los gestores públicos que debe liderar ese nuevo modelo de compra públicas⁶⁴.

En la práctica, sin embargo, nos encontramos con problemas previos, como son una indebida «atomización administrativa» así como con cierta «contaminación política» que puede afectar a la planificación, programación, decisión de adjudicación y vigilancia del cumplimiento del contrato.

⁶² Al respecto resulta de interés el trabajo de K. ALHOLA, S.-O. RYDING, H. SALMENPERÄ, y N. J. BUSCH, «Exploiting the potential of public procurement: Opportunities for circular economy», *Journal of Industrial Ecology*, 23 (1), 2019, pp. 96-109. Un ejemplo de la oportunidad que ofrece la sostenibilidad ambiental en las construcciones públicas se explica en el trabajo de M. BRAULIO-GONZALO y M.^a BOVEA, «Relationship between green public procurement criteria and sustainability assessment tools applied to office buildings», *Environmental Impact Assessment Review*, vol. 81, March, 2020.

⁶³ Al respecto resulta de especial interés el trabajo de M. A. SANMARTÍN MORA, «La profesionalización de la contratación pública...», *op. cit.*, pp. 298-318. El Documento de trabajo de los servicios de la Comisión (SWD/2015/202) que acompaña a la Estrategia para el Mercado Único estima los beneficios económicos potenciales de solventar los problemas debidos a la profesionalización en más de 80 000 millones de euros.

⁶⁴ La opción de la Unión Europea sobre esta política de profesionalización de la contratación pública queda muy bien reflejada en la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública, *Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública* (BOE de 7 de octubre). En esta importante Recomendación se recuerda que los Estados miembros deben elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública, adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónomas o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública. El objetivo es atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles. Para ello se insta a los Estados a elaborar programas adecuados de formación.

Esa contaminación ha favorecido las prácticas irregulares en los casos de corrupción detectados, por la clara interrelación entre la autoridad administrativa y la organización del partido político. La profesionalización de la contratación pública refuerza el principio de integridad en tanto puede ser una barrera a la posibilidad de redes clientelares o de «confusión de intereses políticos»⁶⁵. La profesionalización en la esfera de las decisiones públicas puede ser una barrera a la existencia de redes clientelares o de «confusión de intereses políticos». Sin olvidar, como se ha señalado, con acierto, por J. Ponce, que la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*), pero no lo tiene en la política pública concreta (*policy*) si no supone el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica de gestión⁶⁶.

Un control que debe ser eficaz, que preserve los derechos afectados (tutela judicial de primer grado) y que no sea meramente de reparación de daños (tutela de segundo grado). Lo que tiene que ver, por ejemplo, con el rol a desempeñar por los órganos de control externo, que deben abandonar un modelo de «medicina forense» por un modelo de «medicina preventiva y de urgencia». De poco sirve, en un modelo de control en el siglo XXI, con las experiencias ya consolidadas, notificar las causas «de una defunción» cuando con otro modelo dicho resultado podría haberle evitado o al menos laminado. Y es que controlar cuestiones formales a plazo vencido aporta poco valor a la función de fiscalización⁶⁷.

La profesionalización resulta elemento imprescindible para poder cumplir con las exigencias derivadas de la compra pública estratégica. Y debe ser vista como elemento palanca para la mejor movilización del contrato público como inversión⁶⁸. Importancia de la profesionalización destacada e

⁶⁵ La opción de la Unión Europea sobre esta política de profesionalización de la contratación pública queda muy bien reflejada en la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública, *Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública* (BOE de 7 de octubre). En esta importante Recomendación se recuerda que los Estados miembros deben elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública, adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónomas o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública. El objetivo es atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles. Para ello se insta a los Estados a elaborar programas adecuados de formación.

⁶⁶ Vid. J. PONCE, «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 40, 2016, p. 96. Sobre esta cuestión se insiste en el libro colectivo de F. CAAMAÑO, J. M. GIMENO, G. QUINTEROS, y P. SALA, *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Barcelona, Profit, 2017. Una motivación ajena a los intereses públicos [la Sentencia TJUE de 5 de noviembre de 2014, Computer Resources International (Luxembourg) SA, y Comisión Europea, advierte que, «según una jurisprudencia reiterada, el concepto de desviación de poder se refiere al hecho de que una autoridad administrativa haga uso de sus facultades con una finalidad distinta de aquella para la que le fueron conferidas»], puede comportar un vicio de desviación de poder, que invalidará la decisión y que, en sentido amplio, supone un caso de corrupción pública.

⁶⁷ J. M. GIMENO FELIÚ, «Los fondos next generation y el rol de los órganos de control externo», en el libro colectivo *Auditoría y control de la respuesta al COVID-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Civitas, 2022.

⁶⁸ Al respecto resulta de especial interés el trabajo de M. A. SANMARTÍN MORA, «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», en el libro colectivo J. M. GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Pamplona, Aranzadi, pp. 298-318. El Documento de trabajo de los servicios de la Comisión (SWD/2015/202) que acompaña a

impulsada desde hace ya más de diez años por las instituciones europeas⁶⁹. Impulso renovado, como explica De Guerrero Manso, un marco común aplicable en cada uno de los Estados miembros: ProcurCompEU, por parte de la Comisión Europea, fiel a su objetivo de mejorar la profesionalización de la contratación pública⁷⁰. Este instrumento, que pivota sobre tres elementos básicos (*matriz de competencias, herramienta de autoevaluación y programa de formación*) pretende contribuir a la profesionalización de la contratación pública desde el reconocimiento y apoyo de su función estratégica, la cual le permite generar inversión pública destinada al crecimiento sostenible. Para ello define treinta competencias básicas y proporciona una referencia común a los distintos profesionales que intervienen en la contratación pública, tanto dentro como fuera de la Unión Europea⁷¹.

La profesionalización se refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación⁷². Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición «pasiva» y lanzarse a actuar en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación)⁷³. No en vano, al gestor público se le debe exigir una mayor y cualificada diligencia que al gestor privado puesto que «el gestor de fondos públicos está obligado a una diligencia cualificada en la adminis-

la *Estrategia para el Mercado Único* estima los beneficios económicos potenciales de solventar los problemas debidos a la profesionalización en más de 80 000 millones de euros.

⁶⁹ Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública *Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública*.

⁷⁰ C. DE GUERRERO MANSO, «La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública...», *op. cit.*, pp. 110-118. Disponible en https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procur-comp-eu-european-competency-framework-public-procurement-professionals_es

⁷¹ Como advierte C. DE GUERRERO MANSO, *op. cit.*, p. 118: ««la herramienta tiene también algunos puntos débiles. Uno de ellos es el carácter subjetivo de la autoevaluación, la cual carece de control o verificación posterior. Así, si un profesional se considera injustificadamente como experto en materia de contratos o sí, por el contrario, se infravalora y autocalifica sus competencias como básicas, el resultado de la evaluación no será conforme a la realidad ni, por consiguiente, será útil para mejorar la profesionalización de la organización ni del particular. Este riesgo es mayor si los profesionales confunden la finalidad de la autoevaluación y piensan que está vinculada a algún tipo de beneficio o reconocimiento en su trabajo, ya que tenderán a valorarse de manera menos fiel a la realidad. Junto a esto, otro aspecto negativo radica en la necesidad de tiempo y conocimientos previos para realizar de manera adecuada la autoevaluación. Efectivamente, al tratarse de una herramienta larga y detallada, será imposible que un profesional la rellene de manera adecuada si carece de alguno de los mencionados factores, ya que no podrá valorar de forma precisa si cuenta o no con las competencias requeridas en el nivel preciso».

⁷² Objetivo que se recoge en la Declaración de Cracovia, que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad los días 3 y 4 de octubre de 2011, y que, entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, propone *profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación*.

⁷³ J. M. GIMENO FELIÚ, «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en el libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

tración de los mismos, que es superior a la exigible al gestor de un patrimonio privado»⁷⁴.

Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses, y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan⁷⁵. Una adecuada profesionalización y «descontaminación política» de decisiones estrictamente administrativas, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida⁷⁶. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad y reconducir prácticas irregulares de financiación de los partidos políticos⁷⁷. Esta necesidad de profesionalización no incluye solo el sentido de mayor cualificación, sino que implica la re-delimitación de las funciones de políticos y alta función pública (fue clave en Italia tras el fenómeno *anti-corrupción Manos Limpias*). Al político, definición de objetivos y control de resultados. Al *manager* o alto funcionario, diseño del contrato y seguimiento. Claro, también es necesaria una mayor cualificación y, por tanto, mejor *status* (retribuciones, reconocimiento e independencia).

Como ejemplo de la profesionalización, debe quedar claro que la composición de la mesa de contratación, como órgano de asesoramiento técnico, impide que participen cargos políticos. Y en todo expediente de licitación, en especial los de concesión o de importe elevado, debe existir con carácter habilitante un informe detallado de conveniencia financiera suscrito por funcionarios.

En este escenario de necesaria profesionalización convendría poner en valor las experiencias de excelencia en la gestión de la compra pública, como incentivo a la mejora de las Administraciones y como elemento de rendición de cuentas a la ciudadanía. Un modelo de certificación pública puede ser

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Cuentas de España 16/2004, de 29 de julio. Siendo preciso lo que se ha venido denominando como «agotar la diligencia» como afirma la 4/2006, de 29 de marzo, entre otras.

⁷⁵ Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580> También A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de interés y la lucha contra la corrupción*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014 (hay 2.ª ed. de 2018), pp. 192-198. y J.A. MORENO MOLINA y D. SERNA, «El conflicto de intereses como causa de extinción *ex lege* de las concesiones demaniales», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 63, 2021, pp. 216-230.

⁷⁶ A. SANMARTIN MORA, «La profesionalización de la contratación pública...», *op. cit.*, pp. 408-409. Este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la «profesionalización» de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa. También E. MALARET, «El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia», *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, pp. 38 y ss.

⁷⁷ Como advierte M. FUERTES, en su trabajo «Semilla de la corrupción: los dineros de las formaciones políticas», en A. BETANCOR (dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Civitas, 2017, pp. 155-188.

una excelente herramienta para poder conseguir este objetivo. Y también los pactos de integridad, cuya función y finalidad es «validar socialmente» la correcta actuación pública y la ausencia de indicios de falta de objetividad o de contaminación clientelar.

Los pactos de integridad son, en esencia, una figura de «observador civil cualificado» que ayuda a la Administración a detectar o laminar conflictos de intereses y que «exterioriza» hacia la ciudadanía la corrección de la actuación⁷⁸. En tiempos actuales de desconfianza, y de percepción de «contaminación» de intereses en las decisiones contractuales (aun siendo legales), los pactos de integridad vienen a ser «marca de calidad» de la Administración, con intención de recuperar la confianza y credibilidad de la sociedad. No hay solapamiento, sino complementariedad y refuerzo de la actuación ética de una Administración pública que quiere ser transparente y rendir cuentas desde la confianza en el modelo⁷⁹.

Además, como necesario complemento a la profesionalización debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos⁸⁰. Pero esta nueva visión «ética» (y de profesionalización) no solo corresponde a los poderes adjudicadores. El sector empresarial debe dar un paso al frente. Lo advierte C. Gómez-Jara Díez, al postular la idoneidad de adaptar los programas de cumplimiento «anti-corrupción» al ámbito de público, apuntando «una exigencia legal futura para la contratación pública». El autor entiende que la experiencia norteamericana parece conducir indefectiblemente a la necesidad de que cualquier empresa que desee contratar con la administración pública debería instaurar de manera efectiva un programa de cumplimiento «anti-corrupción» como exigencia legal⁸¹. Sin

⁷⁸ Sobre su funcionamiento puede consultarse el trabajo de E. ARRIBAS REYES, «Pactos de integridad: tres décadas de experiencias en Europa como ejemplo para su implementación en España», *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 1, 2016. *Id.*, «Los pactos de integridad como herramienta para la prevención de la corrupción y el fomento de la integridad, la eficacia, la eficiencia y la competitividad a través de la transparencia de los procesos de contratación pública a nivel local», en el libro colectivo *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Madrid, La Ley, 2017, pp. 237-272.

⁷⁹ En profundidad, C. DE GUERRERO MANSO, «La suscripción de pactos de integridad como mecanismo de lucha contra la corrupción en la contratación pública», en el libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2017*, Aranzadi, 2018, pp. 225-265. También J. MIRANZO DÍAZ, «Los nuevos agentes de control en los procedimientos de compra pública: pactos de integridad y canales de denuncia», en el libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Cizur Menor, Aranzadi, Thomson Reuters, 2019, pp. 329-358.

⁸⁰ M. CACIAGLI, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Madrid, CEC, 1996 ya advertía como un aspecto que «fomenta» la corrupción, la debilidad de la regla de la moralidad pública, que debe ser un componente del control, pues no solo hay transgresión jurídica por el incumplimiento formal de normas jurídicas (pp. 67 y ss.). En esta misma línea son ineludibles las reflexiones de J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Cizur Menor, Civitas, 2.ª ed., 2014. También A. SABAN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991.

⁸¹ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los *compliance* programas “anti-corrupción” como exigencias legales de contratación pública», en el libro colectivo M. GARCÉS SANAGUSTÍN y A. PALOMAR OLMEDA (dirs.), *La Gestión de los*

duda, la prevención ética es una cuestión exigible a todas las partes de la contratación pública⁸².

Prevención que debe extenderse a los partidos políticos, «generadores» en muchas ocasiones de las situaciones de «perversión» de las decisiones públicas. Así, como ineludible medida de regeneración democrática convendría extender las exigencias de los programas de *compliance* empresarial —que es más que cumplimiento legal, dado que al concepto clásico de Derecho positivo (*hard law*), se añade el cumplimiento ético, la responsabilidad social corporativa, etc. (*soft law*)— al organigrama gerencial de estas organizaciones, lo que permitiría detectar y evitar casos de financiación ilegal, contrataciones fraudulentas, supuestos de sobornos, etc. Lo que exigiría regular la figura del *chief compliance officer responsable de la misma*. Y dentro de ese programa de *compliance* debería regularse la incidencia de los grupos lobistas, entendiendo al respecto cualquier comunicación directa o indirecta con agentes públicos, decisores públicos o representantes políticos con la finalidad de influenciar la toma de decisión pública, desarrollada por o en nombre de un grupo organizado⁸³.

Fondos Públicos: Control y Responsabilidades, Cizur Menor, Aranzadi, 2013. Gómez-Jara recuerda que desde el año 2008, la Administración estadounidense exige a los grandes contratistas revisar sus procedimientos internos de control y auditoría, así como de denuncias, en términos de diligencia debida (*Due Diligence*) sobre conductas ilegales de fraude, cohecho o cualquier otro tipo de actividad ilícita detectados en el seno de su empresa: «Esta regulación, especialmente la obligatoriedad de denuncia, han dado un vuelco significativo al panorama anterior; de tal manera que las denuncias de los propios contratistas están comenzando a fluir hacia las autoridades públicas. Más aún, el hecho de que los tribunales están considerando que la certificación que expresa la inexistencia de conductas ilícitas cuando el contratista debía estar al tanto de las mismas, constituye una falsedad documental que es perseguible por las autoridades». Parece el momento de evaluar esta propuesta en aras a la consecución efectiva del principio de integridad en la contratación pública.

⁸² Como destaca B. G. MATTARELLA, las normas éticas necesitan ser administradas, lo que exige una organización administrativa de la honestidad. *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 71. A modo de ejemplo, puede referenciarse el Código de principios y conductas recomendables en la contratación pública. Aprobado por Acuerdo de Gobierno de Cataluña el 1 de julio de 2014. Con la finalidad de contribuir a la excelencia en la actuación administrativa en el ámbito de la contratación pública, la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha recogido en este código los fundamentos y las buenas prácticas que ya tienen integrados en su tarea diaria los departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y las entidades que forman parte de su sector público, incorporando nuevos contenidos para la determinación de las conductas y las recomendaciones que contiene, las cuales también provienen de aportaciones procedentes del Grupo de Trabajo para el impulso y la mejora de los procesos de contratación pública, constituido en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la Oficina Antifraude de Cataluña, de la Autoridad Catalana de la Competencia, del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local de Cataluña, así como de organizaciones empresariales o sindicales. Con el Código, se quiere consolidar la ética en la contratación como parte de la cultura y los valores de los órganos de contratación. Las buenas prácticas contractuales contenidas en el Código se estructuran en los siguientes apartados: a) La determinación de los principios y de los valores éticos centrales que deben presidir la contratación pública; b) La identificación de determinadas conductas de utilidad para conformar una guía de actuación ante múltiples posibles circunstancias reales concretas; c) La concreción de prácticas contractuales especialmente convenientes y d) La concienciación, la formación y el seguimiento del compromiso ético.

⁸³ Como destacan A. REVUELTA y M. VILLORIA, «La regulación de los grupos de interés como instrumento de prevención de la corrupción», en el libro colectivo *La corrupción en España*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 409-433, los lobistas pueden ser no solo lobistas profesionales (inter-

mediadores de intereses), sino también representantes del sector privado dedicados a esta labor desde sus empresas (*in-house lobbyists*), consultores de relaciones públicas, representantes de ONG, corporaciones, asociaciones industriales y profesionales, sindicatos, *think tanks*, despachos de abogados, organizaciones religiosas y académicas.

CAPÍTULO IV

BUENA ADMINISTRACION Y EJECUCIÓN CONTRACTUAL

1. EL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS COMO ELEMENTO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Esta fase de ejecución y cumplimiento adquieren especial relevancia, como bien ha explicado el profesor G. Fernández Farreres¹. Más allá del alcance político y económico del debate instaurado sobre la prestación de actividades de interés público y de servicios esenciales, que enfatiza el valor de la gestión pública —de recuperación de lo público— frente a las tradicionales fórmulas de colaboración público-privadas (de contratos públicos), parece necesario abordar un análisis jurídico de los posibles condicionantes de la cultura de la gobernanza en la contratación pública y, en especial, en modelos de colaboración público-privada atendiendo a la sostenibilidad financiera de los servicios y actividades públicas². Y no solo esto, sino analizar también las causas que justifican la necesidad de revisar el modelo de colaboración público-privada y que, en muchas ocasiones están relacionadas con un incorrecto control por parte de la Administración de los contratos existentes y con la redacción de pliegos muy «formales», que no han puesto atención en la correcta ejecución del contrato ni en cierta «sensibilidad» social de los mismos y que han permitido en ocasiones cierta depredación de lo público³.

¹ G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos», *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021.

² *Vid.* en este sentido, T.R. FERNÁNDEZ, «Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 439-450.

³ Este carácter depredador de lo público es advertido por F. CAAMAÑO (en el libro colectivo *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Barcelona, Profit, 2017, p. 26) como una

Así, la principal estrategia para liderar una nueva cultura de gobernanza en la contratación pública pasa necesariamente por la redacción de un pliego de licitación bien pensado, que regule con precisión las posibles incidencias de su ejecución y que, sobre todo, «incentive» al correcto cumplimiento y cumpla con los derechos sociales⁴.

1.1. El valor del pliego en una correcta ejecución

El pliego, como *lex contractus*, es la pieza esencial de la arquitectura de una cualquier contrato público o concesión⁵. Pliego que regulará obligaciones y derechos de las partes, fórmulas de reequilibrio de lo pactado, herramientas de calidad de la prestación, mecanismos de penalización contractual, posibilidad de arbitraje, etc. En pliego debe regular el correcto ejercicio de las facultades de supervisión y vigilancia del poder adjudicador, pues como advierte el profesor S. Muñoz Machado, la Administración en modo alguno puede abstraerse del ejercicio de estas facultades para dejar en las manos del contratista el cumplimiento, pues se pone en riesgo el interés público⁶.

Además, el carácter complejo de las fórmulas de colaboración público-privada y su larga duración (en la lógica de un adecuado reparto de riesgos)⁷, aconsejan también que los pliegos y el contrato contemplen códigos éticos de actuación en el cumplimiento de la relación contractual pues aquí es donde la ciudadanía, en muchas ocasiones como destinataria de la prestación, puede percibir una nueva cultura de gestión pública basada en la ejemplaridad⁸.

de las debilidades de las fórmulas de colaboración público privado. Como señala F. Fracchia, ante los casos de «egoísmo del mercado», lo que las Administraciones deben hacer es introducir obligaciones de servicio público (F. FRACCHIA, «Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales: entre externalización y municipalización», en el libro colectivo *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*. Madrid, Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017, pp. 94-95). Este autor nos recuerda como en el dilema ente gestión pública y externalización el Consejo de Estado italiano (Dictamen 1075/2016, de 6 de abril) en la elección de la modalidad de gestión del servicio se decanta a favor del mercado.

⁴ P. SALA SÁNCHEZ, «La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica», *Revista española de control externo*, vol. 16, núm. 46, 2014, pp. 11-122.

⁵ Vid. M. A. BERNAL BLAY, «Las leyes del contrato (los pliegos): contenido esencial y formas de control» en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pp. 957-995 y J. COLAS TENA, «Los pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas», en el libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*, vol. 2, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1405-1440.

⁶ S. MUÑOZ MACHADO, *Contratos del Sector Público*, t. XIII del *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2.ª ed., Madrid, BOE, 2018.

⁷ Como bien ha recordado M. Fuertes, el TJUE ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes... para reconocer que no se trata de un contrato de servicio. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C-206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C-274/09. M. FUERTES, «Los riesgos del riesgo de explotación», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, p. 235.

⁸ Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo J. GOMÁ, en su obra *Ejemplaridad pública*, Taurus, 2009. También el estudio de L. MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002. Igualmente, interesa

Además de las previsiones expuestas, para preservar la mejor calidad, debe reflexionarse, al diseñarse al pliego, sobre la conveniencia de incorporar nuevos sistemas de retribución de los contratistas, como incentivos a una mejor ejecución, tal y como se prevé de forma expresa en el art. 102.6 LCSP al afirmar que «Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso»⁹. Así, por ejemplo, la experiencia del sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por Volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del «pago en salud por resultado conseguido», puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles¹⁰. Como indica M. Porter, la mejora en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión lo que aconseja medidas rigurosas de valoración (de *outcomes* y costes) para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato.

destacar el estudio de L. VANDELLI, *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli?*, Milano, FrancoAngeli, 2009 y el trabajo de J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2014. Y más reciente el trabajo de J. A. FERNÁNDEZ AJENJO, *Leyes de la Corrupción y Ejemplaridad Pública*, Amarantes, 2019, donde se insiste en la herramienta de la ejemplaridad pública frente a la ley del abuso de poder (y a gobernanza ética frente a la ley de la historicidad). A modo de ejemplo en la práctica, puede referenciarse el Código de principios y conductas recomendables en la contratación pública, aprobado por Acuerdo de Gobierno de Cataluña el 1 de julio de 2014. Con la finalidad de contribuir a la excelencia en la actuación administrativa en el ámbito de la contratación pública, la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha recogido en este código los fundamentos y las buenas prácticas que ya tienen integrados en su tarea diaria los departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y las entidades que forman parte de su sector público, incorporando nuevos contenidos para la determinación de las conductas y las recomendaciones que contiene, las cuales también provienen de aportaciones procedentes del Grupo de Trabajo para el impulso y la mejora de los procesos de contratación pública, constituido en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la Oficina Antifraude de Cataluña, de la Autoridad Catalana de la Competencia, del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local de Cataluña, así como de organizaciones empresariales o sindicales. Con el Código, se quiere consolidar la ética en la contratación como parte de la cultura y los valores de los órganos de contratación. Las buenas prácticas contractuales contenidas en el Código se estructuran en los siguientes apartados: a) La determinación de los principios y de los valores éticos centrales que deben presidir la contratación pública; b) La identificación de determinadas conductas de utilidad para conformar una guía de actuación ante múltiples posibles circunstancias reales concretas; c) La concreción de prácticas contractuales especialmente convenientes y d) La concienciación, la formación y el seguimiento del compromiso ético.

⁹ Esta opción no quiebra el mandato de que el precio sea cierto, pues en todo caso hay parámetros objetivos de determinación. Vid. A. PEÑA OCHOA, «Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, p. 950.

¹⁰ M. PORTER (junto con Thomas H. LEE) publica un interesante artículo («The strategy that will fix health Care», *Harvard Business Review*, octubre, 2013, pp. 50-69) donde desarrolla esta idea del pago por resultado en el ámbito de la salud. Propuesta iniciada en su libro (con E. TEISBERG), *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, Harvard Business Scholl Press, 2006.

Y, por supuesto, como complemento ineludible a la correcta ejecución, debe contemplarse un modelo de penalidades contractuales por incumplimiento de las condiciones de la concesión, o de su calidad, o de los deberes del concesionario, que «blinde» el interés público ante un escenario de deficiente o inadecuada prestación del interés público¹¹. La nueva LCSP es clara al habilitar y fomentar esta opción, con umbrales de penalidad que claramente tienen fuerza «disuasoria» que deben servir de freno a incumplimientos que conduzcan a una resolución anticipada¹². Obviamente, el diseño y aplicación de las penalidades deberá respetar el principio de proporcionalidad¹³.

1.2. Un correcto diseño de la vigilancia del contrato

No puede desconocerse el hecho de que, en muchos casos, el déficit de la función de policía en el desarrollo de la prestación de servicios públicos por concesionarios la verdadera causa de su mal funcionamiento¹⁴. Función de policía en la prestación de los servicios públicos que, como bien ha advertido el profesor T.R. Fernández, es la verdadera esencia de la doctrina de G. Jeze

¹¹ Sobre el uso «estratégico» de las condiciones especiales de ejecución *vid.* J.A. HERNÁNDEZ CORCHETE, «Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos», en el libro colectivo E. GAMERO CASADO y I. GALLEGU CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp.2183-2190.

¹² Interesa destacar el criterio fijado por el Tribunal Supremo en la sentencia 1689/2019, de 21 de mayo (Rec. núm. 1372/2017), al afirmar que la imposición de penalidades no está sujeta a un plazo de caducidad, ni requiere tramitar el procedimiento sancionador de la legislación de procedimiento administrativo, dado que q estas medidas de carácter coercitivo «constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución de los contratos» [...] La penalidad carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, y se configura como una suerte de cláusula penal contractual y, en lo procedimental, se ubica en sede de ejecución contractual, sin que se prevea para su ejercicio un procedimiento específico y diferenciado, por lo que no implica un procedimiento autónomo o diferenciado dentro del procedimiento contractual iniciado con la adjudicación, sino una decisión o trámite en particular de la fase de ejecución. La imposición de penalidades supone el ejercicio de una facultad de coerción sobre el contratista para la correcta ejecución del contrato, facultad que implica poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuye a la Administración. Constituye un trámite más dentro de la ejecución del contrato no sometida a un procedimiento autónomo sometido a un plazo de caducidad, no es de aplicación supletoria la caducidad regulada en el 42.3.a) y 44.2 de la Ley 30/1992 —actualmente, arts. 21.3.a) y 25.1.b) de la Ley 39/2015—.

¹³ La proporcionalidad de toda actuación o decisión administrativa ha sido encumbrada a principio general del Derecho Administrativo (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001, dictada en el recurso de casación 4978/1996, o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de 15 de abril de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1414/2001). Este principio se recoge ahora expresamente en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva.

¹⁴ Por supuesto que esa decisión puede ser comprensible y razonable o ser injustificada y arbitraria, o explicarse solamente con argumentos banales o demagógicos, con diferentes niveles entre una y otra calificación. Pero, así como en las relaciones entre particulares no siempre es jurídicamente preciso conocer cuáles son los motivos que han llevado a una parte a incumplir un contrato, cuando se trata de la Administración, que en teoría *sirve y pertenece a todos*, esas razones han de ser conocidas y públicamente expuestas, como consecuencia de la exigencia general de motivación en todos los actos de la Administración. Eso significa que también las razones profundas que empujen a la Administración a llegar a esa decisión merecerán su propia valoración y control jurídico.

en relación con los servicios públicos¹⁵. Por ello, nunca podrá abdicar una Administración diligente de los principios de adecuado control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos.

Para dar respuesta a esta posible problemática, el pliego debe hacer referencia a la figura del responsable del contrato, de carácter obligatorio, *ex art. 62 LCSP*, para todo poder adjudicador y tipo contractual¹⁶. El responsable del contrato (puede ser una persona jurídica), tiene un elenco abierto de competencias, que debe determinarse por el órgano de contratación en los pliegos, que pueden abarcar obligaciones de aseguramiento de la transparencia y de vigilancia sobre diversos aspectos que interesan órgano de contratación, como de preservar la adecuada calidad de la prestación y el adecuado mantenimiento del reparto de riesgos¹⁷. Y para las concesiones el art. 62.3 indica que «la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra». Interesa destacar como el control de la calidad y la correcta satisfacción del interés público inherente a toda concesión se conformar como ejes irrenunciables y señas de identidad de la nueva gobernanza en el funcionamiento de la colaboración público-privada¹⁸.

¹⁵ T.R. FERNÁNDEZ, «León Duguít en España y en español», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, p. 44. Por ello, justificar una prerrogativa pública para «reinternalizar» en los supuestos de disfunciones del modelo de colaboración público-privada, cuando estas son causa de una incorrecta diligencia administrativa en el diseño y control de estas modalidades de prestación del interés público resulta, cuando menos, una paradoja.

¹⁶ Esta figura, como nos recuerda J.C. GÓMEZ GUZMÁN en su blog *auditoriadecostes*, en la entrada sobre el responsable del contrato, es común en las legislaciones de contratos públicos de países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, en la legislación americana, en las *Federal Acquisition Regulations* (FAR) –Subpart 42.3– se regulan las funciones del *contract administration office* (CAO) con, entre otras, las siguientes responsabilidades cuando este se designe: a) Desarrollar y aplicar procedimientos eficientes para llevar a cabo las acciones de aseguramiento de la calidad del contrato; b) Realizar todas las acciones necesarias para verificar si los suministros o servicios cumplen los requisitos de calidad del contrato; c) Mantener, como parte de su labor de inspección del contrato, registros adecuados que reflejen la naturaleza de las acciones de aseguramiento de la calidad de los contratos, incluyendo, cuando proceda, las observaciones realizadas y el número y tipo de defectos hallados; decisiones relativas a la aceptabilidad de los productos, los procesos y los requisitos, así como acciones para corregir los defectos. d) Aplicar instrucciones específicas del órgano de contratación; e) Informar al órgano de contratación sobre cualquier defecto observado en el diseño o en los requisitos técnicos, incluidos los requisitos de calidad, del objeto del contrato; y f) Recomendar cualquier cambio necesario al contrato, como especificaciones, instrucciones u otros requisitos que proporcionen operaciones más eficaces o eliminen costes innecesarios.

¹⁷ Una cláusula sencilla en un pliego, como propone M. Ruiz Damiel, podría consistir en lo siguiente: *Además de las recogidas expresamente en la Ley, el ejercicio de las facultades inherentes a la potestad de dirección del contrato, así como proponer al órgano de contratación el ejercicio de las prerrogativas que le correspondan por razones de interés público. Igualmente le corresponderá acreditar la conformidad de la prestación con lo previsto en el contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 198 y asistir al acto de recepción del contrato en calidad de representante de la Administración o en su caso, dar la conformidad final al contrato* (M. RUIZ DAMIEL, «El responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *obcp.es* (18 de junio de 2018).

¹⁸ Sobre la figura del responsable del contrato interesa el trabajo de J. DE LA MORENA LÓPEZ, «Responsable del contrato “in vigilando”», *Revista Gabilex*, núm. extraordinario vol. II, marzo 2019, pp. 643-656.

Por otra parte, para esta nueva «estrategia de cumplimiento y gobernanza de las concesiones», hay que reseñar la nueva previsión del art. 190 LCSP, en relación con las prerrogativas, al señalar que *el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato*. Este reconocimiento a la inspección del contrato refuerza la idea de la importancia del correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales y debe ser, sin duda una herramienta esencial para asegurar el correcto cumplimiento.

En todo caso le corresponde proponer la imposición de penalidades (art. 194 LCSP), informar, en los supuestos de prórrogas, sobre si el retraso en la ejecución es o no imputable al contratista (art. 195 LCSP) y dictar instrucciones interpretativas en los contratos de servicios (art. 311 LCSP). Responsable del contrato que deberá contar con la capacitación suficiente para detectar disfunciones e imponer las medidas necesarias para el correcto cumplimiento de las distintas obligaciones y estándares de calidad.

La correcta vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista/concesionario a través de un responsable del contrato profesionalizado es la pieza basilar del modelo de gobernanza en la contratación pública, pues, como ha advertido A. Sanmartín Mora, la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado, y que sea el contratista quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por ello, es necesario que los gestores cuenten no solo con conocimientos especializados relacionados con los aspectos legales, sino también con aquellos que se relacionan con la gestión de proyectos y de riesgos. Y en ausencia de personal cualificado, en especial por Administraciones locales, deberá utilizarse los mecanismos de cooperación supramunicipal existentes¹⁹.

Asimismo, es importante dotarlos de directrices éticas que les permitan evitar situaciones de conflicto de intereses, pero sin que ello suponga blo-

¹⁹ Esta situación aconseja un debate, que va más allá del objetivo de este trabajo, sobre el nivel adecuado donde deben residenciarse las competencias y prestaciones de servicios aceptando la premisa de que no es posible el uniformismo del régimen jurídico y debe atenderse por ello a la diversidad tanto del pequeño municipio como del gran Ayuntamiento. En la revisión del modelo (al margen de los legítimos apriorismos políticos) debe tenerse en cuenta la mejor satisfacción de las prestaciones a los ciudadanos, resultando conveniente insistir en la idea de cooperación y asistencia, donde pueden jugar un papel relevante estructuras administrativas de carácter supramunicipal. Como indica F. Velasco Caballero, una administración local es tendencialmente ineficaz cuando la ley le atribuye competencias que, por sus dimensiones o escala, no se pueden ejercer adecuadamente por su titular [F. VELASCO CABALLERO, «La planta local de España: Criterios para la toma de decisiones», en J.M. GIMENO (coord.), *La Organización Local. Nuevos Modelos*, Cizur Menor, Civitas-Aranzadi, 2011, p. 138]. Ante tal situación la cuestión no radica tanto en quien la debe detentar sino cómo es posible una mejor gestión competencial.

quear la eficiencia de la contratación²⁰. En consecuencia, la figura del responsable del contrato y sus concretas funciones es la clave para un correcto cumplimiento del fin público que es causa de toda colaboración público-privada²¹.

Muy importante en la gobernanza en la ejecución de la colaboración público-privada es preservar la equidad en las condiciones sociales y laborales de sus trabajadores, lo que va intrínsecamente unido a una mejor calidad de la prestación. Procede «rearmar» el contrato concesional atendiendo a estas condiciones sociales, tal y como se fomenta por la nueva LCSP y se ha reconocido, por ejemplo, en el Acuerdo 72/2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al afirmar que las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, como se explica por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, y que esta posibilidad, además, no supone una restricción indebida de la competencia y permite introducir criterios sociales en las licitaciones públicas, que posibilitan un mejor cumplimiento del contrato. Por ello, en relación con las retribuciones de los trabajadores, el citado Tribunal Administrativo declara que: «la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, que no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato y que pretende dotar de calidad la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el art. 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Es más, la posibilidad de condiciones de ejecución de este tipo, fijando retribución mínima de los costes laborales, ha sido admitida por la Sentencia TJUE de 17 de noviembre, Regio Post (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato»²². En todo caso, el TACPA advierte que no resultarán admisibles aquellas exigencias o estipulaciones que «fuercen» la vinculación exigible o que interfieran de forma indebida en la propia política empresarial de las empresas. La contratación pública puede estar al servicio de condiciones sociales, pero con el límite de no distorsionar la competen-

²⁰ A. SANMARTÍN MORA, «La profesionalización de la contratación pública...», *op. cit.*, pp. 408-409 (este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la «profesionalización» de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa). También E. MALARET, «El nuevo reto de la contratación pública...», *op. cit.*, pp. 38 y ss.

²¹ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Recomendación 1/2013 ha advertía de la importancia de esta figura señalando que «El responsable del contrato sería así el instrumento a través del cual se canalizaran todas las comunicaciones e instrucciones que la entidad contratante deba hacer llegar a la contratista, que, a su vez, deberá designar un director del contrato que realice las tareas que le corresponden, en su doble vertiente: como organización propia y autónoma y como empleador».

²² Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites», *Anuario Gobierno Local*, núm. 20, 2017, pp. 241-287. También A. B. CASARES MARCOS, «Función de las cláusulas sociales en relación con la prestación contractual: la definición del objeto contractual y su introducción como condición especial de ejecución», en el libro colectivo *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, 2018, pp. 123-152. Interesa también el trabajo de D. GORDO CANO, «Desafíos y soluciones para la efectiva incorporación de cláusulas sociales a la contratación pública», *Revista Vasca de Administración Pública* (RVAP), núm. 127, septiembre-diciembre, 2023, pp. 63-115.

cia, ni introducir controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales. Los pliegos de una licitación pública no pueden exceder en su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución de la concesión y proyectar efectos sobre la organización de la empresa licitadora, imponiendo reglas sobre las que se carece de título competencial —como ha advertido el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1154/2016, de 18 de mayo, vía contrato público, no puede modularse la legislación laboral estatal—, y que limitan indebidamente el derecho a la libertad de empresa en una economía social de mercado (art. 38 CE), para cuya protección el Tribunal Constitucional exige que las medidas de restricción sean proporcionadas e indispensables —STC 109/2003, de 3 de junio, fundamento 15—²³. Otro tanto sucede con las condiciones de ejecución ambientales, que pueden desempeñar un importante papel en el cumplimiento de la estrategia «verde» en tanto garantizan un cumplimiento ecológico de la prestación contratada²⁴. Se constata, pues, una clara filosofía estratégica en la ejecución del contrato, lo que aconseja una adecuada supervisión (no meramente formal) sobre el correcto cumplimiento.

2. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DE LO PACTADO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

Hoy el contrato público va más allá de nuestro tradicional (y superado) contrato administrativo (como bien ha recordado Meilán Gil). En lo que se refiere a la contratación pública —ya no solo contrato administrativo— se constata como se diluyen las prerrogativas públicas (como paradigma la regulación de los modificados contractuales), se reorienta el problema de la privatización de formas jurídicas, al ser indiferente para la aplicación de los principios y reglas inherentes a la contratación pública y se «escora» la regulación hacia el paradigma del derecho a una buena administración como

²³ Son de interés las conclusiones contenidas en el Informe 1/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre integración de aspectos sociales, laborales y medioambientales en la contratación pública: a) En primer lugar, es imprescindible acotar de alguna manera el ámbito de aplicación, ya que cláusulas como la propuesta solo tienen sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de la mano de obra, o en las que se incorporen cláusulas de subrogación de trabajadores. b) En segundo lugar, y no menos importante, además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, su inclusión requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal. Salvo que el Gobierno de Aragón se dote de algún instrumento normativo que establezca su obligatoriedad o, en su caso, la recomendación de su inclusión en las licitaciones, su incorporación en cada caso dependerá de la decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación. c) En tercer lugar, la cláusula debe incorporar los necesarios parámetros objetivos para determinar cuándo la obligación se entiende cumplida; debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias («supresión» de la prórroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso.

²⁴ Sobre esta cuestión muy interesantes las reflexiones de C. DE GUERRERO MANSO, «La inclusión de condiciones especiales de ejecución...», *op. cit.*, pp. 141-177. También M. R., DELGADO FERNÁNDEZ, «Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución», en X. LAZO VITORIA (dir.), *Compra pública verde*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 175-188.

elemento del control (y de un nuevo sistema de justicia administrativa) y de rendición de cuentas²⁵. El interés público como justificación a los privilegios del contrato administrativo, se subordina al principio de transparencia, libre competencia y eficiencia de los fondos públicos. La ecuación caracterizadora del Derecho Administrativo como «privilegios en más, privilegios en menos» se inclina hacia este último aspecto (lo que explica que ya no exista un *ius variandi* en los contratos públicos)²⁶. En esta perspectiva la fase de ejecución y cumplimiento adquieren especial relevancia, como bien ha explicado el profesor G. Fernández Farreres²⁷.

En todo contrato público (en especial los de naturaleza concesional) es regla fundamental que el contratista/concesionario asuma los riesgos propios de la gestión de la concesión, respetando el principio de *pacta sunt servanda* y la lógica de la equivalencia de las contraprestaciones pactadas. Es la lógica de la conocida regla en el derecho contractual del riesgo y ventura (art. 197 LCSP). Regla que deriva del carácter inmutable del contrato y que representa un elemento de aleatoriedad de sus resultados económicos que, de acuerdo con la referida STS de 28 de octubre de 2015 (recurso de casación núm. 2785/2014, ECLI:ES:2014:2785), «significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación». Y que tiene una excepción en los supuestos de fuerza mayor, contenido de forma expresa en el art. 239 LCSP [cuyo alcance se explica bien la STS de 13 de febrero de 2018, en recurso de casación 2832/2015 (ROJ: STS 438/2018 - ECLI:ES:TS:2018:438)].

Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus*. En los contratos de «gestión de servicios públicos», como bien explicara Ariño Ortiz²⁸, «el álea comercial tiene un doble alcance: hay un álea comercial ordinario que es el propio de toda explotación y cuya alteración en ningún caso es causa de revisión; pero junto a él hay lo que podríamos llamar un álea garantizado, en el sentido de que la Administración asume en todo caso los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo, pero también controla y limita la ventura

²⁵ Me remito a J.L. MEILÁN GIL, «Las prerrogativas de la Administración...», *op. cit.*, pp. 11-41.

²⁶ Sobre esta cuestión, por todos, J.M. GIMENO FELIÚ, «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, 2010, pp. 29-54, *Id.*, «La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable», en el libro colectivo *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp. 83-140; I. GALLEGO CORCOLES, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en el libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 107-167; J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015 y X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, *La modificación de los contratos del sector público*, Madrid, BOE, 2020.

²⁷ G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos», *Revista de Administración Pública* núm. 216, 2021, pp. 47-90.

²⁸ G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Alcalá de Henares, ENAP, 1968.

de unos beneficios extraordinarios por encima del máximo calculado». El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando, durante la ejecución del contrato, falla el reparto de riesgos pactado y se rompe el equilibrio²⁹.

En consecuencia, ante situaciones «nuevas ajenas al objeto y diseño inicial de la concesión» permanece abierta la posibilidad de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión mediante la modificación contractual, siempre que no se afecte a los principios que rigen la contratación pública en el Derecho comunitario y, más específicamente, que pueda entenderse que la modificación contractual encubre una nueva adjudicación realizada al margen de los procedimientos establecidos y, por tanto, en contradicción con los principios de publicidad y concurrencia. Sin embargo, en la práctica existe una clara «resistencia» a la correcta aplicación de este principio, lo que genera inseguridad jurídica y desinterés de las empresas a participar en las licitaciones³⁰.

En todo caso, puede ya adelantarse que las actuaciones de reequilibrio económico de la concesión pueden consistir no solo en un incremento de la cuantía del peaje o tarifa a percibir por el concesionario de cada usuario de la obra, sino que también pueden afectar a otros elementos de la contraprestación, como la duración de la concesión o la introducción de un precio (o indemnización) a pagar por la Administración concedente, sin que tal cosa altere la naturaleza del contrato de concesión de obra.

Es sabido que, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico. Por ello, toda colaboración público-privada (en especial en modelos de concesión, con transferencia de riesgo operacional) exige unas reglas claras que preserven la equivalencia de las prestaciones en ambas partes, prestaciones

²⁹ Vid. A. J. FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, «La ruptura del equilibrio del contrato y sus correcciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021, pp. 11-46. Además, atendiendo al principio de equidad y buena fe —STS de 27 de octubre de 2009, ECLI: ES:TS:2009:6531— bien pudiera afirmarse que los hechos imprevisibles que, aun actuando con la debida diligencia, alteran la regla natural del reparto de riesgos rompiendo la causa del contrato original. En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2015:2936) ha admitido la técnica del equilibrio financiero cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obra pública.

³⁰ Como explica J.A. SANTAMARIA PASTOR, «si la legislación de contratos ofrece múltiples aspectos susceptibles de mejora, es igualmente obligado reconocer que la labor de la doctrina y la jurisprudencia no ha sido capaz de cubrir estas lagunas. La primera (que no se ha caracterizado por su abundancia), se ha limitado a esbozar una serie de conceptos, importados con cierta precipitación de la doctrina y jurisprudencia francesas y dirigidos a corregir las situaciones de anomalía contractual: me refiero a los de *ius variandi*, fuerza mayor, hecho del príncipe, equilibrio económico y riesgo imprevisible, nociones cuyo contenido, alcance y consecuencias indemnizatorias o compensatorias no se han llegado a puntualizar con rigor; y que, además, se aplican un tanto caóticamente a cualquiera de dichas situaciones. No es de extrañar, por tanto, que la jurisprudencia haya recaído en las mismas inconsistencias, asumiendo pacíficamente este deficiente planteamiento doctrinal e intentando resolver con estos conceptos las múltiples reclamaciones que se suscitaban en vía contenciosa». Cfr. «Relación conclusiva», *Revista de Administración Pública*, núm. 216, p. 93.

que se deben diseñar pensando en la correcta ejecución del contrato (para lo que debe exigirse un adecuado plan económico-financiero) que dé seguridad a los potenciales licitadores sobre la viabilidad del negocio jurídico y dé, al propio tiempo, las garantías o certezas suficientes sobre el cumplimiento de lo pactado en sus propios términos ³¹.

Este principio tiene especial incidencia en cualquiera de los modos de concesión por los que se explota un servicio público. En las concesiones, sean de obras o de servicios públicos, como a los demás contratos administrativos, se aplican los principios jurídicos de intangibilidad, es decir, de sujeción de las partes a lo pactado (con anterioridad art.209 del TRLCSP y en la legislación vigente art.189 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, «vinculación al contenido contractual») y de riesgo y ventura del contratista (por ejemplo, art.215 TRLCSP, actualmente art.197 de la Ley 9/2017, y concordantes) ³². Y así se ha recordado en la Sentencia del Tribunal Supremo 956/ 2015, de 28 de enero (ECLI:ES:TS:2015:956) al negar que el mero hecho de disminución del tráfico en una autopista de peaje, sin actuación administrativa que la explique ni imprevisibilidad, permita «revisar» los elementos financieros de la concesión.

El principio de riesgo y ventura se manifiesta con especial intensidad en las concesiones, tanto de servicio público como de obra, puesto que son contratos de larga duración en los que la contraprestación en favor del contratista consiste, al menos en una parte muy relevante, en la explotación del objeto de su propia prestación, es decir, de la obra pública que construye y mantiene o del servicio público que gestiona.

El denominado riesgo de explotación (es decir, el riesgo derivado del grado de utilización de la obra o servicio) *es un elemento esencial de la concesión* [en este sentido, arts. 7; 242; 246 b); 255 y 281 TRLCSP, entre otros; con contenidos equivalentes en los arts.14; 254; 258 b); 267 y 289 de la Ley 8/2017]. Un grado suficiente de riesgo de utilización o demanda (como alternativo al de disponibilidad, más presente en otros contratos, y conjuntamente con el riesgo de construcción) es un elemento exigido por Eurostat —la Oficina Europea de Estadística, dependiente de la Comisión— para no computar el endeudamiento asumido por el concesionario o contratista para abordar las inversiones vinculadas al contrato como endeudamiento público ³³.

³¹ F. FRACCHIA señala que la característica más particular de la concesión es el hecho de que el concesionario sustituye a la Administración en la «gestión del riesgo» de un servicio o de una estructura (habitualmente junto a la «gestión» de una operación financiera global). Es precisamente una manifestación de que un empresario concreto está llevando a cabo una actividad que, en ausencia de la concesión, debería realizar la Administración. *Vid.* F. FRACCHIA, «Concessione amministrativa», en A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI y R. COSTI (eds.), *Annali I. Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, 2008, pp.250-277.

³² Sobre la aplicación del concepto de riesgo y ventura en los contratos públicos ha tenido una especial influencia el trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm.2, 1950, pp.83-108, elaborado a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949.

³³ En especial la Decisión 18/2004, de 11 de febrero (un resumen de su contenido en la *News Release* 18/2004), que concreta la doctrina de la transferencia de riesgos al socio privado, como criterio determinante para no consolidar el coste, ni la financiación, de la adquisición o construcción de los bienes en las cuentas públicas (*New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships*).

En el contrato administrativo se da una fuerte vinculación entre el objeto contractual y la satisfacción de los intereses públicos, lo que lleva en ocasiones a preservar tal vinculación mediante la modificación del contrato, con la finalidad de evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de lo acordado lleve a la frustración de los intereses públicos perseguidos. Por ello, la Administración Pública dispone de prerrogativas, como es el caso de la *potestas variandi* —el tradicionalmente denominado *ius variandi*— o prerrogativa de modificación unilateral del contrato, por motivos interés público, mediante compensación (por ejemplo, 203 a 205 LCSP). Como contrapartida del otorgamiento de tales prerrogativas (con independencia de su efectivo ejercicio) y como consecuencia de la configuración del contratista como un colaborador de la Administración en la realización de los intereses públicos perseguidos con el contrato, *el Derecho administrativo también garantiza al contratista una remuneración suficiente*. Dada su condición de contratos de larga duración, en las concesiones administrativas ese principio básico de remuneración suficiente del contratista —la denominada «*honesta equivalencia de prestaciones*» entre lo que el contratista da y lo que recibe a cambio, formulación doctrinal perfectamente interiorizada por la jurisprudencia—, se ha de completar necesariamente con el principio de *mantenimiento del equilibrio económico-financiero durante toda la vida del contrato*³⁴.

La Oficina Estadística de la Comisión (Eurostat) es el organismo comunitario al que el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales, atribuye la supervisión de las cuentas nacionales de los estados miembros, y de los contratos y operaciones que se incluyen en las mismas, a fin de garantizar y verificar la aplicación de criterios contables uniformes en toda la Comunidad (con anterioridad el sistema contable conocido como SEC-95, ahora sustituido por el SEC 2010). Además, este mismo organismo estadístico es el encargado del seguimiento y verificación del cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento por parte de los estados miembros. Según EUROSTAT, para que la inversión en los activos vinculados a una fórmula de CPP no compute como déficit público se han de dar las condiciones siguientes: a) que el socio privado (concesionario) soporte el riesgo de la construcción, y b) que este socio privado soporte igualmente al menos uno de los siguientes riesgos: de disponibilidad o de demanda. Si se cumplen estas condiciones —acumulativas— los activos de la concesión y sus correspondientes pasivos figurarán en el balance de la sociedad concesionaria y por tanto, fuera del «perímetro» de déficit de la Administración Pública.

³⁴ En Francia, el *Code de la Commande publique*, reconoce expresamente el derecho subjetivo a la compensación por riesgo imprevisible y lo diferencia claramente del *ius variandi*. Su art. 6.3 dispone expresamente que: «*Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité*». Mientras que el apartado 4 añade que: «*L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat*». En Italia, el Decreto legislativo 36/2023, de 31 de marzo, por el que se aprueba el *Codice dei Contratti Pubblici*, también contempla expresamente ambas figuras y reconoce expresamente el derecho subjetivo del contratista, en este caso a la renegociación del precio del contrato, cuando sobreviene un riesgo imprevisible que rompe el equilibrio originario del contrato. Pero las conecta del siguiente modo. El art. 9, que consagra expresamente el principio de conservación del equilibrio contractual, dispone en sus dos primeros apartados lo siguiente: «*1. Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. [...] 2. Nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica [...]*». Mientras que

Esto supone que *la concesión no solo debe nacer equilibrada económica y financieramente, sino que el equilibrio debe mantenerse durante toda la vida de la concesión*, en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, como un deber de la Administración Pública concedente y un derecho del concesionario privado.

Evidentemente, existe tensión entre el principio de riesgo y ventura, por un lado y el juego conjunto de los principios de remuneración suficiente y de mantenimiento del equilibrio económico financiero de la concesión por otro. Sin la existencia de riesgo y ventura, la concesión perdería una de las características que la definen jurídicamente, por lo que la aplicación del principio de mantenimiento del equilibrio económico-financiero ha de ser matizada y prudente. No obstante, una aplicación prudente no es una aplicación restrictiva, como si el principio de equilibrio tuviera carácter excepcional: existe un auténtico derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico-financiero, derecho que matiza el riesgo concesional ante determinadas circunstancias, mediante la utilización de técnicas determinadas, aunque deban ser aplicadas con prudencia³⁵.

El carácter esencial del principio de reequilibrio se pone de manifiesto en la exposición de motivos del texto legal que moderniza la figura jurídica, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, cuando señala que «para que la concesión conserve su naturaleza, el equilibrio económico contractual deberá recomponerse cuando se altere por las causas tasadas que la Ley establece, el marco definido y pactado entre la Administración y el contratista, referencia obligada para determinar los riesgos y beneficios del concesionario. El equilibrio deberá restablecerse, tanto si se ha roto en perjuicio como a favor del concesionario, produciendo unos efectos más allá de lo que se considera deseable o tolerable para la credibilidad de la institución y para el interés público, sin que por ello se elimine el interés del concesionario».

Así, inherente al concepto de «riesgo» en toda concesión (ahora denominado «riesgo operacional» en la Directiva 2014/23, de concesiones) es la idea de equilibrio económico del contrato y su aplicación dinámica, es un elemento esencial, pues riesgos sobrevenidos ajenos a la oferta (en su contexto) o la correcta diligencia en la gestión empresarial, pueden ser un impedimento —o un excesivo sobrecoste financiero— a las inversiones que exigen este tipo de contratos. Así, en los casos de *factum principis* —que deben englobar

el art. 120, que se refiere a la modificación de los contratos en curso de ejecución, establece en su apartado 8 que el contrato será siempre modificable en el sentido del art. 9 y de conformidad con sus cláusulas de renegociación, la cual, si no está prevista, puede ser instada de inmediato por el contratista a la Administración y, en ambos casos, si no se llega a un acuerdo se puede acudir al Juez para obtener una adecuación del contrato al equilibrio originario. Al respecto interesan las reflexiones de T. CANO CAMPOS, «Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 19, 2023, pp. 100-124. También J. CARRILLO DONAIRE, L. ÁLVAREZ MEDINA, J. TARACÓN BADIO y F.B. CARMONA, «Técnicas para preservar el equilibrio económico-financiero en los contratos del sector público a raíz del incremento generalizado de los precios de las materias primas», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, vol. I, 2023.

³⁵ Vid. A. J. FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, «La ruptura del equilibrio del contrato y sus correcciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021, pp. 18 y 34.

cualquier decisión administrativa o incluso legislativa— que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos, debe procederse al equilibrio financiero de lo pactado, con el fin de evitar que se distorsione indebidamente la tasa interna de rentabilidad (TIR) sobre la que se estableció la explotación de la concesión³⁶.

Toda concesión (como cualquier contrato) se explota por el contratista a riesgo y ventura, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide —más bien lo contrario— el reequilibrio financiero, pues como ha advertido el Consejo de Estado a propósito del principio de riesgo y ventura, «el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública» (Dictamen de 13 de marzo de 2003, Expediente 3.344/2002)³⁷.

No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato de naturaleza concesional conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarían las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia, pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario.

Esto significa que, con el fin de evitar incertidumbres incompatibles con la idea de atraer inversiones a la ejecución de estas fórmulas contractuales, la legislación de contratación pública incorpora, en la lógica del principio del Derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur*, la técnica del equilibrio financiero del contrato³⁸.

El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, si durante la ejecución del contrato *falla el reparto de riesgos pactado* por causas imprevisibles y no imputables a una falta de diligencia del concesionario³⁹.

³⁶ Por supuesto, no debe ser utilizada en caso de una gestión no adecuada de la concesionaria con el fin de retornar y recuperar los iniciales índices de retorno o de rentabilidad.

³⁷ Sobre este concepto de riesgo y ventura en los contratos públicos es de especial relevancia el ya citado trabajo, elaborado a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949, de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 2, 1950, pp. 83-108.

³⁸ J. L. VILLAR EZCURRA, «El principio de riesgo y ventura», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (coord.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 525 y ss.

³⁹ Teoría del riesgo imprevisible, introducida en Derecho francés por el *Arrêt del Conseil d'État* de 24 de marzo de 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*. En este supuesto, la sociedad concesionaria de dicho servicio estaba ligada al municipio de Burdeos por un pacto formal que, si bien preveía una correlación entre el precio del gas y el del carbón como materia prima, sin embargo fijaba un tope máximo que el precio del gas no podría rebasar en ningún caso. La guerra de 1914-1918 implicó un alza enorme en el precio del carbón, por encima de todo cálculo, hasta el punto de que la compañía concesionaria se vio obligada a declarar que no po-

En consecuencia, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico⁴⁰.

Existe, en definitiva, un *límite* a la regla de todo contrato público por la que se entiende que son a riesgo y ventura (entre otras, Sentencia Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, Recurso 763/2007. ECLI: ES:TS:2009:6531).

dría seguir asegurando el servicio en tales condiciones si el municipio no venía en su ayuda. Llevado el asunto ante el Consejo de Estado, este no solo no condenó a la compañía concesionaria a continuar el suministro de gas al precio máximo establecido en la concesión, sino que tampoco admitió que el municipio pudiera rescindir el contrato. En lugar de ello, el Consejo de Estado declaró en el célebre *arrêt* de 30 de marzo de 1916 que el municipio de Burdeos tenía el deber de seguir soportando a la compañía concesionaria y, más aún, en el de abonarle una indemnización capaz de compensarla del aumento del precio del carbón, a menos que ambas partes no prefiriesen celebrar un nuevo convenio acordando la elevación del precio de los suministros de gas a pagar por los usuarios. El tenor literal de esta importante decisión jurisprudencial, que abrió un camino nuevo en la contratación administrativa, expresa certeramente los términos concretos del conflicto que la teoría de la imprevisión trata de resolver; así como las condiciones precisas en que tal doctrina puede ser legítimamente aplicada. Resulta por ello obligado transcribir aquí uno de sus considerandos:

«Considerando que, como consecuencia de la ocupación por el enemigo de una gran parte de las regiones productoras de carbón en la Europa continental, de la dificultad cada vez más considerable de transporte por mar en razón a la requisita de las naves hecha con motivo de la guerra marítima, ese alza sobrevenida en el curso de la guerra actual en el precio del carbón, que es la materia prima de la fabricación del gas, ha alcanzado una proporción tal que no solamente tiene carácter excepcional, sino que entraña en la fabricación del gas un aumento que sobrepasa ciertamente los límites extremos de aumento que hubieran podido ser previstos por las partes en el momento de contratar; que como consecuencia del curso de las circunstancias indicadas, la economía del contrato se encuentra absolutamente trastocada; considerando que resulta de todo lo anterior que la compañía pretende no poder ser obligada a soportar ningún aumento de precio del carbón por encima de 28 francos la tonelada, siendo esta cifra, según ella, considerada como la correspondiente al precio máximo del gas, previsto en el mercado, y sería por completo excesivo admitir que hay lugar a la aplicación pura y simple del «*cahier de charges*» (pliego de condiciones), como si se encontrase en presencia de un *álea* ordinario de la empresa; que importa, por el contrario, buscar para poner fin a estas dificultades temporales una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía con ayuda de todos los medios de producción y las condiciones especiales en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal; que a este efecto conviene decidir, de una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido y, de otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de este período transitorio, la parte de las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor más arriba descrita que la interpretación razonable del contrato permita dejar a su cargo; que hay lugar, en consecuencia, anulando la decisión impugnada, a reenviar a las partes ante el Consejo de Prefectura, al cual corresponderá, si ellos no llegan a ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales en las cuales la compañía podrá continuar el servicio, determinar teniendo en cuenta todos los hechos en causa, el montante de la indemnización, a la cual la compañía tiene derecho en razón a las circunstancias extracontractuales, en las cuales ha tenido que asegurar el servicio durante el período considerado».

⁴⁰ Y es que como bien indicará el *Conseil d'État* francés: «Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión» (*Arrêt Compagnie générale française des tramways*, de 21 marzo 1910).

También lo ha reconocido así claramente el Consejo de Estado en su Dictamen de 27 de julio de 2005⁴¹, fijando los límites:

Lo expuesto no significa que la regla de riesgo y ventura del concesionario no tenga sus naturales límites. Pero estos vienen determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero. La concesión, habida cuenta su proyección contractual, está sujeta al criterio general de la obligatoriedad. Y la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta tal punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula *rebus sic stantibus*). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (*bouleversement*, decía el Consejo de Estado francés en su *arrêt* de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (*factum principis*), bien en circunstancias ajenas a esta, bien en la fuerza mayor. El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en las concesiones cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el concesionario. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado.

Como se ha dicho, nuestra jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que *toda concesión tiene que celebrarse en condiciones de equivalencia en cuanto a las prestaciones y que esa equivalencia se garantiza en su devenir a través del mantenimiento del equilibrio financiero*. En este sentido, en la STS de 20 de diciembre de 1986 (ECLI: ES:TS:1986:8764) se afirma que «cuando no se sostiene la honesta equivalencia entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige, para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión». En idéntico sentido se pronunció también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (recurso 2296/1992.ECLI: ES:TS:2000:6546), también a propósito de una concesión administrativa otorgada por un Ayuntamiento para la construcción y mantenimiento de una estación de autobuses:

Estas valoraciones permiten llegar a la conclusión que los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo están capacitados para completar el concepto jurídico indeterminado de la expresión «equilibrio económico de la concesión», que no puede ser entendido más que como la búsqueda, en la medida de lo posible, de una igualdad entre las ventajas que se conceden al

⁴¹ En el mismo sentido y en términos prácticamente literales se ha pronunciado el Consejo de Estado en múltiples ocasiones, pudiéndose citar, entre otros muchos, los dictámenes de 26 de julio de 2001, número de expediente: 1075/2001; de 5 de mayo de 2005, número de expediente 635/2005; o los de 17 de julio de 2014, números de expediente 326/2014 y 667/2014.

concesionario y las obligaciones que le son impuestas, que deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles que en todo contrato de concesión está implícito y que persigue una honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige, lo que condiciona el concepto equivalencia comercial y ecuación financiera del contrato de concesión, por lo que debe mantenerse dicho equilibrio económico [...].

En general, la obligación de mantener la «equivalencia honesta del contrato administrativo» que funda el derecho del contratista al perfecto restablecimiento de la ecuación financiera del contrato como contrapartida de los poderes de la Administración, se ha afirmado expresamente en jurisprudencia constante del Tribunal Supremo desde de 1968 hasta la actualidad⁴².

En todo caso, en los supuestos de necesidad de reequilibrio no hay una modificación de las condiciones de explotación, sino un ajuste de las mismas a una realidad fáctica o jurídica no prevista, que corrige o adapta la regla del *pacta sunt servanda* (estar a lo pactado) y que obliga a, sin alterar la idea del riesgo, limitar este cuando es claramente desproporcionado para una de las partes. En palabras de M. Hauriou, es un principio de justicia distributiva⁴³.

No pueden existir, en palabras de M. Fuertes, riesgos sobre el riesgo⁴⁴. Por ello debe preservarse la regla del equilibrio financiero del contrato de concesión, que se fundamenta en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario, lo que habilita el «reajuste» de las contraprestaciones cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles incidan en la economía de la concesión. Obviamente, mediante estos reajustes no pueden ser corregidos en beneficio del concesionario los parámetros económicos ofertados y pactados, como por ejemplo la TIR, en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación⁴⁵. Así, es

⁴² Interesa el trabajo de J.A. SANTAMARÍA PASTOR, «¿Riesgo sin ventura? Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019 y 19 de febrero de 2020», *Revista de Administración Pública*, núm. 214, 2021, pp. 135-164.

⁴³ M. HAURIU, «L'imprévision et les contrats dominés par des institution sociales», en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, vol. 23, pp. 129 y ss.

⁴⁴ M. FUERTES, «Los riesgos del riesgo de explotación», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, pp. 197-239.

⁴⁵ Lo que impide, por ejemplo, ampliaciones de plazos (prórrogas) no pactadas, que diluyen el riesgo y alteran las reglas de concurrencia. Analiza con detalle esta cuestión J. ARGUDO GONZÁLEZ, «El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi* versus libre concurrencia», *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 26, 2011. Como bien afirma, «sin perjuicio de las prórrogas expresamente previstas en la documentación que rige la licitación, al concluir el plazo concesional sólo situaciones excepcionales que pudieran poner en peligro la continuidad y regularidad del servicio (por ejemplo, interrupciones en la prestación en el ínterin entre la finalización de la concesión y la nueva adjudicación) podrían justificar aquella prolongación, aun cuando ello pudiera poner de relieve una falta de previsión y diligencia administrativa al convocar la nueva licitación» (p. 23). En términos similares la STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados *Marcello Costa* (C-72/10) y *Ugo Cifone* (C-77/10), afirma que «De los arts. 43 CE y 49 CE, del principio de igualdad de trato, de la obligación de transparencia y del principio de seguridad jurídica se desprende que los requisitos y las modalidades de una licitación como la controvertida en los litigios principales y, en particular, las disposiciones que establecen la caducidad de concesiones adjudicadas al término de dicha licitación, como las que figuran en la cláusula 23, apartados 2, letra a), y 3 del modelo de contrato entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario de la

el principio de equivalencia de prestaciones en las concesiones el que aconseja permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario tanto en el momento de formular su oferta como a la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados⁴⁶.

La jurisprudencia es clara⁴⁷. Al respecto resulta conveniente recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2004 (recurso de casación núm. 6763/1998, ECLI:ES:TS:2004:2573) de especial interés en la medida en que se enmarca en el Derecho local, aunque se refiere a un aparcamiento público:

La doctrina expuesta tiene perfecto encaje en nuestro Derecho positivo municipal, en el que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 [arts. 126.2.b), 127.2.2, 128.2.2 y 152.3] acoge la concepción amplia del principio de la teoría del equilibrio financiero de la concesión administrativa, comprensivo tanto del hecho del príncipe (apartado a), como de la teoría de la imprevisión (en el apartado b), destacando el art. 129.4 la naturaleza de principio excepcional reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 13 de enero de 1958, 24 de noviembre de 1962, y 13 de abril, 22 de octubre y 23 de noviembre de, 5 de marzo, 14 de octubre de 1982 y 9 de octubre de 1987 entre otras).

También ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, así en sentencias de 6 de junio de 1975, 11 de julio de 1978, 23 de diciembre de 1980, 23 de noviembre de 1981, 5 de marzo de 1982, 1 de marzo de 1983, 3 de enero de 1985, 11 de junio de 1986 y 22 de febrero de 1988, el mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones administrativas como un principio básico de toda figura concesional, amparado en las previsiones contenidas en los artículos 116.3, 127.2.2.a) y b), 128.3.2, 129.3 y 5 y 152 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Debe insistirse en que la *técnica del reequilibrio financiero del contrato, que no es de libre disposición al arbitrio de las partes, permite «ajustar» la retribución del contrato en el contexto de la oferta inicial, sin que ello suponga modificar el contenido del contrato en el sentido de ius variandi, incluyendo como costes cuestiones distintas a las ofertadas que debieran ser asumidas como riesgo del concesionario*. En consecuencia, hay que permitir el equilibrio cuando se comprueba que existe una mayor onerosidad sobrevenida (STS de 18 de noviembre de 1986. ECLI: ES:TS:1986:6360). Y es así desde la lógica del principio de equidad y buena fe —SSTS de 27 de octubre de 2009 y de 17 de mayo de 2012—, porque cuando existen hechos imprevisibles que, aun con

concesión sobre juegos de azar relativos a los acontecimientos distintos de las carreras hípicas, deben formularse de manera clara, precisa e inequívoca, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente».

⁴⁶ No puede ser utilizado, en consecuencia, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa. J. A. FUENTEAJA PASTOR, «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, p. 187.

⁴⁷ También en la Doctrina administrativa. Dictámenes de la Abogacía del Estado 5/1993 y 38/2002.

una buena gestión empresarial, alteran la regla natural del reparto de riesgos, se rompe la causa del contrato original, lo que obliga al necesario reequilibrio de las condiciones pactadas⁴⁸.

No puede alegarse el hecho de que la legislación no reconoce explícitamente el supuesto de imprevisibilidad. Aunque en el TRLCSP (y ahora la LCSP) parecía configurarse una lista tasada de supuestos en que procede el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, sin incluir la imprevisibilidad, otras normas y principios generales del Derecho de aplicación a estos contratos pueden justificar el reequilibrio económico del contrato concesional. De hecho, el propio Consejo de Estado advertía en su Dictamen sobre el anteproyecto que daría lugar posteriormente a la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que «[...] no se considera del todo adecuado enunciar, con carácter tasado, los supuestos en que “exclusivamente” habrá de restablecerse el equilibrio económico-financiero, pues de ordinario son muy diversos los supuestos en que tal restablecimiento puede resultar procedente [...]».

Criterio o regla de reequilibrio también determinada en la legislación especial. Así, la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, regula el principio de reequilibrio concesional en el art. 24, estableciendo que, cuando el Gobierno modifique por razón de interés público las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, afectando con ello al régimen económico-financiero de la concesión, se «procurará de nuevo el equilibrio (económico-financiero de la concesión) de modo que, considerando los parámetros objetivos previstos en el plan económico-financiero, resulten compensados el interés general y el interés de la empresa explotadora»⁴⁹. Buen ejemplo de ello constituye el Real Decreto 2219/2004, de 26 de noviembre, por el que se adoptaron, en cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2003, medidas para el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión, alterado como consecuencia de la aplicación del R.D. 429/2000⁵⁰, de 31 de marzo, y en virtud del cual se prorrogaron las tarifas y peajes vigentes en las autopistas de peaje de titularidad de la Administración General del Estado. La mencionada Sentencia del Tribunal Supremo anuló este último Real Decreto y determinadas resoluciones del Ministro de Fomento, de 1 de abril de 2000, dictadas en su ejecución, y obligó al Estado, con la aprobación del RD 2219/2004, a

⁴⁸ Como ya se ha señalado, decía Hauriou que es un principio de justicia distributiva, pues *de lo contrario se produce un enriquecimiento injusto de la Administración*, razonamiento que ha tenido eco en las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1991, 17 de diciembre de 1997 o 19 de enero de 1998. Remontándose más, sería de aplicación el conocido aforismo romano *impossibilia nulla obligatio* (Celsus, Digesto 50, 17, 185).

⁴⁹ Esta previsión fue introducida por el art. 76 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, *de Medidas fiscales, administrativas y del orden social*.

⁵⁰ En este Real Decreto se estableció, por razones de interés público, la prórroga de las tarifas y peajes que se venían aplicando hasta que se aprobase el nuevo procedimiento de revisión de tarifas y peajes en sustitución del entonces vigente, previsto en el Real Decreto 210/1990, de 16 de febrero. Ese nuevo procedimiento se estableció por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y la aplicación temporal del régimen establecido en la disposición anulada dio lugar a la necesaria compensación.

compensar económicamente a las concesionarias⁵¹ afectadas por la diferencia entre los peajes percibidos y los que hubieran resultado de la aplicación del procedimiento de revisión de tarifas y peajes previsto en el Real Decreto 210/1990, de 16 de febrero, desde el 1 de abril al 31 de diciembre de 2000, ambos inclusive, así como por los intereses devengados desde el punto medio del período considerado hasta el momento de percepción de la compensación que a cada uno le correspondía. Superado este período, y desde el 1 de enero de 2001, el nuevo procedimiento de revisión de tarifas sería el regulado en el art. 77 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, cuerpo legal que parte de una congelación de tarifas durante el año 2000 prevista en el apartado primero de su disposición transitoria sexta.

En el fondo, esta obligación de reequilibrio se fundamenta en principios generales del Derecho administrativo como la interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa, el derecho a la buena administración, la seguridad jurídica, la buena fe, la protección de la confianza legítima y la responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Por ello, desde una interpretación teleológica *se puede justificar que existe ruptura del equilibrio contractual, cuando «el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado» (tal y como lo califica el Consejo de Estado, entre otros, en su dictamen de 26 de julio de 2001, número de expediente 1075/2001) con independencia de que «la gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (factum principis), bien en circunstancias ajenas a esta, bien en la fuerza mayor»*, continúa afirmando el Consejo de Estado, lo que debe permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario, tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados⁵². En el mismo sentido, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Aragón, para la aplicación de la obligación de reequilibrio «debe existir una desproporción objetiva y evidente, además de extraordinaria y no justificada» (Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón, núm. 52/2013, de 30 de abril de 2013)⁵³.

⁵¹ El Real Decreto anulado afectó a las concesiones de las autopistas Montmeló-La Jonquera, Barcelona-Tarragona, Montmeló-El Papiol y Zaragoza-Mediterráneo, concedidas a Autopistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Villalba-Villacastín-Adanero, concedida a Iberpistas, Sociedad Anónima, Concesionaria del Estado; Tarragona-Valencia, Valencia- Alicante y Sevilla-Cádiz, concedidas a Autopistas Aumar, Sociedad Anónima, Concesionaria del Estado; Bilbao-Zaragoza, concedida a Autopista Vasco-Aragonesa, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Ferrol-frontera portuguesa, concedida a Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Burgos-Armiñón, concedida a Europistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; León-Campomanes, concedida a Autopista Concesionaria Astur -Leonesa, Sociedad Anónima, y Málaga-Estepona, concedida a Autopista del Sol, Concesionaria Española, Sociedad Anónima.

⁵² No puede ser utilizado, en consecuencia, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, como señala J. A. FUENTEAJA PASTOR, «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, p. 187.

⁵³ Por Auto TS, de 6 de mayo de 2021, dictado en recurso de casación 7119/2019 (ROJ: ATS 5834/2021 - ECLI:ES: TS:2021:5834A), se admite un recurso de casación referido a un contrato de concesión para construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo donde la mercantil recurrente planteaba si los concesionarios de aparcamientos subterráneos que tras la

En esta línea, la STS de 14 de julio de 2010 (recurso de casación núm.21/2008, ECLI: ES:TS:2010:4328) ha admitido la técnica del reequilibrio cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo —lo que se debe examinar desde la globalidad del contrato—, que no pueda entenderse comprendido en la estipulación general de asunción del riesgo y ventura por el contratista, implícita en toda contratación de obra pública.

Debe destacarse que, si bien es cierto que el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato se inspira en el de abono al contratista de la prestación efectivamente realizada —bajo sanción de un enriquecimiento injusto o sin causa de la entidad contratante—, *ese equilibrio juega en ambas direcciones*, esto es, tanto si la alteración de las condiciones iniciales perjudica al contratista, como si perjudica a la entidad contratante. Por supuesto, el reequilibrio financiero de una concesión no puede responder a cambios puestos a disposición del servicio por parte del contratista, por voluntad propia, y que no han sido exigidos por la Administración. Si bien ello puede repercutir en la mejora del servicio, no puede alegarse para solicitar la revisión de las tarifas por la ruptura del equilibrio económico de la concesión, pues ello debía haber sido previsto al realizar su proposición⁵⁴.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (recurso de casación núm.2296/1992, ECLI:ES:TS:2000:6546), «*el equilibrio económico de la concesión debe entenderse como la búsqueda de una igualdad entre las ventajas concedidas al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, compensando así los beneficios probables y las pérdidas previsibles, persiguiendo una honesta equivalencia entre lo concedido y lo exigido al mismo*». Esto significa que, de existir unas nuevas condiciones que rompan la regla *rebus sic stantibus intelligitur*, debe procederse al necesario reequilibrio. Y, en consecuencia, los reajustes a efectuar no pueden alterar en beneficio del concesionario los parámetros económicos ofertados y pactados, como por ejemplo la TIR, en tanto que con ello se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación.

La idea de equilibrio económico del contrato y su aplicación dinámica es un elemento esencial, pues riesgos sobrevenidos ajenos a la oferta (en su contexto) o la correcta diligencia en la gestión empresarial, pueden ser un impedimento —o un excesivo sobre coste financiero— a las inversiones que exigen este tipo de contratos concesionales. Criterio que, incluyendo como elemento propio en riesgo imprevisible, ha reconocido de forma indubitada —con sus

adjudicación del contrato concesional se ven sujetos al pago del IBI como consecuencia de la sobrevenida desaparición de la exención a resultas de la Ley 14/2000, tienen la posibilidad de instar el reequilibrio de la concesión ante un hecho que pueda calificarse de sobrevenido e imprevisible y que, en definitiva, se configura como excepción al principio general del riesgo y ventura.

⁵⁴ Vid. Informe 5/2004, de 18 de junio, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, sobre «modificación de contratos de gestión de servicios públicos. Revisión de precios. Principio de riesgo y ventura y equilibrio económico-financiero. Límites». Emitido en relación con una solicitud de reequilibrio basada en el incremento de los costes del servicio como consecuencia del cambio operado en el personal puesto al servicio por el concesionario, pp. 2-3.

límites— el Tribunal Supremo [por todas la Sentencia de 11 de julio de 2023 (recurso 1701, de 2016)].

No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato de naturaleza concesional, conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarían las inversiones en estos contratos, a la vez que quebrantaría el principio de seguridad jurídica y de buena fe (expresamente reconocido en el art. 1258 del Código Civil, aplicable como criterio interpretativo). Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia, pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Esto significa que, con el fin de evitar incertidumbres incompatibles con la idea de atraer inversiones a la ejecución de estas fórmulas contractuales, la legislación de contratación pública incorpora, en la lógica del principio del Derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur*, la técnica del equilibrio financiero del contrato.

CAPÍTULO V

LA BUENA ADMINISTRACIÓN EXIGE UNA CULTURA ACTIVA DE TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD EN CONTRATACION PÚBLICA

1. INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ELEMENTO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN

La integridad y la transparencia en la contratación pública son elementos claves en una adecuada visión de la contratación pública desde la óptica del buen gobierno¹. Administrar mejor obliga no solo a una respuesta eficaz, sino, también, a rendir cuentas de forma transparente, y a preservar el principio de integridad, pues sin conocimiento efectivo no hay democracia². Esta cultura de prevención es todavía más importante en momentos como los recientes, cuando la pandemia, y la exigencia de respuestas inmediatas, están tensando las costuras de principios tan importantes como la transparencia, la participación política o la legitimidad de la división de poderes. La urgencia

¹ Sobre esta cuestión he tenido ocasión de reflexionar en varios trabajos. Me remito, por todos, ahora a mi monografía *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019, pp.77-96 y 199-328; «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», en J.M. GIMENO FELIÚ y M. VILLORIA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, 2016, pp.246-300; «Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP», en el libro colectivo *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 239-318 (hay 2.ª ed. de 2023) y «Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia», en el libro colectivo *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 117-134.

² Sobre esta cuestión es de indudable interés la obra de S. ROSE-ACKERMAN y B. PALIFKA, *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

derivada de la excepcionalidad exige más y mejor transparencia, con verdadera rendición de cuentas, pero no por obligación, sino por convicción de que en ello está la esencia del correcto uso del poder. Por ello el legítimo objetivo de simplificar la actuación administrativa no puede significar, ni justificar, la reducción de controles efectivos³.

Implantar mecanismos eficaces que sirvan de frenos al problema de la corrupción (en especial en el ámbito de la contratación pública) es un reto ineludible de regeneración democrática y del buen gobierno⁴. En este asunto no es admisible ni la indiferencia o indolencia, ni mucho menos, su justificación como elemento necesario para el funcionamiento económico e institucional, pues se erosiona la propia legitimidad democrática del Estado, en tanto se extiende la idea de que la respuesta del poder público a las demandas sociales es inequitativa⁵. Son muchos los elementos de reflexión sobre la regeneración y calidad democrática para poder aportar soluciones al problema de la corrupción (e ineficiencia). Muchas de las prácticas de corrupción se encuentran muy vinculadas a la ausencia de transparencia⁶. No en vano, es la opacidad el escenario de cultivo que permite la proliferación de actuaciones corruptas⁷.

³ La situación de excepcionalidad generó algunas prácticas no deseables en la compra de productos sanitarios, como advierte S. BELLO PAREDES, «Covid-19 y contratación pública: un peligroso cóctel en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 213, 2020, p. 386.

⁴ En la importante Sentencia de 27 de noviembre de 2023, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador*, la Corte se pronuncia sobre el coste de la corrupción en la contratación pública. La sentencia aborda la responsabilidad internacional del Estado del Ecuador por las supuestas represalias sufridas por el señor Julio Rogelio Viteri Ungaretti, miembro de las Fuerzas Armadas, y su familia. Se alega que dichas represalias se dieron como consecuencia de una denuncia por graves irregularidades en la administración pública y hechos de corrupción dentro de las Fuerzas Armadas que realizó el señor Viteri en noviembre de 2001. El caso trata sobre la relación estructural entre libertad de expresión y democracia, en particular la libertad de expresión como forma de denuncia de actos de corrupción. Interesa destacar que para la Corte, citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las denuncias de actos de corrupción constituyen el prototipo de lo que se convierte en un asunto de interés público.

Y, a propósito de la corrupción en la contratación pública, relata las consecuencias e impacto de la misma. Esta Sentencia de la Corte pone de relieve la importancia de seguir combatiendo la corrupción en el ámbito de la contratación pública, pues es con carácter general el principal escenario donde se producen las actividades ilícitas, en mayor o menor intensidad. Corrupción en la contratación pública que se vincula con la protección de los derechos humanos y que guarda directa relación con la necesidad de proteger principios constitucionales tan importantes como la objetividad, transparencia y eficiencia.

⁵ Muy sugerentes las reflexiones de V. LAPUENTE, «Por qué la corrupción no se castiga», *Política Comparada*, núm. 2011/02, Laboratorio de Alternativas, 2011, p. 5.

⁶ Hay que recordar como el profesor inglés R. Klitgaard ha definido con una simple ecuación el gran problema de la corrupción: $C = M + A - T$. C es Corrupción, M: Monopolio, A: Arbitrariedad y T: Transparencia. Cuanto menor la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción. (R. KLITGAARD *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Buenos Aires, Sudamérica, 1994, pp. 10 y ss.). Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción.

⁷ La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública o el de la financiación de partidos políticos. Ya lo explicaba Platón —cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad— en el segundo libro de la *República* expone el mito del pastor GIGES. (*República*, L. II, 359c-360d). En este mito (que igualmente se desarrolla por Tolkien, en su conocida obra *El señor de los anillos*) se plantea el dilema

De ahí que sea imprescindible eliminar los espacios de «oscuridad» en la gestión pública. Una adecuada y efectiva transparencia puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos —de especial interés en un contexto de reducción del déficit público y que se presenta como alternativa a políticas de recortes—, como de una gestión transparente compatible la cultura de nueva gobernanza⁸. En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que, cuando existen distintos intereses, no se distorsionen las condiciones de competencia⁹. Se necesita más y mejor transparencia para las distintas decisiones públicas (muy especialmente en los contratos públicos) y una correcta rendición de cuentas¹⁰. Hay que «dar luz» a ciertas prácticas, con el fin de avanzar en la idea de integridad en la toma de decisiones de las autoridades públicas¹¹. Transparencia que no debe percibirse como una nueva «carga» administrativa, sino como un instrumento de mejora, que debe servir para «modificar y corregir» aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias.

No resulta admisible, en mi opinión, el argumento de que las medidas de prevención implican mayor burocracia y mayor gasto, lo que avala la tendencia de no corregir las disfunciones y justificarlas como un mal estructural necesario para preservar la eficacia administrativa. Son tiempos para rearmar, desde el Derecho y con el Derecho (con adecuada estabilidad y claridad de la regulación), un nuevo modelo de gobernanza pública que prevenga y limite conductas antiéticas, abandonando las soluciones meramente formales¹². Lo

moral del hombre, que en caso de poseer un anillo de invisibilidad que le brinda todo el poder para actuar en secreto y con total impunidad, va a actuar, desafortunadamente según muestra la experiencia general, en beneficio propio y de forma deshonesto e injusta.

⁸ El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El objetivo es lograr integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea, *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001. Esta nueva no es solo una moda que pasará. Debe ser uno de los paradigmas sobre los que reformar nuestro modelo de organización y actividad administrativa.

⁹ Vid. J. MESTRE DELGADO, «Reflexiones sobre el principio de transparencia como remedio eficaz para prevenir la corrupción», en A. BETANCOR (dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, op. cit., pp. 287-299.

¹⁰ J. M. GIMENO FELIÚ, «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público sobre «calidad institucional, transparencia y buen gobierno»*, núm. 82, 2016, pp. 137-158.

¹¹ Me remito a mi trabajo «Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 71-77 y los trabajos de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en el libro colectivo *Por el Derecho y la libertad*, vol. II, *Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Madrid, Iustel, 2014, pp. 1901-1931 y de A. SANMARTÍN MORA, «Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, op. cit., pp. 81-122.

¹² No parece suficiente la amenaza del Octavo infierno al que están condenados los «estafadores y los fraudulentos» (Dante Alighieri, en su obra *La Divina Comedia*, en la primera de las tres cánticas, *El Infierno*). Los sistemas formales o meramente punitivos han demostrado su ineficacia. Y las consecuencias de la corrupción deben ser atacadas en todos sus efectos, como

que obligará, como se ha dicho, a repensar cual debe ser la «mejor» organización administrativa.

Los principios de integridad y transparencia, bien practicados, se convierten en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada¹³. Una política activa contra la corrupción permitirá recuperar la confianza de la ciudadanía en el modelo público y valorar adecuadamente el sentido de la política como instrumento de satisfacción del interés público. Y, también, para combatir la pobreza y prestar servicios públicos de mayor calidad¹⁴.

Solo así, podremos avanzar en la nueva cultura del buen gobierno que incorpore efectividad y seguridad, que lamine los fenómenos de la corrupción¹⁵, y que permita, como vengo recordando, poner en marcha, en palabras, del profesor Rothstein, el *Big-Bang anticorrupción*, que tanto necesitan nuestras sociedades¹⁶.

El principio de transparencia, la rendición de cuentas y el impulso a la justicia social son propios de la nueva arquitectura del contrato público en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética¹⁷. Brújula que

bien advierte C. AYMERICH en su libro *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

¹³ Vid. el excelente trabajo de J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Contratación pública y transparencia*, La Ley, 2016, en especial, pp.393-440. El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la *modernización de la contratación pública* [2011/2048(INI)], señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre «Contratación pública y gestión de la hacienda pública», donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

¹⁴ Como indicaba D. Kaufmann, un país que mejora la lucha contra la corrupción y la gobernabilidad, de un nivel relativamente bajo a un nivel promedio, podría prácticamente triplicar los ingresos per cápita de su población a largo plazo (D. KAUFMANN, «Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción», *Revista Finanzas & Desarrollo*, septiembre de 2005, pp. 41 y ss.).

¹⁵ El Informe oficial de la Agencia sueca para la gestión pública (STATSKONTORET), *Principles of Good Administration in the Member States of the European Union*, 2005, establece una interesante comparación de los principios de buena administración existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de la Unión Europea: «la idea general tras la legislación sobre buena administración es que si la administración pública sigue procedimientos adecuados, la probabilidad de tomar buenas decisiones se incrementa notablemente. El diseño de procedimientos que aseguren que la autoridad administrativa considera todos los hechos relevantes, pondera todos los intereses relevantes y asegura que todas las partes puedan hacerle rendir cuentas durante el proceso mediante procedimientos transparentes y mediante la exigencia de que declare explícitamente el fundamento de su decisión asegurará un nivel mínimo de reflexión racional» (p. 78). Disponible en <http://www.statkontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>.

¹⁶ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «El necesario *Big-Bang* contra la corrupción en materia de contratación pública y la necesidad de rearmar el modelo de control desde la óptica de la integridad y el buen gobierno», *Revista Internacional Transparencia Internacional*, R.I.T.I., núm. 2, septiembre-diciembre, 2016, pp. 1-12.

¹⁷ Justicia social (que forma parte del art. 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del art. 9.2 CE. Basta recordar como ya en 1944 la importante Declaración

señala como norte una visión estratégica y horizontal de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales y postulados economicistas¹⁸. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en cómo utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de la contratación pública para preservar la mejor calidad en la prestación de los «servicios públicos» desde esta lógica de los ODS, que son también brújula ética del sector privado. Frente a empresas que ponen el acento en una estricta visión mercantil que vincula el éxito al mayor beneficio, existen cada vez un mayor número de organizaciones empresariales que hacen de la responsabilidad social corporativa su principal identidad, fijando su éxito más allá de la lógica del mayor rendimiento económico (y sin atajos fiscales o de corrupción), vinculando su propia justificación al compromiso social, tal y como sucede con muchas empresas del tercer sector. Una sociedad que tenga clara la dirección ética debe reconocer y poner en valor esta forma de gestión empresarial, fomentando las relaciones con estas frente a empresas «especuladoras».

2. LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO PRINCIPIO LEGAL Y ESCUDO FRENTE A LA CORRUPCIÓN

Procede, aun de forma sucinta, una reflexión sobre la gestión de la contratación pública como estrategia frente a la corrupción¹⁹. El mercado de los contratos públicos, por su impacto económico, es, como es notorio, donde existen «mayores tentaciones» y ofrecen más oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público²⁰. De hecho, la

de Filadelfia (actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo) declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social.

¹⁸ Así lo indicaba ya en mi estudio *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, op. cit., p. 18.

¹⁹ El problema de la corrupción es uno de los objetivos que aborda en primer lugar la Estrategia Nacional de Contratación pública aprobada, ex. art. 334 LCSP por la OIResCon, en diciembre de 2022, en donde sus dos primeros Objetivos son a) Combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de 15 la legislación sobre contratación pública. Mejora de la supervisión de la contratación pública y b) Combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de 21 la legislación sobre contratación pública. Mejora de los mecanismos de control de la legalidad ex ante y ex post de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y concesiones en todo el sector público. Se trata, sin embargo, de una propuesta, aunque bien alineada, demasiado programática que aconseja una perspectiva diferente y más proactiva.

²⁰ Estudio de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*, Madrid, INAP, 2010. En la doctrina pueden consultarse: J. M. GIMENO FELIÚ, «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en relación con la financiación de partidos políticos», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 33-50; *Id.*, «Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP», en el libro colectivo *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 239-318; T. MEDINA ARNÁIZ, «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en el libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Cizur Menor, Civitas, 2014, pp. 299-344; A. CERRILLO e I. MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014; R. RIVERO ORTEGA, «Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana», en N. RODRÍGUEZ GARCÍA y E. A. FABIÁN CAPARRÓS (dirs.), *Corrupción y delincuencia económica*,

organización Transparencia Internacional afirma que «la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10 por 100 del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno»²¹.

En materia de contratos públicos existen (y han existido) prácticas contrarias al principio de integridad, y su carácter «estructural» (de distinta «intensidad», y efectos, es cierto)²². Prácticas que se encuentran muy vinculadas a la ausencia de transparencia²³. Los efectos de la corrupción en la gestión administrativa son evidentes²⁴. Amén de una clara ineficiencia en la gestión de fondos públicos, es una pérdida de competencia que afecta a la solvencia cualitativa del sector empresarial. Sin una competencia real, la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos. Además, junto a esos efectos nocivos sobre la economía o la eficiencia de recursos públicos (siempre escasos), hay un efecto especialmente perverso, pues la corrupción afecta a la credibilidad política del sistema y, por ello, a la propia democracia, en tanto, especialmente en tiempos de crisis como los actuales, provocan una evidente (y muy justificada) desafección ciudadana²⁵. Ello sin contar con los problemas reputacionales para la «marca institucional del país en cuestión» que retraen inversiones y apoyos financieros.

Universidad Santo Tomás (USTA), 2008, pp. 169-192; y B. ARIEL REZZOAGLI, *Corrupción y Contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Editorial Ratio legis, 2005.

²¹ Vid. J. MIRANZO DÍAZ, «A Taxonomy of Corruption In EU Public Procurement», *EPPL - European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol.12 (2017), núm.4, pp.383-395.

²² Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», en M. VILLORIA, J. M. GIMENO y J. TEJEDOR (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 246-300; *Id.*, «Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP», en libro colectivo *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 239-318; T. MEDINA ARNAIZ, «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*, núm. 104.2, 2016, pp. 77-113; y las reflexiones de A. GONZÁLEZ SANFIEL, «La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?», en F. HERNÁNDEZ (dir.), *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, 2016, pp. 31-48. También el trabajo de J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «Corrupción en la contratación pública», en A. BETANCOR (dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, op. cit., pp. 433-475 y de M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, «Buen gobierno, innovación y contratación pública. Examen crítico de algunas técnicas para el fomento de la integridad en los contratos públicos, a la luz del Derecho Europeo y de su recepción por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre», en el libro colectivo, *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 347-383.

²³ Al respecto me remito a mi trabajo «Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de Integridad y de Transparencia», *Revista Internacional de transparencia e Integridad*, núm. 9, 2019.

²⁴ Interesa las observaciones contenidas en el trabajo de la OLAF, COMISIÓN EUROPEA «Fraude en la contratación pública. Recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas», 2017, pp. 3 y ss.

²⁵ Vid. E. MALARET, «El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia», *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, primer semestre, 2016, pp. 21-60.

Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica de esta nueva visión estratégica del contrato público desde las exigencias de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda de Naciones Unidas 2030, para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial, lo que exige una actitud proactiva y no meramente reactiva²⁶. La «nueva» gobernanza pública, exige hacer de la integridad la principal señal de identidad²⁷.

El objetivo de integridad —reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción— forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el art.41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio). Y por integridad habrá que entender «el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno» [Recomendación del Consejo OCDE sobre contratación pública C (2015)2]²⁸. El IV Plan de Gobierno Abierto, aprobado en 2020²⁹, como impulso de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en España, ha posicionado a la integridad como uno de los ejes centrales del gobierno abierto, a la altura de la transparencia, la participación ciudadana o la formación.

La integridad no es, por tanto, un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos³⁰. Y se deben adoptar medidas adecuadas a tal fin con la

²⁶ http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas.

²⁷ Vid. A. CERRILLO e I. MARTINEZ, *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de interés y la lucha contra la corrupción*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014 (hay 2.ª ed. de 2018). La OCDE, en 2012 (*Progress Made in Implementing the OECD Recommendation on Enhancing Integrity in Public Procurement*, París) ha propuesto un conjunto de normas y reglas de integridad, así como instrumentos para su análisis y evaluación. Asimismo, ha impulsado diversos procesos de evaluación de varios países para ayudarles a adoptar buenas prácticas e implementar los principios de integridad. A título ejemplificativo, puede citarse la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011 [P7_TA (2011) 0454], sobre la modernización de la contratación pública, señala en su apartado 44 que «la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas». Al mismo tenor responde el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE), sobre el Libro Verde de la Comisión al que «uno de los objetivos de las directivas consiste en combatir el favoritismo, del fraude y la corrupción», apartados 1.14 y 6.1 (DOUE C 318, de 29 de octubre de 2011) y el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre las Propuestas de Directivas, SEC (2011) 1585 final, de 20 de diciembre de 2011, p.30. El CESE mantiene este juicio negativo en su Dictamen de 29 de julio de 2015, *Combatir la corrupción en la Unión Europea: afrontar las preocupaciones de las empresas y la sociedad civil* (CCMI/132), y constata la importante «tasa» de corrupción en la contratación pública. De interés la Recomendación del Consejo de Europa CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre buena administración.

²⁸ Por todos, J. MIRANZO DÍAZ, *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, 2020.

²⁹ IV Plan de Gobierno Abierto de España 2020-2024. Disponible en https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto/planes-accion.html

³⁰ Vid. J.M. GIMENO FELIÚ, «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en el libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 37-105.

intención de eliminar (o, al menos reconducir) prácticas que permitían la opacidad³¹. Lo que exige claridad de la respuesta jurídica, efectiva transparencia, mecanismos de control rápidos y eficaces y, por supuesto, profesionalización³².

La necesaria transposición de las Directivas europeas de contratación pública, que, como recuerda C. Aymerich Cano tienen entre sus objetivos combatir el problema de la corrupción³³, ha sido la oportunidad para «rearmar» nuestro modelo de contratación pública desde la lógica de los principios de integridad, procurando ineficaces soluciones formales. El art. 1 LCSP incluye la referencia a este principio (aunque pasa un tanto desapercibido, lo que aconsejaría una redacción del art. 1 distinta y «más didáctica»). No es una mera cuestión formal, pues amén del efecto didáctico de su inclusión, se refuerza la idea de que la integridad (la honradez), no es un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos³⁴. Y se adoptan medidas adecuadas a tal fin (aunque no se extiende la aplicación de la norma a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales cuando hay financiación pública mayoritaria, como era la opción inicial), con la intención de eliminar (o, al menos reconducir) prácticas que permitían la opacidad.

Sin embargo, como ha indicado Miranzo Díaz, resulta necesario un cambio de paradigma en la aproximación a la corrupción en la contratación pública³⁵. Son varias y complementarias las medidas a adoptar en materia de regulación de la contratación pública desde la perspectiva de mayor transpa-

³¹ Interesan las reflexiones de J. MIRANZO DÍAZ, «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, 2019.

³² A. SANMARTÍN MORA, «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012, pp. 408-409 (este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la «profesionalización» de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa). Sirva de ejemplo la propuesta de profesionalización de la contratación impulsada por la Comisión europea (enero 2021), ahora concretada en la herramienta ProcurComp (mediante la definición de treinta competencias clave, ProcurComp proporciona una referencia común a los profesionales de la contratación pública tanto dentro como fuera de la Unión Europea). ProcurComp asiste a organizaciones en la creación de los equipos necesarios para lograr sus objetivos estratégicos de inversión, así como en la promoción de las carreras en el ámbito de la contratación pública. Ayuda además a que los profesionales de la contratación pública valoren sus competencias, y facilita su desarrollo profesional.

³³ C. AYMERICH CANO, «Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 45-46, 2015, pp. 209-239. Este autor, como medida para reconducir las posibles prácticas clientelares en la contratación pública propone la resolución de los contratos públicos en los que se acredite que ha existido una adjudicación considerada corrupta (C. AYMERICH CANO, *Un problema pendiente. La anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015).

³⁴ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en el libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 37-105.

³⁵ J. MIRANZO DÍAZ, «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*, núm. 51.

rencia y de prevención de la corrupción, que promuevan una mejora cualitativa desde la lógica de la mayor integridad y regeneración democrática³⁶.

3. HACIA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS TRANSPARENTE

Una adecuada y efectiva transparencia puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos —de especial interés en un contexto de reducción del déficit público y que se presenta como alternativa a políticas de recortes—, como de una gestión transparente compatible con el derecho a una buena administración (sin olvidar su directa relación con la cultura de nueva gobernanza)³⁷. En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia. Se necesita más y mejor transparencia para una compra pública más eficiente y una correcta rendición de cuentas³⁸. Hay que «dar luz» a ciertas prácticas, con el fin de avanzar en la idea de integridad en la contratación pública³⁹.

³⁶ Me remito a mi trabajo «Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182, 2017, pp. 181-221, «El necesario Big-Bang contra la corrupción en materia de contratación pública y la necesidad de rearmar el modelo de control desde la óptica de la integridad y el buen gobierno», *Revista Internacional Transparencia Internacional R.I.T.I.*, núm. 2, septiembre-diciembre, 2016, pp. 1-12 e «Integridad y transparencia en la contratación pública. De las ideas a la acción», en el libro colectivo *Ética pública en el siglo XXI*, Madrid, INAP, 2021, pp. 31-54. Y en este contexto de ayudar a mejorar el texto en tramitación, puede reseñarse la *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) realizada por el Observatorio de Contratos Públicos, donde se formulan pautas y redacción de articulado que puede servir para «reconducir» las debilidades del texto. (www.obcp.es). Interesa también el documento *Propuestas para la mejora del proyecto de ley de contratos del sector público formuladas por transparencia internacional España a través de su comisión de transparencia y prevención de la corrupción en licitaciones y contratos públicos*. http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/02/ti-e_propuestas_mejora_proyecto_ley_contratos_publicos.pdf.

³⁷ El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El objetivo es lograr integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea. *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001. Esta nueva no es solo una moda que pasará. Debe ser uno de los paradigmas sobre los que reformar nuestro modelo de organización y actividad administrativa.

³⁸ J. M. GIMENO FELIÚ, «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público* sobre «calidad institucional, transparencia y buen gobierno», núm. 82, 2016, pp. 137-158.

³⁹ Me remito a mi trabajo «Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 71-77, y los trabajos de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en el libro colectivo *Por el Derecho y la libertad*, vol. II, *Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Madrid, Iustel, 2014, pp. 1901-1931 y de A. SANMARTÍN MORA, «Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en J. M. GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, pp. 81-122.

En materia de contratación pública, el significado del principio de transparencia ha sido bien definido (y dimensionado) por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relacionándolo con el principio de igualdad de trato de los licitadores. De hecho, se ha llegado a afirmar que el principio de transparencia es el corolario del principio de igualdad. Si 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, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores, el principio de transparencia tiene esencialmente por objeto limitar el riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (evitar, en suma, la práctica de redes clientelares).

Esto explica que la publicidad no es —ni puede serlo— un mero principio formal⁴⁰. La publicidad, mediante los instrumentos que se utilicen —técnicos y regulatorios— debe generar competencia o concurrencia empresarial, tal y como bien advierte la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2009, *Acosef*, al afirmar que «los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados». La obligación de transparencia que recae sobre cualquier ente contratante consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada y efectiva que permita abrir a la competencia el contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de abril de 2006, *ANAV* apartado 21)⁴¹.

Al respecto, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública:

«66. El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, *European Service Network/Comisión*, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (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 110). De

⁴⁰ Vid. el trabajo de J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «“Transparencia” vs. “transparencia” en la contratación pública. Medidas para la transparencia material en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción», *Diario La Ley*, núm. 8607, Sección Doctrina, 2015.

⁴¹ En esta línea de exigencia de publicidad adecuada pueden recordarse las Sentencias del TJUE de 13 de abril de 2010, *Landgericht Frankfurt am Main*; de 9 de septiembre de 2010, *Ernst Engelmann* y de 3 de junio de 2010, *Raad van State*.

este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento*, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67. Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias *Lombardini y Mantovani*, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y *Comisión/Chipre*, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia *Parking Brixen*, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica 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 condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia *Michaniki*, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

Y son varias las estrategias adoptadas por la LCSP para hacer de la transparencia el eje de la contratación pública.

a) *Adecuada justificación de la necesidad y conveniencia de la prestación objeto de licitación.* La justificación de la necesidad (art. 28 LCSP), y el modelo de contrato y de licitación escogida exige una adecuada explicación, con análisis de conveniencia (que contemple los aspectos financieros). Hay que evitar la improvisación o las prácticas de «repetición» que no valoran adecuadamente la mejor forma de satisfacer una necesidad. Asimismo, el objeto debe ser claro y determinado para preservar la esencia de una licitación en igualdad y la correcta satisfacción del interés público. El canon de valoración en esta determinación de necesidad y su forma de previsión debe ser, como venimos advirtiendo, el correcto ejercicio del derecho a una buena administración. En relación con esta cuestión, conviene advertir que el plazo en las concesiones queda vinculado al plazo necesario de retorno de las inversiones (como plazo ordinario, se fija el de cinco años que exige la Directiva de concesiones). Es decir, no hay discrecionalidad en la decisión del plazo concesio-

nal, de tal manera que los plazos máximos que ofrece la LCSP (art. 29) no son de directa aplicación. El plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues —además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del art. 107 TFUE— puede implicar una retribución indebida (en más)⁴².

*b) La decidida apuesta por la transparencia frente a la opacidad denunciada en nuestra práctica contractual*⁴³. Con la nueva LCSP se introduce más transparencia en los procedimientos, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido. Se exige, además, una detallada información que se debe publicar en los perfiles de contratante. Perfiles de contratante que, como indica el art. 347 LCSP deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma. En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (la publicidad en el Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito). Y lo que es más importante, desde la perspectiva de cumplimiento de esta obligación, es que el apartado 3 de este precepto obliga a que la publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirá los efectos previstos en la presente Ley cuando los mismos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Y la no publicación en la Platafor-

⁴² Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de que «la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos» (art. 18). Este plazo se explica, en el considerando 52 de la Directiva, de la siguiente manera: «La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional».

⁴³ Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit.

ma, en tanto se quiebra el principio esencial de la concurrencia, comportará la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho [supuesto regulado de forma expresa en el art. 39.2 c) LCSP].

El acceso a los pliegos y demás documentación complementaria debe ser por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados.

Se mejora también la transparencia en un procedimiento tan caracterizado por la opacidad como el contrato menor con la clara intención de poner un «cerco» a su indebida utilización como sistema de adjudicación directa ordinaria⁴⁴. En este procedimiento «simplificado», regulado en el art. 118 LCSP, se rebajan cuantías (40 000 euros en obras y 15 000 euros en suministros y servicios que pueden ser «rebajados» por las poderes adjudicadores) y se imponen ciertas reglas con el fin de evitar su indebida utilización (ahora muy «intensiva» en algunas administraciones) para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los controles (las cifras de 40 000 euros y 15 000 euros, actúan además de límite que se puede adjudicar al mismo contratista por tipo de contrato y mismo año). Asimismo, se obliga a reportar la información de los contratos menores asociado a cada contratista, con el fin de «descubrir» actuaciones irregulares⁴⁵.

En este procedimiento «simplificado» se rebajan cuantías y se imponen ciertas reglas con el fin de evitar su indebida utilización (ahora muy «intensiva» en algunas administraciones) para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los controles⁴⁶.

Existe, además, una novedosa regulación del procedimiento negociado con más detalle (arts. 164 a 169). Así, se advierte que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los distintos aspectos a negociar (y la ausencia de negociación se considera causa de nulidad, como ha indicado Acuerdo del TACPA 8/2015). Pero lo más destacado es que desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción). Opción que se explica de forma expresa en la Exposición de Motivos:

⁴⁴ Por todos, J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Contratación Pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, Madrid, La Ley, 2016, pp. 169-185, donde, entre otras, también se aborda la necesidad de reducir los contratos menores como una de las medidas para prevenir la corrupción en la contratación pública.

⁴⁵ Sobre el significado de la nueva regulación resultan de interés las reflexiones críticas de J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 20, Sección Opinión/Actualidad, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. 2017, Ref. 2425/2017, p. 2425. Conviene recordar que la LCSP regula tres supuestos especiales de contratos menores: los contratos de servicios sanitarios de urgencia de importe inferior a 30 000€ (art. 131.1.3 LCSP/2017); las actividades docentes (cursos de formación, seminarios, conferencias, y similares (art. 310 LCSP) y la suscripción de publicaciones y acceso a bases de datos el límite de los contratos armonizados (DA 9.ª LCSP).

⁴⁶ *Vid.*, por todos, B. VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, *La figura del contrato menor en la contratación pública española*, Aranzadi, 2023.

Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.

Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil, pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, las necesarias publicidad y transparencia en el contrato⁴⁷.

Asimismo, y en lo que se refiere a la elección de procedimientos, debe insistirse en la correcta utilización del procedimiento negociado y la obligación de negociar sobre aspectos técnicos y económicos (y evitar que se utilice como un procedimiento de adjudicación directa). Las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas. Por ello, sería recomendable residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación. Los elementos que en ningún caso se podrán modificar en el transcurso de la negociación son la descripción de la contratación, la parte de las especificaciones técnicas que defina los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación. Por supuesto, durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato, por lo que no podrán facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Y tampoco revelarán a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de este.

En relación con esta cuestión *conviene advertir que debe vigilarse el posible fraude en la elección de este procedimiento al forzar como desierta una licitación previa*. Al quedar desierto se puede utilizar la opción procedimiento

⁴⁷ Esta opción de eliminar la posibilidad de negociación por la cuantía ha sido implantada en Cataluña mediante el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (art. 7). Este Decreto Ley tiene por objeto establecer medidas en relación con la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Como consecuencia de la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit, se ha presentado la proposición de Ley de medidas para promover la transparencia en la contratación pública —Grupo Parlamentario Popular—, en el Congreso, 21 octubre de 2016.

negociado sin publicidad, pero en las mismas condiciones de la licitación original. Y por ello resulta difícil justificar la urgencia en la utilización de un procedimiento que es en sí mismo excepcional frente a los plazos ordinarios. Así, el art.32 de la Directiva es Directamente aplicable para determinar las condiciones del procedimiento negociado con este fundamento. Lo que significa que no se pueden introducir modificaciones sustanciales ni en el objeto ni condiciones de retribución. Así lo ha recordado, por lo demás, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en la Resolución 201/2015. Además, al utilizar este procedimiento se debe negociar e introducir la forma de negociación, pues de lo contrario existirá vicio de nulidad de pleno derecho (Acuerdo 8/2017, del Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

c) *Criterios objetivos de la licitación. La ponderación y motivación.* Conviene insistir en la necesidad de que los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJUE de 4/12/2003 (EVN y Wienstrom), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores. Debe, además, exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato. En resumen, la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo que supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17/12/ 2002, *Concordia Bus Finland* y la STJUE 24/11/2005, *EAC srl*; y el Acuerdo 64/2013, de 6/11/2013, del TAPCA). Tras la ponderación fijada para cada criterio, hay que precisar mediante conceptos métricos el peso relativo que, en la valoración global de la oferta, se asigna a cada uno de los criterios de adjudicación fijados a fin de que las valoraciones parciales —efectuadas a la luz de cada uno de ellos— puedan ser agregadas aritméticamente, de manera exacta, transparente y controlable. Por ello, en su concreta aplicación para la asignación de la puntuación, debe preservarse que no se altera indebidamente el sistema de valoración diseñado por el órgano de contratación, pues se corre el riesgo de incurrir en discriminación y falta efectiva de transparencia, tal y como ha recordado la STJUE 16/9/2013 (asunto T-402/06).

En todo caso, en la aplicación de los criterios de adjudicación, deberá analizarse la existencia de prácticas calificadas como *red flags*, tales como que exista un único licitador (criterio aplicado por el TACPA en su Acuerdo 60/2015, de 15/5), que podrán justificar la anulación de la licitación. Esto supone que no es suficiente la simple determinación de la puntuación a otorgar a un criterio. Es necesario que los distintos coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación se establezcan en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación de forma clara e indubi-

tada, como bien advirtiera la STJUE 24/1/2008 (*Lianakis*). De lo contrario, queda en entredicho el principio de transparencia en relación al principio de igualdad de trato, debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos. Así lo advierte el Acuerdo 5/2015, del TACPA, al afirmar que:

Como ya advirtiera la STJUE de 24 de noviembre de 2008, Alexandroupulis (que valida el criterio ya adoptado por la STJUE de 24 de enero de 2008, *Lianakis*), al afirmar que una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Es más, con los criterios acordados por este Tribunal, la recurrente podría estar en condiciones de haber superado el umbral mínimo y su oferta debería haber sido admitida.

Por otra parte, conviene recordar que un criterio hermenéutico proclive al principio de igualdad de acceso, aconseja que la «oscuridad» o falta de precisión de los criterios no pueda perjudicar a los eventuales licitadores y que la discrecionalidad técnica no puede servir, amparar, ni ocultar, una contratación directa en clara vulneración de los principios de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, amén de resultar ajena a lo que es una actuación conforme al derecho a una buena administración⁴⁸.

Además, como recordaba el Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, del TACPA, «todo sistema de puntuación debe diseñarse permitiendo hacer efectivo todo el margen de ponderación, garantizando su función de poder establecer una prelación objetiva que refleje adecuadamente qué oferta cumple los mejores requerimientos económicos, con el fin no tanto de garantizar la igualdad de la licitación, sino, además, de hacer efectivos los principios de eficiencia y buena administración». Así, la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento, indicados en el pliego, y exigida por la LCSP se considera una infracción grave —calificable como vicio de nulidad de pleno derecho— que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública, explicitados en el art. 1 LCSP, el de garantizar los principios de «publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos».

Desde estos parámetros interpretativos deben analizarse el límite a la discrecionalidad de las actuaciones administrativas en aplicación de los criterios subjetivos. Máxime cuando se ha establecido la exigencia de alcanzar un umbral mínimo de puntuación en los criterios sujetos a evaluación previa. Opción que, si bien es conforme a Derecho, su concreta aplicación no puede interferir en el objetivo de toda contratación pública, que es la comparación de ofertas entre distintos licitadores conforme a los criterios determinados en el pliego. Y un posible indicio de incorrecta aplicación, como *red flag*, es que solo una empresa supere el umbral, lo que exigiría una motivación reforzada del órgano de contratación que explique el resultado.

⁴⁸ Por todos, Acuerdos del TACPA 5/2011, de 16/5/2016, 23/2011, de 3/10/2011, o 126/2016, de 29/12/2016.

En todo caso, la motivación de la discrecionalidad técnica exige el cumplimiento de los estándares fijados por el Tribunal Supremo (es paradigmática la sentencia la Sentencia de 24/9/2014, Rec. 1375/2013), al exigir que se cumplan con las siguientes exigencias:

- a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;
- b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico y;
- c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Es decir, debe documentarse cómo, por quién y cuándo se realiza la valoración técnica del criterio, pues sin estas explicaciones no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica. Y es que, como se advierte en el Acuerdo 98/2015, del TACPA, la actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

d) El régimen de *mayor transparencia en la regulación de los modificados contractuales*⁴⁹. El contenido «armonizado» que se propone en las Directivas, se ha utilizado de referencia también en los contratos no cubiertos en este art. 319 LCSP (que no hace distinciones por el importe), lo que viene a evitar prácticas que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública⁵⁰. El régimen de modificación del contrato (arts. 203 a 206 LCSP), que mantiene la distinción entre modificados convencionales y supuestos no previstos en el pliego, es más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias, con la finalidad de evitar prácticas irregulares (no en vano el considerando 107 de la Directiva de contratación pública recuerda que es de directa aplicación la jurisprudencia europea sobre esta materia)⁵¹. En todo caso, la jurisprudencia del TJUE sobre esta materia sigue siendo de aplicación (considerando 107 de la Directiva 2014/24)⁵². Interesa destacar que toda modificación debe publicar-

⁴⁹ Sobre la nueva regulación puede consultarse el trabajo de J.M. BAÑO LEON, «El modificación de los contratos», en libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1345-1365 y J.M. GIMENO FELIÚ, «Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP», en libro colectivo *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 239-318 (en especial pp. 278-284).

⁵⁰ Así lo he defendido en anteriores trabajos. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 28-31. Vid. también los trabajos de I. GALLEGU CORCOLES, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en el libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 107-167; J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015.

⁵¹ La efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad —entendida como una potestad condicionada— en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada. Vid. J.M. BAÑO LEON, «Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos», *Anuario de Gobierno Local* 2012, Barcelona, IDP, 2013, pp. 142-145.

⁵² Y así se recordaba por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 116/2017, al anular la modificación del contrato de bicicletas del Ayuntamiento de Zara-

se (arts. 203.3 y 205 LCSP) y notificarse los acuerdos de modificación y que la modificación puede ser objeto de recurso especial. Esta regulación debe interpretarse conforme a los principios de la contratación pública y, para su correcto funcionamiento, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una adecuada planificación y gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras —exigiendo el replanteo previo antes de la aprobación del proyecto— y, en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto.

e) Transparencia y rendición de cuentas. La transparencia en la contratación pública, además de fomentar la concurrencia y la eficiencia, debe servir como instrumento de rendición de cuentas⁵³. A tal efecto el art. 8 de la Ley 19/2013, de Transparencia obliga a que el portal de transparencia contractual contenga información sobre todo contrato público —y todo contrato patrimonial— al margen de su importe y tipo⁵⁴. Esta información permitirá analizar la política de compra pública. Esta información pretende ser una herramienta de rendición de cuentas que permita explicar a la ciudadanía en qué, cómo y cuánto se invierten los recursos públicos mediante contratación pública. Además, debe servir para legitimar la actuación administrativa al existir un control político de su actuación. Y, por ello, en tanto que permite «dar luz» a ciertas prácticas, debe servir de avance en la idea de integridad en la contratación pública⁵⁵.

Pero no se cumple este principio con un portal que sea mero repositorio de información no sistematizada y lista interminable de datos. *Se exige una información accesible y comprensible, que permita una fácil valoración de la gestión contractual de los distintos poderes adjudicadores. Información que debe servir para «modificar y corregir» aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias.* En esta línea debe destacarse las iniciativas de Transparencia Internacional España y el Observatorio de Contratos Públicos al poner en funcionamiento, desde esta lógica, la web contratospublicostransparentes.es. Y un primer dato es que el cuarenta por ciento de las licitaciones publicadas solo tienen un único licitador, que un muy importante número de contratos no llega a «descuentos del 2 por 100), y que determinadas empresas contratan habitualmente solo con ciertas Entidades contratantes»⁵⁶.

goza recordando, desde la jurisprudencia del TJUE, que la facultad de modificación contractual no confiere libertad de modificación, pues tal opción es contraria a lo dispuesto por el derecho europeo y las esencias de una contratación pública que preserva efectivamente tanto el principio de igualdad de trato como el de eficiencia.

⁵³ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2014, pp. 1901-1931. También B. NOGUERA DE LA MUELA, *op. cit.*, 2015, pp. 948-957, y A. SANMARTÍN MORA, *op. cit.*, 2015, pp. 81-122.

⁵⁴ Por todos, C. BARRERO RODRIGUEZ, y E. GUICHOT, *La transparencia en la contratación pública y sus límites*, Tirant Lo Blanch, 2023,

⁵⁵ Como recuerda E. Guichot, la frase del Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Louis Brandais, la luz del sol es el mejor de los desinfectantes, se ha convertido en la imagen más conocida que asocia transparencia y lucha contra la corrupción (E. GUICHOT, «Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción», en el libro colectivo *La Corrupción en España*, *op. cit.*, pp. 141-143).

⁵⁶ Los datos que se muestran en esta página web abarcan desde el año 2008 hasta la actualidad, y son recogidos de la Plataforma de Contratación del Sector Público (<https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>) que la Dirección General de Patrimonio del Ministerio de Hacienda y Función Pública pone a disposición de todas las administraciones españolas. En esta página web se puede consultar los datos de más de 1 500 administraciones que han dado de alta su perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP).

La cultura de la rendición de cuentas de la contratación pública se vincula a la idea de una «contratación abierta» que se define como una contratación transparente en todo tipo de contrato y en todas sus fases, con especial interés en los rendimientos del contrato y que tiene por destinatario a todos los ciudadanos⁵⁷. La Guía sobre Gobierno Abierto, elaborada en 2013 por el Instituto del Banco Mundial para la asociación internacional *Open Contracting Partnership*, contiene pautas para lograr un sistema de Contratación Abierta, que ha de garantizar procesos de contratación transparentes y justos y crear mecanismos activos de participación ciudadana y «reparación» de la contratación pública⁵⁸.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón quiso avanzar hacia un sistema de Contratación Abierta exigiendo en su art. 16.2, a todo el sector público aragonés, publicidad sobre la fase de ejecución:

«Se dará publicidad de la ejecución de los contratos que no tengan la consideración de contrato menor; la cual comprenderá al menos información sobre las ampliaciones del plazo de ejecución, prórrogas del contrato, contratos complementarios, modificaciones del contrato, fecha de la recepción e importe de la liquidación practicada y, en su caso, de la cesión o resolución del contrato».

La LCSP, en cumplimiento del art. 84 de la Directiva 2014/24/UE, diseña la nueva función de los perfiles de contratante, que deberán albergar los siguientes contenidos (art. 63) relativos tanto a preparación y adjudicación como a ejecución⁵⁹:

- a) Identificación y datos de contacto de la entidad contratante y del órgano de contratación.
- b) Descripción del objeto del contrato e identificación de sus códigos CPV.
- c) Valor estimado del contrato, presupuesto de licitación e importe de adjudicación.
- d) Procedimiento de adjudicación utilizado, con expresión de la causa que lo habilita en el caso de los procedimientos negociados, y tipo de tramitación del expediente.
- e) En su caso, fechas de publicación de los anuncios de licitación, e instrumentos a través de los que se han publicitado.
- f) Identidad de los licitadores que han participado en el procedimiento, ya se trate de licitadores que han presentado una oferta, de licitadores invitados a participar (en el caso de procedimientos restringidos y con negociación) o de licitadores excluidos, con expresión del motivo de su exclusión. En el caso de Uniones Temporales de Empresas, además de su denominación se indicará la de los integrantes de las mismas y su porcentaje de participación.

⁵⁷ A. SANMARTÍN MORA, «Contratación abierta. ¿Qué es?», *Revista electrónica del Observatorio de Contratación Pública* (publicada en www.obcp.es).

⁵⁸ Consultar la Guía sobre Gobierno Abierto (<http://www.opengovguide.com>).

⁵⁹ Como pone de relieve J. M. Martínez Fernández, la publicidad de la actividad contractual puede incluir otra información sobre aspectos de la ejecución: como datos de utilización, número de reclamaciones, etc. (J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Contratación Pública y Transparencia*, Wolters Kluwer, 2016).

g) Número de ofertas presentadas por operadores económicos que sean pequeñas y medianas empresas, operadores económicos de otro Estado miembro o de un tercer país o las ofertas presentadas por vía electrónica.

h) Motivos por los que se hayan rechazado ofertas consideradas anormalmente bajas.

i) Identidad del adjudicatario y motivos por los que se ha elegido su oferta.

j) Declaración del adjudicatario de no estar incurso en causa de prohibición de contratar, así como, en su caso, informe favorable de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las medidas planeadas para eximir de la prohibición de contratar.

k) Cuando se conozca, especificación de la parte del contrato que el adjudicatario tenga previsto subcontratar con terceros y, en caso de que existan, y si se conocen en ese momento, los nombres de los subcontratistas del contratista principal.

l) Plazo de ejecución y posibles prórrogas.

m) En su caso, la declaración de desierto o los motivos por los que se desista del procedimiento o se renuncie a adjudicar un contrato.

n) En su caso, los conflictos de intereses detectados y las medidas tomadas al respecto.

ñ) Resolución por la que se acuerda el mantenimiento de los efectos del contrato en el supuesto de declaración de nulidad.

Resulta evidente que la contratación pública genera multitud de datos e información que, con frecuencia son globalmente ignorados por los actores a los que su conocimiento podría beneficiar —Administraciones públicas, operadores económicos, o la ciudadanía en general—⁶⁰. Introducir técnicas de *big data* y de inteligencia artificial es una necesidad desde la lógica de la mejor gestión del interés público inherente a un contrato público⁶¹. Corresponde, en palabras de las propuestas contenidas en el referido *I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia artificial*, (a las entidades públicas asumir un papel activo en la gestión contractual referida al uso de la Inteligencia artificial, valorando con carácter previo qué condiciones deberían respetarse por parte de las entidades privadas contratistas teniendo en cuenta las singularidades del sector público. El ejemplo de la técnica *Security Administrator Tool for Analyzing Network* (denominado como SATAN), como herramienta contra la corrupción y la ineficiencia, debe servir para superar inercias o resistencias y poner en valor la tecnología (y de los sistemas de

⁶⁰ Vid. A. CERRILLO e I. MARTÍNEZ, «Las compras abiertas y la prevención de la corrupción», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Nueva Época, 2016, núm. 15, 2016, pp. 7-22 y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del “big data”», en J. M. GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 124-125.

⁶¹ Así, figura como conclusión del *I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia artificial* (1 de abril de 2019, Toledo) la siguiente: «También entendemos necesaria la adecuación del marco de la contratación pública para embridar y poner al servicio del interés general —evitando la cautividad de las Administraciones Públicas— la intensa colaboración público-privada en el desarrollo de herramientas algorítmicas, de IA y creación y gestión del big data. Así, la contratación pública ha de integrar las exigencias de transparencia y justificación, así como la no discriminación o el cumplimiento de las normas sobre privacidad. Ello, además, debe permitir la igualdad de los concurrentes en la contratación para satisfacer estos principios en el diseño».

inteligencia artificial y *machine learning*) en una gestión pública propia del siglo XXI.

4. LA NUEVA ARQUITECTURA DEL SISTEMA DE CONTROL PREVIO VÍA RECURSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. UN MODELO DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO VINCULADO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

El incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, para el consecuente atajo de los mismos, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la corrupción⁶². Este hecho, además de la propia lógica del principio de eficiencia, obliga a diseñar un sistema de control previo rápido y efectivo como principal herramienta para gestionar de forma más eficiente los fondos públicos, de tal forma que se presenta como una oportunidad de inversión (y nunca un gasto, que deba ajustarse a reglas de «austeridad») pues los datos acreditan las importantes ventajas económicas de un modelo de control eficaz, en tanto favorece la transparencia y la concurrencia y permite corregir las patologías e «inercias» administrativas⁶³. Así, en esta cuestión, como ya advirtiera el profesor Baño León⁶⁴, postulados

⁶² Me remito a mis estudios «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en el libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 37-105 y *Sistema de control de la contratación pública en España. (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial Observatorio de los contratos Públicos, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

⁶³ El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE (Directivas de recursos en adelante), en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública publicado el 24 de enero de 2017 recoge la evaluación de los resultados de la aplicación de las citadas Directivas y en concreto si se consideran adecuadas a los objetivos propuestos atendiendo a si minimizan las cargas y los costes asociados y maximizan la posible simplificación de los procedimientos. Desde el punto de vista de la eficiencia, las Directivas sobre procedimientos de recurso proporcionan beneficios globales en consonancia con los efectos esperados, tanto directos como indirectos muy superiores a los costes que supone presentar y defender un procedimiento de recurso para los proveedores y las autoridades contratantes representando por lo general entre el 0,4 por 100 y el 0,6 por 100 del valor del contrato. Sin embargo, la Comisión entiende que los costes no se reducirían a cero si las Directivas sobre procedimientos de recurso fueran revocadas. Por el contrario, serían incluso mayores, debido a las diferencias nacionales en la normativa sobre revisión y recursos y a la falta de armonización a escala de la UE, dando lugar a un contexto más farragoso para licitadores y otras partes interesadas. Y añade el informe que en la evaluación de la legislación en materia de contratación pública de la UE que se publicó en el año 2011 se estimó, en general, que el ahorro del 5 por 100 conseguido en los 420 000 millones de euros en contratos públicos que se publicaron a escala de la UE se traducirían en un ahorro o una mayor inversión pública por un importe superior a 20 000 millones de euros al año. La aplicación efectiva de las Directivas sobre procedimientos de recurso puede, por tanto, aumentar la probabilidad de que se consiga un ahorro similar al estimado procedente de las Directivas sobre contratación pública.

⁶⁴ J. M. BAÑO LEÓN, «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 2004, p. 337.

autocomplacientes que impiden ver la realidad efectiva y que lastra al sistema de contratación pública de tal manera que los principios comunitarios de libertad de circulación, mercado interior o igualdad de trato se presentan como una «ilusión óptica» que desaparecen cuando nos acercamos al concreto procedimiento⁶⁵.

4.1. El fundamento europeo del control de los contratos públicos

El Derecho europeo ha tenido especial preocupación por el control de los contratos públicos. Así, las Directivas 89/665 y 92/13 —modificadas por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007—, han determinado un sistema propio de control en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Estas Directivas «procesales», han sido una auténtica revolución jurídica⁶⁶.

Las citadas Directivas obligan a los Estados a establecer un régimen especial de reclamaciones en materia de procedimiento contractual que permita a los interesados solicitar por un procedimiento ágil el control de aquellos actos de los poderes adjudicadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato en tiempo útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de adoptarse la decisión de adjudicación⁶⁷. Como afirma el quinto considerando de dicha Directiva 89/665 ya citada:

[...] dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que [la entidad adjudicadora] podría eventualmente adoptar» y que «la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas.

Las Directivas de «recursos» arbitran una serie de procedimientos de control/impugnación que tienen por fin controlar y corregir posibles incumpli-

⁶⁵ Sobre el significado es estos principios me remito a J. A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Albacete, Bomarzo, 2006.

⁶⁶ J. M. GIMENO FELIÚ, *El control de la contratación pública*, Madrid, Civitas, 1995; *Id.*, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de Contratos públicos y propuesta de reforma*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006. Interesa el trabajo de B. NOGUERA DE LA MUELA, «La Directiva recursos y sus consecuencias prácticas», en J. M. GIMENO (dir.) del Grupo Investigación del CGPJ de 2015, *Contratación administrativa*, con especial incidencia del derecho europeo; y M. MORA RUIZ, *El control de la contratación pública local: construcción sistemática*, Aranzadi, 2018, en especial pp. 29-71.

⁶⁷ Sobre el contenido de los distintos mecanismos de control previstos en estas Directivas así como los mecanismos de indemnización me remito a mi trabajo *La nueva contratación pública...*, *op. cit.*, pp. 254-265. En realidad, como indica J. L. Piñar Mañas, se trata de dos instrumentos esenciales (recursos y actuación de la Comisión), y de provisión de al menos dos medidas (medidas provisionales e indemnización) para la efectividad de la primera (J. L. PIÑAR MAÑAS, «El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria», en *Homenaje al profesor González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993, p. 782). También el libro de D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación pública en la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, 2002.

mientos de la normativa comunitaria de contratación pública⁶⁸. Su objetivo es, evidentemente, animar a la participación de las empresas europeas a licitar en los contratos públicos de obras y suministro⁶⁹. El art. 81 de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo de 2004, insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que pueda sustanciarse en una agencia independiente. Pero el objetivo de las mismas no es solamente ofrecer un marco de recursos a los licitadores⁷⁰. La finalidad del recurso en contratación se debe contextualizar desde la óptica del art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial⁷¹. Por último, la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción. Un recurso que ya no tiene alcance precontractual y que se extiende a determinadas cuestiones de ejecución y cumplimiento referidas en las Directivas de 2014 de contratación pública⁷².

⁶⁸ El control establecido en esta Directiva, como destaca la STJUE de 18 de junio de 2002 (Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs), se opone a que una normativa nacional limite el control de la legalidad de la cancelación de una licitación únicamente al examen del carácter arbitrario de tal decisión.

⁶⁹ Por todos, J. L. PIÑAR MAÑAS, «El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria», en el libro colectivo *Homenaje al profesor González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 781 y ss.; J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos...*, op. cit., pp. 199–265; B. NOGUERA DE LA MUELA, «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español», en el libro colectivo *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 95–130; y GIMENO FELIÚ, *Contratos públicos...*, op. cit., pp. 187–217.

⁷⁰ Sobre ello, el excelente estudio de S. DIEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

⁷¹ Previsiones que, por cierto, tienen efecto directo, como ha recordado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), que aplica un criterio amplio de «decisión» a efectos del ámbito material del recurso especial, afirmando que el tenor literal del art. 1, apartado 1, de la Directiva de recursos 89/665 implica, por el uso de los términos «en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos», que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el art. 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva. Así pues, esta disposición se refiere con carácter general a las decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (criterio ya fijado en la Sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle* y *RPL Lochau*, apartado 28 y jurisprudencia citada). Además, esta STJUE advierte que el ámbito objetivo de la Directiva europea de «recursos» tiene efecto directo lo que obliga, por el principio de primacía del Derecho europeo, a entender como susceptible de recurso especial la decisión de modificación (sobre este efecto directo y su significado práctico nos remitimos a nuestro Acuerdo 62/2017). Lo que explica que el art. 44.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (Ley 9/2017, de 8 de noviembre), los haya incluido ya como actos susceptibles de ser impugnados mediante recurso especial. Así, la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo contencioso administrativo de Málaga, de 28 de septiembre de 2017, dictada en el recurso 785/2011, ha recordado la obligación de interpretación nacional en clave de cumplimiento del derecho europeo, reconociendo este efecto directo.

⁷² La previsión del art. 46 de la Directiva 2014/23, de concesiones, que modifica la Directiva 89/665/CEE, tiene especial incidencia en la redacción del art. 1 relativa al objeto del recurso. La

Así lo ha reconocido de forma expresa la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14, que recuerda que la *Directiva 89/665, de Recursos*, debe interpretarse necesariamente a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en su artículo 47 (véase, en este sentido, la sentencia *Ryneš*, C-212/13, apartado 29). Este derecho fundamental es de aplicación al margen del importe del contrato, motivo por el que la regulación de contratos no cubiertos deberá ser equivalente. Así, la opción nacional que se adopte debe preservar el principio de equivalencia de sistemas de control así como que la solución legal no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)⁷³.

El ámbito del recurso referido en las Directivas «recursos» es «amplio». Este recurso, de fundamento europeo, debe interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE⁷⁴. La STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, parte de la premisa de que la noción de decisión recurrible debe delimitarse a partir del tenor de las Disposiciones de la propia Directiva y, en particular en función del objetivo de tutela eficaz y rápida que persigue, para concluir que una interpretación restrictiva del concepto de Decisión recurrible sería incompatible con lo dispuesto en el art. 2.1.a) de la misma Directiva. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJUE de 18 de junio de 2002, *HI Hospital Ingenieure*) o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, *GAT*). También actos de trámite de admisión de un licitador, como se reconoce en la de 5 de abril de 2017, *Marina del Mediterráneo SL* y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), que aplica este criterio amplio de «decisión». La decisión sobre el acceso a información confidencial es también objeto de consideración en la STJUE de 7 de septiembre de 2021, *Klaipėdos*, (asunto C-927/19) concluyendo, y es relevante, que se trata una cuestión (decisión) incluida dentro del objeto de la Directiva recursos, lo que obliga a interpretar los supuestos del

nueva redacción, en cuanto se refiere a los contratos sometidos a la regulación de las nuevas Directivas, implica una ampliación el objeto del recurso, pues de la inicial limitación a las cuestiones de licitación y adjudicación, se incluye ahora a todas las cuestiones de los contratos, lo que afecta claramente a los supuestos relativos a modificaciones contractuales, subcontratación y causas de rescisión/resolución, en los términos regulados por las Directivas. Sobre esta idea me remito a mi estudio (y sus conclusiones) *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial (2016) *Observatorio de los contratos Públicos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

⁷³ Criterio interpretativo fijado en las sentencias TJUE de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Loutraki* y otros, C-145/08 y C-149/08, apartado 74, y de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, apartado 39.

⁷⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo (sala Tercera Sección 4.ª), 269/2018, de 20 de febrero de 2018, Rec. 2725/2015, recuerda que es aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual, una vez detectada una irregularidad, debe tenerse en cuenta respecto de todos los licitadores.

art. 44 LCSP como un número abierto y no cerrado de cuestiones susceptibles de recurso especial⁷⁵.

El sistema diseñado por las Directiva 89/665 y 2007/66, pretende que exista un recurso rápido y eficaz, que exige independencia en su diseño⁷⁶. No tiene por qué ser un órgano judicial (aunque sí jurisdiccional, en la interpretación de la Unión Europea) y basta, como se reconoce en la STJUE de 4 de febrero de 1999, *Köllensperger* (apartado 29), que sea un órgano administrativo en donde actúe en calidad de Presidente «una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos»⁷⁷.

⁷⁵ Esta sentencia, como el precedente citado, recuerda que la Directiva de recursos (Art.1.1. pfo. 4.º), se desprende que, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los arts.2 a 2 septies de esa Directiva 89/665 (104). Señala igualmente que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el concepto de «decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores» debe ser objeto de una interpretación amplia (105), tal y como se tuvo ocasión de ver en diversas sentencia del TJUE en la que este declaró que la decisión de un poder adjudicador por la que se admite a un operador económico a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público constituye una acto que puede ser objeto de impugnación (106).

⁷⁶ Téngase en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, apartado 20 y jurisprudencia citada). El TJUE ha manifestado en abundantísima y uniforme jurisprudencia que el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión y las eventuales dificultades en esa aplicación que pueden derivar de disposiciones procesales de un Estado miembro, deben considerarse atendiendo al lugar que ocupan dichas disposiciones nacionales en el conjunto del ordenamiento jurídico y sus peculiaridades (por ejemplo, apartado 35 de STJUE de 8 de julio de 2010, *Susanne Bulicke*. Igualmente apdo. 38, STJUE de 18 de enero de 2011, *Souzana Berkizi-Nikolaki*). El fundamento del recurso especial exige, pues, una interpretación que facilite el control de las posibles ilegalidades, de tal manera que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*, apartados 30 a 32).

⁷⁷ Debe advertirse, sin embargo, que la instancia administrativa no es ni obligatoria ni suficiente, sino que, por el contrario, esta Directiva parece considerar a la vía jurisdiccional (en el sentido dado por la jurisprudencia del TJUE, en el que se admiten los supuestos de arbitraje) como la única que verdaderamente garantiza a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y las presuntas infracciones. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STJUE de 4 de febrero de 1999, al afirmar que «los requisitos recogidos en el apartado 8 del art.2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, no se aplican a disposiciones como las que regulan la composición y el funcionamiento del Tiroler Landesvergabeamt (organismo de control) al no darse la nota de independencia». Según el Tribunal, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. Sentencia que recuerda la jurisprudencia anterior: las sentencias de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, apartado 23, y las sentencias de 30 de junio de 1966, *Vaassen-Göbbels*, de 11 de junio de 1987, *Pretore di Salò*, apartado 7; de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, apartados 7 y 8; de 27 de abril de 1994, *Almelo* y otros, apartado 21, y de 19 de octubre de 1995, *Job Centre*, apartado 9). Esta jurisprudencia viene a validar el

De estas Directivas —y de su concreta reforma— se deduce que debe existir un recurso rápido y eficaz en materia de contratación pública⁷⁸. Un recurso específico y que impide la celebración del contrato —y, obviamente, el comienzo de su ejecución— hasta que se produce su resolución expresa⁷⁹. Así lo había advertido ya la STJUE de 28 de octubre de 1999, *Alcatel*:

[...] los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato⁸⁰.

Los Estados —como bien recuerda la STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*⁸¹— deben diseñar un régimen específico de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar la contratación pública, no siendo suficiente la aplicación de los recursos ordinarios que ese Estado tenga establecidos para el resto de la actividad administrativa⁸². Mecanismos que no serán correctos cuando hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, tal y como se deriva del principio comunitario de efectividad⁸³. Por ello, la STJUE de 4 de julio de 2013, *Fastweb*, indica que según el órgano encargado de conocer un recurso no deberá inadmitirlo si se interpone por parte de otros licitadores que presentaran ofertas que no se ajusten a las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones.

sistema de recurso especial implantado en España. *Vid.* M. A. BERNAL BLAY, «El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», *Revista española de derecho administrativo (REDA)*, núm. 160, 2013, pp. 190-213.

⁷⁸ El recurso debe ser efectivo atendiendo al momento procesal en que las infracciones de las disposiciones pueden corregirse. STJUE de 11 de agosto de 1995, *Comisión/Alemania*, apartado 23.

⁷⁹ No es posible, por tanto, residenciar la solución mediante la remisión al sistema general de justicia administrativa del país. Resulta necesario un sistema propio de recurso en materia de contratos. Criterio que ya sentó la STJUE de 26 de septiembre de 1998, *Tögel*.

⁸⁰ Y es que la Directiva «Recursos» impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como se recuerda en la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. Debe existir, por tanto, un plazo suspensivo antes de que proceda la ejecución de la prestación recurrida (STJUE de 24 de junio de 2004, *Comisión Austria*, apartados 20 a 23).

⁸¹ Asimismo, en la STJUE 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, apartado 74, el Tribunal subraya que el objetivo de la directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.

⁸² Las Directivas diseñan un régimen de control de «mínimos» correspondiendo a los Estados concretar la concreta arquitectura de control desde la óptica de los principios referidos: STJUE de 27 de febrero de 2003, *Santex*, ap. 47 y STJUE de 24 de junio de 2004, *Comisión Austria*. Especial interés tiene la monografía de S. DIEZ, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, que analiza con detalle el régimen comunitario y su transposición en España.

⁸³ Véanse, por analogía, las sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 2001, *Banks*, apartado 121, y de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, apartado 29.

El sistema de recursos está caracterizado por la posibilidad de que las decisiones recurridas puedan ser anuladas con el fin de corregir efectivamente la infracción cometida (STJUE de 28 de octubre de 1999, *Alcatel*, apartado 43 y STJUE de 4 de diciembre de 2003, *EVN AG*), caracterizándose este recurso por el necesario carácter suspensivo entre la adjudicación y la celebración (o perfección del contrato), tal y como se declara tanto en la STJUE de 24 de junio de 2004, *Comisión/Austria* y la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España, por no cumplir nuestro ordenamiento con esta característica⁸⁴. Y, en la lógica del sistema, los plazos deberán ser claros evitando incertidumbres al respecto (STJUE de 28 de enero de 2010, *Comisión/Irlanda*) sin que puedan verse «modulados» discrecionalmente por el ente contratante (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*). Plazos que pueden tener carácter preclusivo siempre que sean suficientemente razonables y no limiten desproporcionadamente la acción del licitador (STJUE de 30 de septiembre, *Strabag* y otros, apartado 37). En todo caso, resulta de especial interés la doctrina fijada por la STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo Ltd*, (asunto C-538/13) al advertir que las Directivas comunitarias, sobre esta materia:

[...] deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato (apartado 58).

En todo caso, la información que se facilite a los licitadores debe ser lo suficientemente completa como para permitir que se pueda interponer el recurso por disconformidad con la motivación de la decisión. No basta la comunicación a un candidato o licitador del rechazo de su candidatura u oferta, sino que es preciso informarle de los motivos de su exclusión para que pueda formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso, por lo que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*, apartados 30 a 32). Obviamente, la comunicación a los licitadores sobre la adjudicación y su motivación, con la plena información a los licitadores de las razones la desestimación de su oferta, no puede producirse ya expirado el plazo de suspensión anterior a la firma del contrato (STJUE de 23 de diciembre de 2009, *Comisión/Irlanda*, apartado 32)⁸⁵.

La legitimación es amplia y no obedece a criterios formales. Así lo reconoce la sentencia de 2 de septiembre de 2021 (asuntos acumulados C721/19

⁸⁴ Doctrina que se confirma en la STJUE de 11 de junio de 2009, *Comisión/Francia*, por no existir plazo de suspensión entre la notificación y la celebración del contrato.

⁸⁵ Vid. J. A. RAZQUIN LIZÁRRAGA, «El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector público», *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010, p. 7.

y C722/1), Sisal SpA, se analiza la legitimación para poder recurrir una modificación contractual por aquellas empresas que no concurrieron a la licitación. La respuesta del TJUE, en una interpretación amplia del concepto de legitimación de las Directivas recursos, reconoce tal legitimación en tanto considera irrelevante ese dato de haber sido previamente licitador, siempre que, en el momento en que deba renovarse la concesión, pueda justificar un interés en obtener su adjudicación (apartado 63). Y se declara que el operador económico no está obligado a probar que participaría efectivamente en un nuevo procedimiento de adjudicación. La existencia de tal posibilidad debe considerarse suficiente a este respecto (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi, C333/18, EU:C:2019:675, apartado 29), (apartado 64). En consecuencia, el TJUE concluye que el operador económico que cumpla tales requisitos «puede interponer un recurso contra una decisión de renovación de una concesión sobre la base de la modificación sustancial de las condiciones de ejecución del contrato de concesión inicial, aun cuando no hubiera participado en el procedimiento de adjudicación inicial de dicha concesión, siempre que, en el momento en que deba producirse la renovación de la concesión, justifique un interés en obtener su adjudicación»⁸⁶. Esta jurisprudencia debe servir de parámetro interpretativo del recurso especial de la LCSP, en tanto este recurso tiene un fundamento europeo⁸⁷.

⁸⁶ La legitimación no puede ser un obstáculo para analizar la legalidad de un procedimiento contractual, siempre que se acredite un interés directo y no una mera expectativa. El recurso especial, debe interpretarse, en concordancia con el fundamento europeo del mismo (y su interpretación amplia realizada por el TJUE) desde la lógica del art. 24 CE que confiere a todas las personas —personas físicas o personas jurídicas— el derecho a acceder a un tribunal (u órgano independiente de control) para interesar la protección de sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, lo que obliga a interpretar las normas procesales que regulan la atribución de legitimación de forma razonable, en sentido amplio y no restrictivo, con la finalidad de otorgar tutela judicial al administrado y de garantizar la fiscalización del cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración (SSTC 28/2005, de 14 de febrero), y 139/2010, de 21 de diciembre). En todo caso, debería avanzarse hacia una legitimación amplia, dado que la verdadera finalidad del control debe ser garantizar el derecho a una buena administración —como recuerda la Directiva 2007/66—. Sobre la legitimación del concejal en el recurso especial, la sentencia del TSJ de Aragón 500/2015, ha recordado que la doctrina del Tribunal Constitucional es directamente aplicable a este supuesto afirmando que «los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su art. 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés —e incluso obligación—, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL».

⁸⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo (sala Tercera Sección 4.ª), 269/2018, de 20 de febrero de 2018, Rec. 2725/2015, recuerda que es aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual, una vez detectada una irregularidad, debe tenerse en cuenta respecto de todos los licitadores.

4.2. El sistema de control de la Ley de contratos del sector público. Una interpretación conforme a la buena administración

La LCSP mantiene la opción de ofrecer un recurso administrativo especial, potestativo y gratuito, que se resuelve por un órgano administrativo independiente, que viene a cumplir las exigencias de tutela de los licitadores en esta materia⁸⁸. En relación con el recurso especial conviene reseñar la extensión del recurso especial a cuantías inferiores a las del importe armonizado europeo, es una decisión muy destacada, pues ha de ayudar corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública⁸⁹. El cambio producido es muy relevante pues implica superar la visión del recurso especial como una carga burocrática o «gasto» innecesario, para configurarse como un instrumento que permita garantizar la mejor transparencia mediante una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración⁹⁰. La opción de rebajar umbrales es, sin duda, un hito en la filosofía práctica de la contratación pública, y debe ser el inicio de un proceso para, tras dotar con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe⁹¹. Por ello, resulta muy relevante la opción

⁸⁸ El sistema diseñado por las Directiva 89/665 y 2007/66, pretende que exista un recurso rápido y eficaz, que exige independencia en su diseño. Sobre el fundamento del derecho europeo de recursos me remito por todos a S. Díez SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

⁸⁹ Debe recordarse que la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), subraya que se debe evitar la introducción de nuevas normas para los mercados de contratación pública que no alcancen los umbrales de la UE, ya que se puede poner en peligro la seguridad jurídica establecida a escala nacional.

⁹⁰ La Comunicación de la Comisión europea *La Estrategia de Seguridad Interior de la UE: cinco medidas para una Europa más segura*, advierte de la necesidad de implementar políticas nacionales de enfoque administrativo con el fin de evitar la infiltración de prácticas delictivas y proteger la economía. COM (2010), 673 final, de 22 de noviembre de 2010, p.6. Sería muy importante revisar, desde esta óptica, nuestro sistema de justicia administrativa (recursos administrativos), como bien ha advertido J. BERMEJO VERA, «La resolución extrajudicial de conflictos», en el libro colectivo *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid, INAP, 2015, pp.149-212. Sobre la contratación pública y su control me remito a mi trabajo *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial, Observatorio de los contratos Públicos, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

⁹¹ Como bien ha destacado el profesor J.M. Baño León, el sistema de recursos administrativos ordinarios no está configurado en clave de protección de la legalidad, pues pretende proteger a la Administración. De hecho, como bien explica, el sistema de justicia administrativa es un ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho público español. Por ello, como bien afirma, «la mejor alternativa al recurso administrativo es un buen recurso administrativo, entendiendo por tal el que garantiza una revisión de la actuación administrativa eficiente por un órgano funcionalmente independiente» (J.M. BAÑO LEÓN, «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español», *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016, p.669). Con esta ampliación del ámbito del recurso especial desde la perspectiva del importe se avanza en la filosofía del régimen equivalente en el nivel de eficacia exigido por STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14.

de ampliar por el importe el recurso especial frente a su limitación inicial a los contratos armonizados, que supera una extendida perspectiva de «gasto», y no de inversión, cuando se analizan los escenarios preventivos de control eficaz (vinculados a la buena administración)⁹². El objeto del recurso especial incluye ahora las modificaciones y encargos ilegales (lo que supone que ya no es recurso precontractual). Las previsiones que contiene la LCSP sobre los supuestos de recurso deben tener carácter meramente enunciativo, dado que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2017 (Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), ha fijado un criterio amplio de «decisión» a efectos del ámbito material del recurso especial⁹³.

Además, se mantiene el modelo de los tribunales administrativos (cuyas ventajas ha destacado el profesor Santamaría Pastor⁹⁴). Este sistema de «justicia administrativa especial» ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitió a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), lo que presupone reconocer que estos Tribunales administrativos —con fundamento en la Directiva 89/665 y su reforma por Directiva 66/2007—, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, tienen carácter de permanentes, aplican un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C-54/96 *Dorsch Consult*). Y así se ha declarado por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, que reconoce las notas exigidas para tal consideración —carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción— y declara que los órganos de recursos contractuales de España son órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE.

Por ello, extender la acción pública —o al menos ampliarla, más allá de los potenciales interesados— en defensa del derecho a una buena administración puede ser, como sugiere J. Ponce, una solución muy efectiva⁹⁵. Se trata,

⁹² Vid. M.A. BERNAL BLAY, «El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, 2013, pp. 190-213.

⁹³ La Directiva de concesiones incorpora un supuesto tasado de causas de resolución anticipada, cuyo no cumplimiento por una Administración o poder adjudicador abre la puerta al recurso especial.

⁹⁴ J. SANTAMARÍA PASTOR, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, en especial, pp. 48-64.

⁹⁵ J. PONCE, «La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local», *Anuario de Derecho Local* 2012, Barcelona, IDP, 2013, pp. 136-137. Esta vinculación de la contratación pública al derecho a una buena administración fue expresamente advertida en el Acuerdo 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Esta opinión, que liga la funcionalidad institucional a la dimensión colectiva del derecho a una buena administración es la que mantiene J. PRATS CATALA, en su trabajo «La lucha contra la corrupción como parte integrante del derecho, el deber y las políticas de buena administración», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 31, 2017, p. 21. Especial interés sobre esta cuestión de la ampliación de la legitimación tiene la monografía de A. PEÑALVER, *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso-administrativo: legitimación y limitaciones económicas*. En *administrativo: legitimación y limitaciones económicas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

en palabras suyas: «para combatir la corrupción es importante ir “río arriba”, al nacimiento del problema, esto es a la normativa que se dicta, y no quedarse solo en la desembocadura del río, es decir al surgimiento del caso de corrupción contra el que se reacciona, en su caso penalmente»⁹⁶. Por otra parte, la decisión de rebajar umbrales es, sin duda, un hito en la filosofía práctica de la contratación pública, y debe ser el inicio de un proceso para, tras dotar con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe⁹⁷. Por ello, resulta muy relevante la opción de ampliar por el importe el recurso especial frente a su limitación inicial a los contratos armonizados, que supera una extendida perspectiva de «gasto», y no de inversión, cuando se analizan los escenarios preventivos de control eficaz⁹⁸.

La experiencia de la primera generación de órganos de recursos contractuales, en un contexto de mayor profesionalización y coherencia del sistema de control desde una perspectiva integral aconseja analizar las ventajas de resituar a los órganos de recursos contractuales como órganos independientes «adscritos» al Parlamento correspondiente⁹⁹. Se solucionaría así el cuestionamiento sobre la adscripción organizativa en un Administración Pública (y la posible «tutela administrativa» como sospecha), se fortalecería el carácter de órgano jurisdiccional a efectos del art.237 TFUE y facilitaría la planta

⁹⁶ J. PONCE SOLÉ, «Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora Maria De Benedetto, Corruption from a Regulatory Perspective», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, 2023, pp. 377.

⁹⁷ Como bien ha destacado el Profesor J. M. BAÑO LEÓN, «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español», en el libro colectivo *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016, p. 669, el sistema de recursos administrativos ordinarios no está configurado en clave de protección de la legalidad, pues pretende proteger a la Administración. De hecho, como bien explica, el sistema de justicia administrativa es un ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho público español. Por ello, como bien afirma, «la mejor alternativa al recurso administrativo es un buen recurso administrativo, entendiendo por tal el que garantiza una revisión de la actuación administrativa eficiente por un órgano funcionalmente independiente». Con esta ampliación del ámbito del recurso especial desde la perspectiva del importe se avanza en la filosofía del régimen equivalente en el nivel de eficacia exigido por STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14.

⁹⁸ J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova, 2021, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (art.41). Obviamente, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización, podrán extender el ámbito de este recurso especial a importes inferiores, pues el art. 112 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (al igual que su predecesora Ley 30/1992, en su art. 107) habilita tal posibilidad. Así se ha hecho en Aragón mediante la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas) que fija en 200 000 euros el umbral del recurso especial para el contrato de obras y en 60 000 euros para los contratos de servicios y suministros.

⁹⁹ Sobre la necesaria profesionalización (conocimiento y capacitación) de los miembros de estos tribunales administrativos me remito a P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Profesionalizar los mecanismos de control de la contratación pública: relevancia de observar los principios de mérito y capacidad en la selección de los miembros de los órganos que conocen del recurso especial en materia de contratación», en el libro colectivo de J. RODRÍGUEZ ARANA y E. DÍAZ BRAVO (dirs.), *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 91-121.

de estos órganos de control, al permitir un control que englobase toda la actividad contractual pública de cualquier poder adjudicador (es decir, se unificaría la opción de órganos de recursos contractuales para la actividad de licitación de todos los poderes adjudicadores con independencia de su naturaleza parlamentaria o local)¹⁰⁰. Se reforzaría, en definitiva, la percepción de independencia, y permitiría reorientar la función del control externo hacia un rol más ejecutivo y también completo.

En todo caso, es necesario determinar y limitar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, que deberán garantizar en todo caso la nota de independencia y especialización y la debida colegialidad¹⁰¹. Y si se integran en otros órganos —como es el caso de Consejo Consultivos en Castilla y León y en Extremadura—, deberá preverse o dotarse de una sección propia, a fin de evitar cierta «confusión» de funciones entre los consultivo y lo resolutorio (máxime cuando la ampliación a cuestiones contractuales coincide con la función consultiva en un mismo asunto).

Asimismo, interesa destacar la necesaria ampliación del objeto del recurso especial, que incluye ya los encargos a medios propios y también a ciertos actos relativos de la ejecución del contrato y, en especial, las modificaciones contractuales o rescate de concesiones. Sin embargo, se olvida de la exigencia de la Directiva europea de recursos (89/665, modificada por la Directiva 2007/66), cuyo ámbito de aplicación tiene ya efecto directo de incluir en el ámbito del recurso especial las cuestiones de subcontratación y la resolución del contrato o concesión¹⁰². Hubiera resultado conveniente incluir, como cláusula de cierre, el concepto amplio de «decisión» al que se refiere la STJUE de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía.

¹⁰⁰ Esa es la propuesta que formulo en mi trabajo «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Nueva Época, núm. 7, 2017, pp. 45-67.

¹⁰¹ Es también necesaria una reflexión sobre el modelo de compatibilidad de los miembros del Tribunal (muy conveniente para poder incorporar «auténticos especialistas»). Esta opción permite captar a especialistas, pero debe contemplarse tal opción desde un sistema de Tribunal administrativo estable y con medios materiales y personales propios, que tenga esa única competencia. Y debe vigilarse de forma activa los posibles conflictos de interés (visibles y difusos) en aras a preservar la nota de objetividad. En todo caso, la «exclusividad» de los miembros de estos órganos de recursos contractuales no es garantía de adecuada profesionalización, pues esta va ligada a la capacitación y conocimiento y no al elemento formal/burocrático de su régimen estatutario (el Decreto-Ley 3/2017, de 20 de junio, por el que se modifica la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para la profesionalización de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón «confunde», así, profesionalización con un modelo burocratizado. La Memoria final aprobada de la primera etapa del TACPA —marzo de 2011 a 31 diciembre de 2017— acredita por sí el carácter profesional de este órgano en ese periodo de tiempo, pese al sistema de compatibilidad, como la *auctoritas* de sus Acuerdos).

¹⁰² La Directiva de concesiones incorpora un supuesto tasado de causas de resolución anticipada cuyo no cumplimiento por una Administración o poder adjudicador abre la puerta al recurso especial. Me remito a mi trabajo «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», *Cuadernos Derecho Local*, núm. 43, 2017, pp. 50-71. También en el estudio F. CAAMAÑO, J. M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS, *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017 y ID., *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, 2017, pp. 118-120.

Conviene reseñar que el correcto funcionamiento del modelo exige una dotación presupuestaria adecuada y suficiente¹⁰³. Las restricciones presupuestarias actuales condicionan la función de control, lo que puede afectar a la consecución de la rapidez de este recurso, con los perjuicios desde la perspectiva de la eficacia que se ocasiona para el órgano demandante de la prestación suspendida hasta la resolución expresa. El diseño del sistema del recurso especial en contratos públicos debe estar alejado de la idea de que su consolidación es un gasto. Como se ha venido defendiendo en este Informe, el control de la contratación pública debe ser contextualizado como una inversión, tanto económica (pues permite la eficiencia real del modelo, al permitir una efectiva concurrencia) como social, en tanto permite la regeneración democrática y da credibilidad al sistema institucional del control público¹⁰⁴.

Por otra parte, se diseña un nuevo sistema de gobernanza¹⁰⁵, del que deriva tanto de un nuevo rol de la Junta Consultiva Contratación Pública (se

¹⁰³ El Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

¹⁰⁴ El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE (Directivas de recursos en adelante), en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública publicado el pasado 24 de enero recoge la evaluación de los resultados de la aplicación de las citadas Directivas y en concreto si se consideran adecuadas a los objetivos propuestos atendiendo a si minimizan las cargas y los costes asociados y maximizan la posible simplificación de los procedimientos. Desde el punto de vista de la eficiencia, las Directivas sobre procedimientos de recurso proporcionan beneficios globales en consonancia con los efectos esperados, tanto directos como indirectos muy superiores a los costes que supone presentar y defender un procedimiento de recurso para los proveedores y las autoridades contratantes representando por lo general entre el 0,4 por 100 y el 0,6 por 100 del valor del contrato. Sin embargo, la Comisión entiende que los costes no se reducirían a cero si las Directivas sobre procedimientos de recurso fueran revocadas. Por el contrario, serían incluso mayores, debido a las diferencias nacionales en la normativa sobre revisión y recursos y a la falta de armonización a escala de la UE, dando lugar a un contexto más farragoso para licitadores y otras partes interesadas. Y añade el informe que en la evaluación de la legislación en materia de contratación pública de la UE que se publicó en el año 2011 se estimó, en general, que el ahorro del 5 por 100 conseguido en los 420000 millones de euros en contratos públicos que se publicaron a escala de la UE se traducirían en un ahorro o una mayor inversión pública por un importe superior a 20 000 millones de euros al año. La aplicación efectiva de las Directivas sobre procedimientos de recurso puede, por tanto, aumentar la probabilidad de que se consiga un ahorro similar al estimado procedente de las Directivas sobre contratación pública.

¹⁰⁵ Cuestión en la que insiste en la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit.

crea un Comité con representación de las Comunidades Autónomas) por exigencia del Derecho de la Unión Europea, y la creación de un «organismo» independiente de regulación, supervisión y control (aunque con forma de órgano administrativo) que conforma la bóveda de una nueva arquitectura institucional para promover las exigencias de gobernanza europea¹⁰⁶. Órgano con el que se pretende, además, dar respuesta a las exigencias de la Comisión europea, que había advertido de falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país, constatando que esta carencia «obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española» (Decisión (UE) 2017/984 del Consejo, de 8 de agosto de 2016)¹⁰⁷.

La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (que se regula en los art. 332 y 333 LCSP), está adscrita orgánicamente al Ministerio de Hacienda, pero formada por personal independiente (plazo de 6 años inamovibles), que asume las funciones de Gobernanza de las Directivas de contratación pública¹⁰⁸. Podrá dictar instrucciones, pero no se le reconocen competencias de «anulación» o sanción¹⁰⁹. Le corresponde, además, aprobar —a propuesta del Comité de Cooperación en materia de contratación pública— la Estrategia Nacional sobre la Contratación Pública, que es

¹⁰⁶ Desde hace años, como medida de refuerzo del principio de integridad y como instrumento de seguridad jurídica, la doctrina ha venido planteando la conveniencia de un organismo de regulación y supervisión en contratación pública. Posibilidad contemplada en el art. 83 de la Directiva 2014/24, de contratación pública, al exigir que los Estados velen por la Gobernanza a través de autoridades u organismos a los que se atribuyan estas funciones. En palabras de D. CANALS AMETLLER («El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública», *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 55, 2018, pp. 427) esta Oficina es la «cúspide de la organización específica para la gestión de la contratación pública».

¹⁰⁷ En todo caso, como bien advierte J. Ponce, la creación de este tipo de unidades no es sino una más de entre las distintas medidas posibles para luchar contra la corrupción, piezas de un *puzzle* complejo que configura el sistema de integridad de un Estado y condiciona su buen gobierno y buena administración (J. PONCE, «Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo», *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 3, 2017, p. 8) de su trabajo. Como advierte, la posible creación de oficinas de este tipo debe ser contextualizada en una estrategia global contra la mala administración y la corrupción y a favor del buen gobierno y la buena administración. La decisión sobre la creación de una oficina de este tipo debe ponderar, por exigencias del derecho a una buena administración, los costes y beneficios concretos, de todo tipo, que la misma pueda generar, y sólo crearla si los segundos superan a los primeros. Es preciso respetar los principios de buena regulación y la evaluación de impacto normativo exigido ahora por la Ley 39/2015.

¹⁰⁸ Vid. A. BETANCOR, «Oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pp. 689-714. También el estudio de D. CANALS AMETLLER, «El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública», *op. cit.*, pp. 426-428. Este completo trabajo analiza con detalle el actual modelo y propone pensar en el modelo de Agencia Anticorrupción para el caso de España, así como opción el crear una Autoridad Europea de Supervisión de la Contratación Pública, de modo similar a las existentes en otros sectores económicos de referencia en el mercado común europeo.

¹⁰⁹ El funcionamiento de la OLAF en la Unión Europea puede servir de ejemplo para su puesta en funcionamiento. Sobre ello resulta interesante el trabajo de M. FUERTES LÓPEZ, «La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF)», *Revista de Administración Pública*, núm. 175, 2014, pp. 269-301.

un instrumento jurídico vinculante para todos los poderes adjudicadores de España y con un horizonte temporal de cuatro años (art. 334 LCSP). Esta Autoridad independiente se complementa con una Comisión Mixta con el Tribunal Cuentas, de seguimiento de la contratación pública¹¹⁰. Esta nueva figura presenta, insistimos, un importante rol regulador más que de supervisión, y debe servir para dotar de seguridad jurídica en la aplicación de la norma en unos momentos de inseguridad jurídica por la existencia de disparidad de criterios. Sin embargo, esta nueva «arquitectura», en su puesta práctica, presenta importantes «debilidades» en tanto, frente a lo que parecía que pretendía la Ley (y se necesita en un sector de tanta importancia), no se le ha dotado de medios materiales y presupuestarios adecuados¹¹¹. Es más, su adscripción orgánica y no funcional, en tanto órgano y no de organismo público (con personalidad jurídica propia), a la subsecretaría del Ministerio de Hacienda y su consideración de «subdirección general» le dificultan la necesaria *auctoritas* que es exigencia necesaria en todo organismo regulador como elemento inherente a su estatuto jurídico independiente. Además, al carecer de capacidad sancionadora para poder «incentivar» el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley su rol institucional queda claramente debilitado¹¹².

5. POR UNA ECUACIÓN DE LA INTEGRIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El profesor R. Klitgaard¹¹³ aportó la denominada ecuación de la corrupción: $C = M + A - T$. C es Corrupción, M: Monopolio, A: Arbitrariedad y T:

¹¹⁰ Sin duda puede ser una importante herramienta de apoyo a la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. *Vid.* A. PEÑA OCHOA, «El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción», en el libro colectivo *La corrupción en España*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 83-108.

¹¹¹ Sobre la debilidad del modelo, recomendando la dotación de más medios personales y materiales se ha pronunciado la Comisión europea en su Documento de 27 de febrero de 2011 sobre la *Prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos* —España— Informe España 2019—. El «fortalecimiento del marco de funcionamiento» que sugiere la Comisión europea debe ser la consecuencia de un decidido avance en el cumplimiento de los objetivos y principios desarrollados por la LCSP, debe concretarse en, al menos, las siguientes acciones: a) avanzar («todavía pendiente») en la Estrategia nacional de contratación pública, que debe ser preparada por el Comité de Cooperación, donde están representados todos los niveles de gobierno y la Oficina Independiente; b) necesidad de corregir la ausencia de recursos materiales y personales de la Oficina Independiente para que en el cumplimiento de sus objetivos pueda llegar una posición prominente, que ahora no tiene. Esta acción es fundamental puesto que la Oficina, a través de su Supervisión debe aportar a la Estrategia a los «análisis profundos de los problemas que se detecten» en el desarrollo de la supervisión; c) la participación activa en la preparación de la Estrategia y «su propiedad» por todos los niveles de gobierno que, es una clave para la mejora de la contratación pública en España.

¹¹² *Vid.* J.M. GIMENO FELIÚ, «Las novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público tras su aprobación en el Congreso de los Diputados», *Revista Electrónica del Observatorio de Contratación Pública* www.obcp.es (julio de 2017) y J.A. MORENO MOLINA, *Hacia una compra pública responsable y sostenible*, op. cit., p. 214.

¹¹³ R. KLITGAARD, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Buenos Aires, Sudamérica, 1994, pp. 10 y ss.

Transparencia. Cuanto menor la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción. Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción.

Sin embargo, en el siglo XXI puede resultar oportuno revisar (actualizar) dicha ecuación desde el nuevo paradigma de la integridad como principio vertebrador de cualquier decisión pública (que ya no es un mero referente de ética pública)¹¹⁴. Una política proactiva de contratación pública donde el principio de integridad —que pivota sobre la vinculación al valor y el resultado a favor del ciudadano— sea la estrella polar permitirá recuperar la confianza de la ciudadanía en el modelo público y valorar adecuadamente el sentido de la política como instrumento de satisfacción del interés público (también, para combatir la pobreza y prestar servicios públicos de mayor calidad).

Así, la ecuación (o fórmula) de la integridad —al igual que el profesor J. Ponce ha propuesto para determinar la buena administración¹¹⁵— sería el resultado de una función dependiente del siguiente conjunto de parámetros $I = f(T, R, C, D, B, F, P)$. Desde una perspectiva gráfica, adaptada a la propuesta de Klitgaard, la ecuación de la integridad sería:

$$I = \frac{T + R + C + D + B + F}{P}$$

La I de integridad sería el resultado de sumar los siguientes aspectos: la T , de transparencia, que implica no solo publicidad activa sino, principalmente, rendición de cuentas. Muchas de las prácticas de corrupción se encuentran muy vinculadas a la ausencia de transparencia. No en vano, es la opacidad el escenario de cultivo que permite la proliferación de actuaciones corruptas. De ahí que sea imprescindible eliminar los espacios de «oscuridad» en la gestión pública. Una adecuada y efectiva transparencia puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos —de especial interés en un contexto de reducción del déficit público y que se presenta como alternativa a políticas de «ajustes» o incremento de la «presión fiscal»—, como de una gestión transparente compatible con la cultura de nueva gobernanza. Se necesita más y mejor transparencia para las distintas decisiones públicas (muy especialmente en los contratos públicos) y una correcta rendición de cuentas.

¹¹⁴ Sirven para ello las reflexiones de J. MIRANZO DÍAZ, *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi 2020; La recientemente aprobada (diciembre de 2022) Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026, que concreta lo que se persigue con una contratación estratégica del sector público, fija, entre sus objetivos: a) *Combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública*. Quizá convenga promover una Estrategia pensada más en la integridad, que aporta elementos más positivos.

¹¹⁵ Me remito a su trabajo «Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora M. De Benedetto, *Corruption from a Regulatory Perspective*», *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 24, 2023.

El segundo sumando es la R de Resultados. El ámbito de la actuación administrativa tiene por finalidad la mejor satisfacción del interés general, lo que obliga a superar la inercia del mero cumplimiento formal para arbitrar nuevas políticas públicas que atiendan al resultado, que es el verdadero ADN del derecho público. Lo que obliga a pensar en calidad y valor (frente a visiones economicistas que tienden al «precio más bajo» o indebidamente burocráticas), que garanticen la eficiencia social y eviten problemas de equidad. Esta R de resultados debe contener previsiones claras a favor de la obligación de cumplir con los objetivos de la descarbonización, luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, combatir la contaminación y promover la economía circular (que son ya objetivos primarios vinculados de la mayoría de los modelos económicos).

El tercer sumando sería la C de Capacitación (de profesionalización en términos de las Instituciones europeas). Desde la perspectiva de inversión en la motivación de las decisiones públicas (en especial en todo contrato público) que pone la atención en los resultados, es necesario contar con los adecuados medios materiales y, sobre todo, con la mejor capacitación y *auctoritas*, de los gestores públicos que debe liderar ese nuevo modelo de compra públicas. Conocer el contexto, depurar conceptos y principios, comprender su correcto alcance, es un presupuesto necesario para poder articular una correcta política de contratación pública, lo que exige el mayor nivel de capacitación (siempre en constante actualización). La profesionalización en la esfera de las decisiones públicas puede, además, ser una barrera a la existencia de redes clientelares o de «confusión de intereses políticos». La profesionalización resulta elemento imprescindible para poder cumplir con las exigencias derivadas del principio de integridad. Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses, y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan¹¹⁶. Una adecuada profesionalización y «descontaminación política» de decisiones estrictamente administrativas, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad vinculada a la mejor satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. El cuarto sumando sería la D de Digitalización (que incluye datos abiertos, nuevas tecnologías e Inteligencia artificial¹¹⁷). Una decidida utilización de los medios electrónicos permite una gestión de información a tiempo real que puede ayudar a detectar las irregularidades y fortalecer el principio de integridad. En este contexto, la experiencia de la Comunidad Valenciana con el *Security Administrator Tool for Analyzing Network*

¹¹⁶ Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>

¹¹⁷ Como bien explica J. Valero Torrijos, la inteligencia artificial debe ser ya un elemento en la regulación y gestión de la contratación pública, «Inteligencia Artificial y contratación del sector público», Observatorio de Contratación Pública, enero 2020. Igualmente J. MIRANZO, «El papel de la contratación pública en el desarrollo digital de la Administración: especial referencia a la inteligencia artificial», *Revista Contratación administrativa práctica*, núm. 182, 2022, pp. 5-18.

(denominado como SATAN) resulta de especial interés. Se trata de un software que cruzará bases de datos en manos de la administración para generar alertas sospechosas y detectar «si existe vida corrupta administrativa»¹¹⁸. Además, por ejemplo, la digitalización del sector de la construcción representa una oportunidad única para hacer frente a estos desafíos estructurales, aprovechando la disponibilidad general de mejores prácticas desarrolladas en otros sectores industriales y los métodos y herramientas de ingeniería, los flujos de trabajo digital y las competencias tecnológicas para alcanzar un nivel más elevado de exigencia y crear un sector de la construcción digitalizado. Y aquí la metodología *Building Information Modeling* (BIM) desempeña un papel esencial¹¹⁹. Por supuesto, la D implica estrategia de datos, tal y como se está impulsando por la Unión Europea¹²⁰.

El quinto sumando debe ser la B, de *Better and smart regulation* aspira a una mejor y más inteligente regulación y actuación pública. Regla que tiene como finalidad principal alcanzar una mayor seguridad jurídica, eliminando cualquier burocracia innecesaria.

El último sumando sería la F de Fiscalización (independiente, por supuesto). La eficacia es importante, pero debe existir un moderno sistema de «frenos» que evite la aparición de espacios de impunidad. No resulta admisible, en mi opinión, el argumento de que las medidas de prevención implican mayor burocracia y mayor gasto, lo que avala la tendencia de no corregir las disfunciones y justificarlas como un mal estructural necesario para preservar la eficacia administrativa. Y así se limitan los controles (o se captura al vigilante) y se recorta en la formación para una necesaria profesionalización (garantía de independencia), para eludir los principios públicos inherentes a la buena administración. Para ello, los controles previos en la propia Administración, así como el control externo, deben ser contextualizados como una inversión, tanto económica (pues permite la eficiencia real del modelo, al permitir una efectiva concurrencia) como social, en tanto permite la regeneración democrática y da credibilidad al sistema institucional del control público. En este contexto de cómo avanzar al equilibrio entre eficacia y garantías de correcta actuación, resulta necesario revisar el modelo de control interno y externo de las decisiones contractuales. Un control que debe ser eficaz —lo que aconseja ciertas intervenciones *in time* y *no out time*— sin impedir la eficacia en tiempo de las decisiones a adoptar. Un modelo enfocado

¹¹⁸ El tratamiento automatizado de datos mediante la tecnología es ya el presente (en Europa ya existen herramientas como ARACHNE que vigila los posibles fraudes en la Unión Europea) y debe ser asumido por las Administraciones Públicas como un instrumento indispensable para avanzar en la cultura de una Administración transparente, convencida de la importancia de la mejora continua

¹¹⁹ Son indudables e incuestionables las ventajas de la metodología BIM en tanto facilitan la mejor comprensión y valoración de los proyectos como, principalmente, mejora los modelos de control en la ejecución (se construye lo proyectado), laminando el riesgo de sobrecostos (o modificados de objeto). A su vez permite, por ejemplo, la certificación *as-built* del presupuesto.

¹²⁰ El *DOUE* del 16 de marzo de 2023 publicaba la Comunicación de la Comisión sobre contratación pública, un espacio de datos para mejorar el gasto público, impulsar la elaboración de políticas basadas en datos y mejorar el acceso de las pymes a las licitaciones. La iniciativa de la Comisión tiene por objeto aprovechar el poder de los datos disponibles en toda la UE gracias al Espacio de Datos sobre Contratación Pública (en lo sucesivo, «EDCP»), uno de los primeros espacios comunes de datos de la UE en un ámbito específico que surge de la Estrategia Europea de Datos.

a la gestión preventiva de riesgos, que se centre en la gestión sistemática del riesgo, incluyendo identificación, evaluación, tratamiento y seguimiento, para la medición del desempeño y detección de aquellas debilidades del sistema que necesitan de una nueva forma de ser tratadas. Convendría, en mi opinión, un control externo diferente, de carácter concomitante y que descansa en el análisis de los resultados, mediante auditorías de proyecto. Un nuevo enfoque basado en la responsabilidad, cumplimiento de las obligaciones y la auditoría de resultados frente a un modelo que atiende a la observancia formal previa¹²¹.

Como dividiendo que «rebajaría» el índice de Integridad tenemos, la P de Politización, entendida como aquella que produce una indebida «contaminación política» que puede afectar a la planificación, programación, decisión de adjudicación y vigilancia del cumplimiento del contrato. Esa contaminación puede favorecer las prácticas irregulares —como los denominados «elefantes blancos», que son infraestructuras que no aportan ningún tipo de rentabilidad ni aportan valor en contexto territorial, ambiental o económico— que se alejan de los estándares de buena administración¹²².

Trabajar en los distintos indicadores de esta ecuación de la integridad, en especial en el ámbito de la contratación pública, puede facilitar una nueva gobernanza pública, donde, frente a la actual desconfianza, se promueve nuevos modelos colaborativos *win/win*. Los poderes públicos tienen, por vocación constitucional, una evidente función de liderazgo de regulación e impulso de las actividades económicas, para lo que deben repensar en el actual contexto, una nueva arquitectura de la gestión pública que pivote sobre el principio de integridad. Para ello, más allá de cambios normativos (sería deseable la «estabilidad» jurídica) conviene «re-educar» a los poderes públicos españoles en la «fuerza» del principio de integridad (dinámico) para orientar su «fuerza de gestión» como impulso, y no como freno, en una nueva interpretación finalista y no meramente formal (en una mal entendida burocracia) que pretende dar la mejor respuesta a las necesidades públicas. Principio de integridad vinculado, por tanto, al mejor cumplimiento de los fines de las políticas públicas.

6. LA NECESIDAD DE ESTABILIDAD NORMATIVA COMO ELEMENTO DE SEGURIDAD JURÍDICA

En todo caso, sin una norma estable y de carácter codificador, fácilmente comprensible, se habilitan espacios para incumplir los principios de la contratación pública vinculados a la mayor transparencia, mayor eficiencia y mejor rendición de cuentas¹²³. El «movimiento» de normativa de contra-

¹²¹ El control deberá incluir un modelo de auditoría de costes cuyo diseño y puesta en funcionamiento deberá descansar en los órganos de control externo (protagonistas del seguimiento e incidencias en las ejecuciones de los contratos). Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «Los fondos *next generation* y el rol de los órganos de control externo», en S. REGO (dir.), *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Aranzadi, 2022, pp. 69-90.

¹²² Este problema se agrava con el de la excesiva atomización organizativa, con una pléyade de entidades contractuales.

¹²³ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Cizur Menor, Civitas, pp. 25-84.

tación pública en España en los últimos años presenta efectos «perversos», por la falta de seguridad jurídica y de predictibilidad¹²⁴, que son un freno a la concurrencia y habilitan prácticas que distorsionan los principios de eficacia y eficiencia¹²⁵. El actual contexto favorece lo contrario de lo perseguido, primando la forma procedimental al resultado de la mejor satisfacción del interés público (verdadera esencia de la gestión administrativa)¹²⁶. El «movimiento» de esta normativa tras su aprobación en 2017 presenta efectos «perversos» por la falta de seguridad jurídica y de predictibilidad, que son un freno a la concurrencia y habilitan efectos que distorsionan los principios de eficacia y eficiencia¹²⁷. Y lejos de mejorar la actividad económica (que necesita certezas) puede suponer un lastre en la correcta aplicación de sus principios¹²⁸. Movimiento normativo, en eterno viaje sin conocer destino final (y sin una brújula que aporte seguridad) al que se suma las reformas en otras normas sectoriales¹²⁹, que obligan al operador jurídico a estar en constante alerta ante los cambios¹³⁰. Cambios a los que se suma la normativa europea

¹²⁴ Por todos, J. SANTAMARÍA PASTOR, «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 159, pp. 25-38 y J.M. GIMENO FELIÚ, «El «eterno» viaje normativo de la contratación pública: tendencias y aspectos prácticos», en *Observatorio de la Contratación Pública* (revista electrónica), enero de 2023.

¹²⁵ Lo explica muy bien M. VAQUER CABALLERÍA, «Corrupción pública y ordenamiento jurídico», en *La corrupción en España*, op. cit., pp. 125-140. Sobre el problema general de la seguridad jurídica en nuestro sistema jurídico es referente la monografía de J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Madrid, Civitas, 2005.

¹²⁶ Volvemos a recordar que el carácter extenso de la LCSP y sus múltiples modificaciones asemejan el resultado a lo que se cuenta por Cervantes en *El Quijote*: «No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella» (Se alude a la fábula núm. 44 de ESOPHO (*Fedro*, I, 3), en que las ranas piden un rey a Júpiter).

¹²⁷ Que se suma a la opinión crítica de cierto sector doctrinal que considera a la LCSP una muestra de volatilidad, complejidad y falta de sistematicidad que caracteriza a la legislación administrativa de nuestro tiempo. T. CANO CAMPOS, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2018, pp. 12-67.

¹²⁸ Se trata, cuando menos, de un mal hábito - en palabras de S. DE LA SIERRA, de un legislador impenitente (S. DE LA SIERRA, «Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, 2011) de respuesta «impulsiva» a problemas concretos sin una visión amplia de sus efectos.

¹²⁹ Por ejemplo, el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que transpone la directiva relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (el Real Decreto-ley fija en un 36,3 por 100 la cuota mínima de vehículos ligeros limpios del número total de vehículos ligeros objeto de contratos, tanto para el período comprendido entre el 2 de agosto de 2021 a 31 de diciembre de 2025 como entre el 1 de enero de 2026 al 31 de diciembre de 2030. En relación con vehículos pesados limpios, el panorama cambia y se establece para camiones un suelo del 10 por 100 para el primer período y un 14 por 100 para el segundo. Para autobuses, en sinergia con la transición a un paradigma de movilidad compartida, se fija un suelo de 45 por 100 para el primer período que aumenta hasta 65 por 100 para el segundo período).

¹³⁰ O, con repercusión más directa, el Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos

sobre la cuestión, que continua un tanto «desapercibida» por los aplicadores jurídicos¹³¹.

de obras, donde se habilita (directamente para la Administración General del Estado y mediante Acuerdo, en su caso, de las Comunidades Autónomas), «una revisión excepcional de los precios de los contratos de obras del sector público» cuando el incremento del coste de los materiales empleados para la obra adjudicada haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante el ejercicio 2021. Y a estos efectos, se considera que existe impacto directo y relevante: cuando tras la aplicación de la fórmula de revisión de precios o la que corresponda conforme al RD 1359/2011, de 7 de octubre, exista un incremento de coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre que exceda del 5 por 100 del importe certificado en el ejercicio de 2021 (Previsión un tanto sorprendente, en tanto se considera un precepto no básico (pese a que la revisión de precios en la LCSP lo es) y se permite su «aplicación supletoria» mediante decisión administrativa de las Comunidades Autónomas). Previsión insuficiente, porque no se extiende a todos los contratos públicos celebrados y porque habilita una visión «rígida» de lo que sería el principio de «honesta equivalencia de lo pactado». Máxime cuando Portugal, por un reciente Decreto Ley ha realizado una interpretación más amplia y acorde con lo que son los principios de la contratación pública permitiendo el ajuste de precios a un contexto claramente excepcional. Línea adoptada también previamente por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2022 por el que se adoptan medidas de carácter extraordinario en materia de contratación donde autoriza la revisión de precios también fuera de los contratos de obras: «En el ámbito de la contratación pública, los contratistas se ven forzados a cumplir unas condiciones que suponen asumir pérdidas o abandonar la ejecución de los contratos ante la imposibilidad de hacerse cargo de los incrementos de los costes... El incremento desmesurado de los precios de la energía y de las materias primas ha sido totalmente inesperado y, por lo tanto, imprevisible en el momento de la licitación de buena parte de los contratos vigentes, lo cual pone en riesgo la correcta ejecución del contrato». Igualmente, mejor alineado con la situación, el Decreto Ley 3/2022 de Aragón extiende la revisión de precios también a los contratos de suministros y servicios necesarios para la ejecución de la obra pública, de manera que da cabida a los contratos de conservación y mantenimiento de carreteras, a la conservación y mantenimiento de edificios públicos y al suministro de los materiales necesarios (además, se establecen otras medidas complementarias para abarcar todos los problemas surgidos con los contratistas de obras públicas, tales como la posibilidad de sustituir los materiales por otros siempre que no se altere ni la funcionalidad de los mismos ni la seguridad de la obra). *Vid.* J. M. GIMENO FELIÚ, «Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia», en el libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2021*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 35-46.

¹³¹ Especial significado práctico tiene el del Reglamento (UE) núm. 2022/1031, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (más conocido como Instrumento de contratación internacional o ICI). Este reglamento introduce relevantes novedades en materia de contratación con operadores originarios de países terceros, o de adquisición de bienes y servicios de dichos territorios. En particular, las medidas recogidas pretenden reforzar la posición de los operadores, bienes y servicios de la Unión que, en la actualidad, experimentan notables dificultades para el acceso a ciertos mercados de contratación pública internacional. Así, es habitual que se encuentren trabas en mercados tan relevantes como los de China, Rusia, India o Turquía. Se habilita a la Comisión para la adopción de medidas restrictivas, en caso de que se detecten prácticas en sede de contratación pública que sean contrarias a los operadores, bienes o servicios de la Unión. Estas medidas podrán alcanzar a licitaciones que no se encuentren cubiertas por acuerdos de contratación pública internacional, entre los que destaca el Acuerdo de Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio. Por el contrario, en el caso de que rija uno de estos tratados, ante eventuales controversias, se deberá estar a los mecanismos previstos en los mismos. Las medidas que puede adoptar la Comisión Europea son especialmente rigurosas. En concreto se prevé la imposición de reducciones en las puntuaciones obtenidas por las ofertas afectadas, que podrán alcanzar hasta un 50 por 100, o incluso un 100 por 100 si el único criterio valorado es el precio. Asimismo, y como medida todavía más severa, se prevé también la directa exclusión de las ofertas. No obstante, estas medidas restrictivas cuentan con ciertas limitaciones. En primer término, se establece un umbral económico,

La estabilidad del marco normativo es una exigencia en aras a preservar la seguridad jurídica, pues no hay nada más contrario a este principio que las reiteradas reformas legales de una norma. Es más, y como observación inicial, por su ámbito, lo más correcto es —siguiendo el modelo del derecho comparado: Francia, Italia, Portugal, etc.—, elaborar un Código de Contratos Públicos³⁷.

Código que debería optar por la mayor simplificación normativa, alejándose de la tendencia a textos prolijos y de marcado carácter reglamentista, que burocratizan la gestión y «animan» a eludir la aplicación de esta normativa. Partir de los actuales textos de las Directivas, y complementarlos en lo estrictamente necesario, puede ser una buena opción (como ha hecho Francia). Máxime cuando ya existe una importante «fuente de derecho» como es la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea, que ha conformado un sólido y coherente «Derecho pretoriano», que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. Existe, en consecuencia, una «armonización» a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública (que exige una interpretación funcional (y no formal), que permitiría avanzar en una legislación de contratos públicos jurídicamente «sostenible».

de modo que las penalizaciones solamente procederán en contratos cuyo valor estimado sea superior a 15 000 000 de euros para concesiones y obras, o a 5 000 000 de euros para suministros y servicios. A su vez, como vía de flexibilización, las medidas de ajuste podrán inaplicarse en ciertos supuestos, vinculados a la existencia de circunstancias de interés general que lo justifiquen o a la intervención de algunos poderes adjudicadores locales de reducidas dimensiones. En todo caso, las medidas restrictivas, además de reforzar la reciprocidad, se orientan en último término a incentivar la conclusión de acuerdos internacionales de contratación. Así, se prevé expresamente que la adhesión al ACP —o la celebración de acuerdos bilaterales de contratación con la UE— conllevarán la retirada de las medidas de ajuste que se estén aplicando. *Vid.* J. ESTEBAN RÍOS, «Contratos públicos y límites para los licitadores, bienes y servicios de países terceros: Evitar la «competencia desleal» para reforzar el mercado interior», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 217, 2022, pp. 175-216 o *id.*, «El Instrumento de Contratación Internacional: régimen y problemática de la armonización europea frente al proteccionismo en los contratos públicos», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 66, 2023.

CAPÍTULO VI

BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA NECESARIA SINGULARIDAD EN LA ADQUISICIÓN DE PRESTACIONES DE SALUD

1. HACIA UN NUEVO MODELO DE VALOR Y EFICIENCIA QUE PIVOTE SOBRE EL PACIENTE

La pandemia mundial ha tensionado el modelo sanitario, económico y social de todos los países, y ha puesto de relieve la necesidad de revisar los modelos organizativos y de «compra de salud» con una finalidad clara: la mejor calidad asistencial, el mayor grado de innovación terapéutica y, por supuesto, la sostenibilidad financiera cuando se trata de modelos sanitarios públicos (como sucede en España)¹. Revisión que puede pasar por una «relectura» del marco normativo vigente o, incluso, una reforma del mismo para dotar a los distintos actores, en sus distintos roles, de certeza y seguridad jurídica tanto en la toma de decisiones como de planificaciones de inversiones².

En este nuevo contexto «interpretativo» debe insistirse en la idea de que el derecho a la salud (mejor, a su protección)³, como derecho constitucional de

¹ En extenso se aborda esta nueva visión en el libro de J. M. GIMENO FELIÚ y G. GARCÍA-ALVAREZ, *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor*, Aranzadi, 2020.

² Me remito a J. M. GIMENO FELIÚ, «Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)», en el libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2020*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 23-50. *Ibidem*, «Hacia un nuevo enfoque de la prestación de salud desde una moderna contratación pública inteligente alineada con la buena administración», *Revista europea Ius Publicum*, vol. I, 2024.

³ Por todos, J. PEMÁN GAVÍN, «El derecho a la protección de la salud entre aspiraciones y realidades. Marco conceptual y perspectiva internacional», en el libro colectivo *Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXI*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 25-75.

primer orden (consagrado como derecho fundamental en el art. 35 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales⁴), desborda su dimensión personal y organizativo y un enfoque global del mismo puede ayudar a una mejor calidad asistencial sin barreras de accesibilidad⁵. Un derecho de la salud que se presenta como núcleo clave de la efectividad del derecho fundamental a una buena administración (art. 41 Carta Europea de Derechos Fundamentales).

Este nuevo enfoque implica un mayor esfuerzo presupuestario de inversión y otra perspectiva en la consecución de mejores resultados: el énfasis no debe estar en la asunción como gasto y sino en las inversiones que pueden rendir más que un recorte de costes en la atención sanitaria o en la reducción de precios a los proveedores. La nueva era de la asistencia sanitaria es una realidad que obliga a replantear nuestro modelo público de «compra de salud». En la indiscutible misión de mejorar la salud individual y colectiva, es incuestionable el potencial de la tecnología actual y los nuevos servicios farmacéuticos, tanto a corto como a largo plazo, obligando a adoptar una más moderna mentalidad, centrada en el paciente con el aprovechamiento de la experiencia y la aplicación necesarios para marcar la diferencia para los pacientes, los proveedores y los sistemas sanitarios en su conjunto.

Esto obliga, en mi opinión, a una revisión con sentido crítico, del modelo de la gestión de la compra pública en el ámbito de la salud —no mera actualización— para conseguir mejor calidad y mayor eficiencia⁶. De no afrontarse de forma adecuada, este contexto puede socavar el crecimiento y el desarrollo globales⁷.

La revisión del modelo de compra pública en salud, de la que el paciente es el principal pilar del sistema, resulta necesaria para conseguir una mejor calidad, una rápida respuesta terapéutica, una flexibilidad de soluciones atendiendo al resultado y una fácil incorporación de las innovaciones. El objetivo es conseguir la mayor eficacia sanitaria, que pivota sobre el principio de la atención al paciente, basada en valor (resultados) en un contexto también de necesidad de sostenibilidad económica (pero no necesariamente de

⁴ Este precepto es elocuente: «Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión *se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*» (la cursiva es nuestra).

⁵ El derecho a la salud supera las fronteras nacionales y se considera no solo una condición esencial para alcanzar el objetivo 3 de los ODS (Objetivos Desarrollo Sostenible) que específicamente se refiere a la salud y bienestar, sino para la totalidad de los 17 objetivos, ya que sin salud no hay desarrollo humano ni económico (algo que ha quedado muy patente con la pandemia).

⁶ El *Institute of Medicine* de Estados Unidos [IOM] señaló en el año 2001 (IOM, 2001) seis ejes de mejora en los sistemas sanitarios: seguridad, efectividad, foco en el paciente, puntualidad, eficiencia y equidad.

⁷ Un sistema de subasta para la adquisición de medicamentos (o de servicios sanitarios de tecnología) vinculado en exclusiva al criterio precio carece de cobertura legal europea y nacional y puede poner en riesgo elementos esenciales del Sistema Nacional de Salud, dado que el medicamento no es un «simple» producto. *Este tipo de sistemas puede además falsear la competencia y obstaculizar la inversión privada en un sector estratégico, fomentando una indeseada deslocalización*. Además, pone en riesgo la calidad asistencial al «excluir» de la opción terapéutica a ciertos medicamentos y aumentar el riesgo efectivo a desabastecimiento. Finalmente, puede romper el principio de equidad social al excluir del sistema medicamentos que solo se podrán adquirir por centros privados o particulares que podrán pagar el precio libre que fije la empresa farmacéutica.

ahorro en todo caso). Con este objetivo hay que defender la oportunidad de cambios tanto en la adquisición de servicios y tecnología sanitaria (superando los límites del contrato de suministro) como en la adquisición de medicamentos (o vacunas)⁸. Estos dos ámbitos son el principal caballo de batalla para avanzar en una nueva cultura de compra pública en los ámbitos de la salud que atienda al concepto de valor y fije la atención en el mejor servicio al paciente⁹.

La compra pública de servicios de tecnología sanitaria así como de medicamentos o vacunas (que también pueden incorporar servicios) en el marco del Sistema Nacional de Salud debe permitir preservar las notas de sostenibilidad financiera como la equidad del modelo, lo que exige una visión transversal del «mercado público de la salud y de la adquisición de medicamentos» que se aleje de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial. El ahorro en la compra de servicios y suministros sanitarios, insistimos, debe contribuir a mantener e incluso a ampliar la cobertura, no a erosionar su calidad y sostenibilidad.

Estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atiendan a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio único como factor determinante en la compra pública, especialmente en el caso de medicamentos —aunque extensible a otros equipamientos sanitarios—, además de en otros sectores con connotaciones similares a las que tiene la protección de la salud¹⁰.

La actual pandemia ha puesto de relieve, además de ciertas deficiencias organizativas (falta de cultura cooperativa, ausencia de la necesaria profesionalización, rigideces burocráticas innecesarias, etc.) el dato de que la atención sanitaria —la salud, en suma— no es una materia que deba estar so-

⁸ Las vacunas se configuran normativamente como un medicamento especial. Vid. L. AGRAZ PÉREZ-ENRÍQUEZ, «Medicamentos especiales», en la obra colectiva *Tratado de derecho farmacéutico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 215 y ss.

⁹ En septiembre de 2022, la Comisión Europea publicó un informe sobre la compra pública de medicamentos en Europa: *Study on Best Practices in the Public Procurement of Medicines. Final Report* (European Commission, European Health and Digital Executive Agency, Vogler, S., Salcher-Konrad, M., Habimana, *Study on best practices in the public procurement of medicines – Final report*, Publications Office of the European Union, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2925/044781>). En el Informe se pone de manifiesto que una mayoría de las adquisiciones de medicamentos se hace todavía basándose única o fundamentalmente en el precio (en torno al 70 por 100), mediante procedimientos abiertos (más del 95 por 100). Además, señala que una cuarta parte de las compras se hacen a través de acuerdos marco y que la compra se hace principal y mayoritariamente por cada hospital, aunque también se examinan experiencias de compra centralizada, nacionales e incluso internacionales, fundamentalmente aplicadas a compras de vacunas o medicamentos destinados a campañas nacionales. En el estudio se constata que las compras centralizadas requieren un esfuerzo intensivo, fundamentalmente basado en medios humanos especializados, aunque también que produce excelentes resultados. Las recomendaciones que se hacen se pueden resumir en la idea de que es preciso reorientar la compra pública de medicamentos, incorporando elementos de compra estratégica. La mejora del mercado farmacéutico que puede conseguirse por esa vía redundará en una mejora general de las posibilidades de atención médica.

¹⁰ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019, pp. 102-112.

metida en todo caso (o intensidad) al principio de tensión competitiva entre empresas. Los objetivos de mejorar los resultados clínicos, ampliar el acceso a los tratamientos y optimizar costes y eficiencia son fundamentales para todos los sistemas sanitarios. Para ello, es necesario un cambio de cultura colaborativa entre empresas, hospitales y administraciones públicas para diseñar nuevos modelos de atención sanitaria basados en el valor, mediante procesos integrados capaces de incorporar nuevas tecnologías y soluciones innovadoras capaces de brindar mejores resultados a los pacientes y, al mismo tiempo, mantener o reducir los costes preservando la sostenibilidad del SNS.

En este contexto la creación de valor en los servicios sanitarios debe impulsar una nueva cultura contractual en el ámbito de la salud. La creación de valor en salud (VBHC) debe ser parte de la estrategia de la contratación pública, armonizando tanto el valor clínico de las innovaciones terapéuticas promovidas por la industria, como un valor económico para el propio sistema sanitario¹¹. De este modo, cada producto o servicio de salud que se adquiera ha de proporcionar también un beneficio económico que puede consistir en mayor eficiencia, reducción del gasto para los sistemas sanitarios o la ampliación del acceso a las terapias para más pacientes que se puedan beneficiar de ellas. Y el «freno» que suponía el manejo de datos parece fácilmente superable en el actual escenario de digitalización y manejo de *big data*¹².

Asimismo, los mecanismos de colaboración público-privada alcanzan una nueva dimensión, que debe superar resistencias ideológicas, pues lo importante es que la calidad asistencial de los ciudadanos, respetando la equidad del modelo, permita la más alta «tasa» de calidad¹³.

La LCSP de 2017 ha introducido importantes novedades que habilitan una nueva forma de contratar alejada de principios economicistas simples, apostando claramente por la calidad, lo que se alinea con el objetivo de creación de valor en el ámbito de las prestaciones sanitarias¹⁴. En la situación actual,

¹¹ El principio que define la estrategia colaborativa que atiende al VALOR se concentra en el desarrollo de una innovación significativa a nivel terapia, procedimiento y sistema; aprovechar las capacidades y experiencia de las empresas y centros hospitalarios para armonizar el valor entre los distintos participantes del sistema sanitario; y además ampliar el acceso global a las terapias. En ese contexto, *la adquisición de valor aconseja migrar del tradicional contrato de suministros al contrato de servicios que frente a la adquisición de cosas permite la compra de soluciones y de innovación al sistema*. Es decir, de un modelo de pago por volumen o procedimiento a un modelo de pago en salud por resultado conseguido, que permite facilitar la cooperación con una mayor integración de las empresas en los procesos internos y externos del control del paciente y los resultados en salud a la vez que focalizar los esfuerzos en aquellas áreas donde se pueda aportar mayor valor por parte de todos los *stakeholders* del proceso.

¹² Especial repercusión ha de tener el internet de las cosas (IoT) en el ámbito sanitario, que ha de permitir que la asistencia sanitaria sea más eficiente, rápida y concreta y que los profesionales de la salud puedan extraer datos de dispositivos médicos, aplicaciones móviles e incluso chips integrados en nuestros cuerpos para ayudar a diagnosticar la salud del paciente de manera más rápida. Los datos clínicos agregados ayudan a llenar los vacíos en la memoria de eventos de los pacientes.

¹³ La colaboración público-privada es de especial interés en la innovación de los medicamentos. Al respecto conviene destacar el Reglamento (UE) núm. 557/2014 por el que se establece la Empresa Común para la Iniciativa sobre Medicamentos Innovadores.

¹⁴ Hay que recordar que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta

en la que la crisis provocada por el covid-19 aconseja obtener conclusiones que permitan una mejor anticipación y una respuesta más eficaz ante las crisis sanitarias, es oportuno delimitar el significado para la gestión sanitaria pública de las nuevas formas de adquisición de servicios y tecnología sanitaria con valor añadido (a través de colaboración público-privada, mediante técnicas contractuales u otros mecanismos) y los límites europeos y nacionales, condicionados puesto que se prestan servicios «dirigidos a ciudadanos» y vinculados a prestaciones básicas que forman parte del «núcleo» del Estado social. Y aquí la eficiencia, recordamos, no puede ser interpretada desde la perspectiva única de eventuales ahorros de costes, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio.

Para ello es necesario revisar nuestro modelo de contratación en el ámbito de la salud y superar la inercia del «siempre se ha hecho así» y avanzar hacia una gestión diseñada desde la estrategia y no desde la burocracia¹⁵. Hay que dirigirse hacia una compra pública «inteligente» en el ámbito de las prestaciones sanitarias para obtener más valor y mejor sostenibilidad financiera del sistema.

En la construcción del nuevo modelo deben superarse apriorismos ideológicos que contraponen lo público y lo privado como formas de gestión incompatibles. El interés público se puede satisfacer, como ya se ha explicado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la iniciativa privada. Esto plantea nuevos retos para la gestión de la contratación pública, utilizada como principal herramienta para la ejecución de las políticas públicas, lo que aconseja una reflexión sobre las formas de gestión de los servicios públicos y actividades de interés general y su encuadre en la lógica del Estado de bienestar. No se trata de «privatizar» la salud como derecho subjetivo de los ciudadanos, sino de mejorar la calidad «sumando» a la empresa privada, lo que permite alinear el valor tanto en interés del socio privado como del sistema sanitario y «caminar más lejos todos juntos».

Para preservar el equilibrio entre eficiencia y calidad del sistema de compra en el ámbito sanitario hay que explorar nuevas fórmulas de gestión contractual y de compra agregada que permitan implantar una nueva gobernanza en este ámbito de la salud (asumiendo cierto riesgo de fracaso)¹⁶. En esta nueva arquitectura de prestación de servicios sanitarios que incorporan

prestación, del mismo. Se habilita que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, así como que se diseñe un régimen singular de contratación. Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, 2018, pp. 12-66.

¹⁵ Se trata de evitar, como aconsejan las instituciones europeas, la sobreregulación: avanzar en simplificación efectiva. «La Comisión debe introducir directrices detalladas sobre simplificación a fin de informar a los Estados miembros y a sus regiones acerca de su cometido de eliminar, o al menos de reducir significativamente, la carga administrativa y la sobreregulación que se observan, a escala nacional y local, en los procesos de contratación pública, [...] intentando evitar cambios frecuentes en las normas, simplificar el lenguaje y uniformizar los procedimientos», como se dice en la *Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2015 [2015/2772 (RSP)]*. Vid. J. TEJEDOR BIELSA, *La contratación pública en España ¿sobreregulación o estrategia?*, Cizur Menor, Civitas, 2018.

¹⁶ Vid. AA.VV., *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Barcelona, Cámara Comercio Barcelona/Esade, 2019.

innovación en la gestión o en la solución tecnológica, una posibilidad interesante ya aludida es, sobre la estructura de un contrato de servicios, articular acuerdos de riesgo compartido, que resultarán especialmente indicados en supuestos de compra de servicios sanitarios innovadores. En estos casos, la determinación del precio del servicio dependerá de los resultados de salud o del cumplimiento de objetivos previamente determinados, que operan como incentivos de una mejor ejecución que comporta mayor calidad de la prestación. La utilización de un sistema de retribución vinculado en el ámbito sanitario en el modelo del *Value-Based HealthCare* pasa no solo por medir los resultados, sino por medir correctamente las cosas correctas, supondría abandonar en algunos casos el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) a favor de un modelo de «pago en salud por resultado conseguido». Mecanismo que puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles como son las sanitarias¹⁷. Como indicase M. Porter, la mejora en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión, lo que aconseja medidas rigurosas de valoración de resultados o *outcomes* y de costes, para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato¹⁸. En esta línea, contratos con riesgo compartido permiten eliminar las disfunciones existentes sobre efectividad de resultados terapéuticos y el precio satisfecho por servicios sanitarios que no han aportado mejoras.

Este modelo, con ejemplos de éxito que acreditan su viabilidad en España¹⁹, encuentra como principal dificultad, además de la tradicional resistencia a los cambios, la falta de información (por un alto volumen de datos) y la alta variabilidad y complejidad asistencial. Pero los resultados de mayor valor (mejor atención al paciente) y mejor sostenibilidad financiera deben servir de estímulo (por ello, no parece adecuada una política de precios de referencia, en tanto limita y condiciona la potencialidad del modelo).

Los acuerdos de pago por resultado o riesgo compartido caben claramente en la LCSP en virtud del art. 102.6, que permite que el precio del contrato varíe en función del cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento²⁰. Esta especificidad en el precio no va acompañada de un procedimiento es-

¹⁷ Esta opción no quiebra el mandato de que el precio sea cierto, pues en todo caso hay parámetros objetivos de determinación. Vid. A. PEÑA OCHOA, «Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, p. 950.

¹⁸ M. PORTER y T. LEE, «The strategy that will fix Health Care», *Harvard Business Review*, October 2013 issue, accessible en <https://hbr.org/2013/10/the-strategy-that-will-fix-health-care>. Propuesta iniciada por Porter en su libro (con E. TEISBERG), *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, Harvard Business Scholl Press, 2006.

¹⁹ Entre otros, pero como «bandera» puede reseñarse la licitación por el Hospital de San Pau (2016) del Servicio de abordaje integral del procedimiento asistencial, mejorado con las tecnologías digitales, de pacientes con desfibriladores automáticos implantados (DAI), incluyendo la resincronización cardíaca. Otros ejemplos en la presentación de R. MEDINA, «El pago por resultados en las compras de salud, ¿Hacia un nuevo estándar?», en el III Congreso anual del Observatorio de Contratos Públicos (Zaragoza, 2019). http://www.obcp.es/sites/default/files/2019-11/Taller3_Roberto_Medina.pdf.

²⁰ «Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso».

pecífico para la licitación de los contratos que incorporen esta modalidad de fijación del precio, por lo que se aplican las normas generales. No obstante, no parece posible aplicar un procedimiento abierto ni restringido, porque seguramente el riesgo compartido tiene sentido en fármacos con considerable complejidad clínica y por tanto se requerirá la participación del laboratorio en la definición de los objetivos a alcanzar, al ser determinante para su determinación el rendimiento específico esperable del fármaco. Resultará particularmente adecuado un procedimiento negociado sin publicidad, al que con carácter general podrá acudir cuando los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un determinado operador económico por la existencia de derechos exclusivos, especialmente derechos de propiedad industrial o de protección adicional de la «exclusividad de datos» [art. 168 a), 2.º LCSP]. En el caso de adquisición de servicios sanitarios o medicamentos innovadores sería ordinariamente la existencia de una patente o un certificado complementario de protección lo que habilitará esta posibilidad.

Esta propuesta de una nueva arquitectura de la compra pública de salud alejada del simple precio y que pivota en el mayor valor de la prestación descansa en la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad y no tanto en quien lo presta que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público²¹. Y lo que importa, reiteramos, no es ahorrar sino conseguir, con los recursos disponibles, la mejor calidad de prestación (opción contemplada, como se ha explicado, en el art. 67.2 de la Directiva de contratación pública)²².

2. LA ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS AL MARGEN DE LA NORMATIVA GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. UNA OPCIÓN VÁLIDA COMPATIBLE CON LOS PRINCIPIOS PÚBLICOS EN LA GESTIÓN PÚBLICA EN SALUD

El conjunto de circunstancias concurrentes ha llevado a que en otros Estados miembros de la Unión Europea se adopten mecanismos de compra de medicamentos al margen de la contratación pública, como es el caso del sistema *open house* utilizado en Alemania y considerado conforme al Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 2 de junio de 2016,

²¹ J. ESTEVE PARDO, «La Administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39. ID., *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, Innapp Investiga, 2015. Frente a la óptica prestacional directa prevalece la función ordenadora y reguladora de las instituciones públicas, como bien advirtió el profesor S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Thomson Civitas, 2004, pp. 1172 y ss.

²² El precio predomina, sin ningún tipo de justificación, sobre los criterios técnicos. Por lo demás, una política desproporcionada basada en solo precio —tenemos numerosos ejemplos—, se suele traducir en sobre costes ya sea como consecuencia del desplazamiento terapéutico o por rotura de *stock* y desabastecimiento. Y en un modelo ideal y sostenible de compra pública de medicamentos y vacunas, los criterios técnicos de adjudicación deberían primar sobre los económicos, al contrario de lo que ocurre actualmente. Así lo argumentan N. ZOYAYA GONZÁLEZ, I. CUESTA ESTEVE, A. J. GARCÍA ROJAS, F. MARTÍNÓN-TORRES, E. REDONDO MARGÜELLO, S. TAMAMES GÓMEZ, «Análisis de criterios para la adquisición de vacunas en España: en busca de un modelo ideal sostenible», *Vacunas*, 20 (1), octubre 2019, pp. 7-8.

Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit (ECLI:EU:C:2016:399)²³. El sistema referido consiste en la determinación de una serie de requisitos a cubrir por los potenciales proveedores, entre ellos un determinado descuento respecto a un precio de referencia, permaneciendo abierta la posibilidad de incorporación de nuevas empresas proveedoras durante toda la vigencia del acuerdo. Ante la reclamación de un particular, que pretendía que se aplicasen los mecanismos de la contratación pública y, en consecuencia, que se seleccionase a un único proveedor, el Tribunal de Justicia considera justificada la no aplicación de la normativa de contratación pública, con la única cautela de que se preserve suficientemente la transparencia. Como señala el Tribunal de Justicia, en su fundamento 42, «no constituye un contrato público a los efectos de dicha Directiva un sistema de acuerdos, como el que es objeto del litigio principal, mediante el cual una entidad pública pretende adquirir bienes en el mercado contratando, a lo largo de toda la vigencia de dicho sistema, con todo operador económico que se comprometa a suministrar los bienes de que se trate en condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo una selección entre los operadores interesados y permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia de este».

En todo caso, deberá existir un contrato (derivado de un acuerdo público de adquisición) que determine las relaciones entre Administración y empresa.

Con la finalidad de preservar la mejor relación entre eficiencia y adecuada gestión sanitaria sería posible diseñar un sistema de adquisición de medicamentos donde no se licite, al existir ya un precio determinado mediante un procedimiento administrativo, negociado entre Administración y laboratorio farmacéutico, e incluso en algunos casos acuerdos de riesgo compartido o techo de gasto incorporados al mismo, regulando por tanto las condiciones de dicha adquisición, que se aplicarán a las adquisiciones por la entidades integradas en el Sistema Nacional de Salud que constituyan poder adjudicador. Acuerdo de adquisición donde, lógicamente, serán de aplicación, en tanto decisión pública, las prerrogativas públicas que reconoce el ordenamiento vigente.

Cuestión que, por lo demás, se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la LCSP al afirmar que los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador,

²³ Sobre el fundamento y límites de este modelo resulta de especial interés el trabajo de S. DÍEZ SASTRE, «Contratos “open-house”: comprar sin licitar», *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica* (nueva época), núm. 15, 2021. Este trabajo expone el contexto de surgimiento de los contratos *open-house* en el Derecho alemán y su tratamiento en el Derecho europeo. A continuación, propone un concepto de «open-house» al que se anuda un régimen jurídico determinado, especialmente en clave procedimental y, finalmente, reflexiona sobre el encaje de esta figura en el Derecho español.

sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Esta posibilidad (al igual que en la acción concertada en servicios sociales mediante la Ley 12/2018) ha sido desarrollada por la Comunidad Autónoma de Baleares y por Navarra²⁴. Con claros título competenciales en la materia de gestión sanitaria en aras a la mejor prestación de salud a los ciudadanos, ofrecen posibilidades de dar respuesta a la problemática expuesta y que se justifica como solución jurídica para mejorar y articular un sistema de compras sanitarias eficiente, que permita poner remedio a la situación denunciada por los diferentes órganos de control del gasto público en la concreta gestión del gasto hospitalario diario (debe recordarse de que el Derecho se debe adaptar a la realidad y no la realidad al Derecho, así como que cualquier interpretación jurídica exige una visión completa del ordenamiento jurídico y de los distintos principios aplicables)²⁵. Si bien es cierto que esta norma que puede parecer rupturista con la inercia administrativa, no lo es menos que se enmarca como uno de los retos jurídicos y oportunidades de transformación. Y puede servir de ejemplo el modelo de Adquisición temprana de vacunas promovido por la Comisión para seleccionar distintas vacunas frente a la covid-19, donde los Estados adheridos a este modelo adquirirán directamente sin que sean de aplicación las normas de contratación pública²⁶.

Esta singularidad, como se ha explicado, pretende garantizar la mejor solución terapéutica a los pacientes atendiendo a las singularidades organizativas propias y no compromete los principios de libertad de acceso, trans-

²⁴ Sirva de argumentación la regulación del modelo de las denominadas «subastas andaluzas», que, desde la perspectiva de distribución competencial, fue declarado constitucional por la STC núm. 210 de 15 de diciembre de 2016 (confirmada por la Sentencia núm. 7/2017 de 19 de enero). El Tribunal Constitucional ha considerado que la materia de la dispensación de medicamentos se enmarca en la regulación sobre sanidad, materia en la que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen competencias concurrentes. El Estado debe preservar la existencia de una regulación uniforme mínima para todo el territorio, pero las Comunidades Autónomas pueden regular sobre la misma, mejorándola, siempre que no se contravengan las exigencias impuestas por el llamado principio de solidaridad. Basándose en dicho principio, la argumentación del Alto Tribunal se centró en determinar si el establecimiento del sistema de la subasta andaluza suponía una modificación del sistema de dispensación previsto en la Ley de garantía del medicamento y se traducía en una restricción del ámbito objetivo de dispensación de los medicamentos en una parte del Estado. El Tribunal concluyó que, en la medida que la selección del medicamento de menor precio a dispensar por parte de la oficina de farmacia la realiza el Sistema Andaluz de Salud –y no las oficinas de farmacia, tal y como sucede con carácter general en el sistema nacional de conformidad con el art. 87.4. de la Ley de garantía del medicamento–, pero la iniciativa no supone establecer diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos financiados por el Sistema Nacional de Salud.

²⁵ Un importe muy significativo del gasto en medicamentos se venía realizando a través de contratación verbal. La Sindicatura de Cuentas de Baleares, en su Informe 151/2018, de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, ejercicio 2016, aprobado el 11 de octubre de 2018, detecta que el Servicio de Salud de las Illes Balears ha llevado a cabo contratación por 283 millones de euros sin seguir el procedimiento legal. El problema no existe únicamente en Baleares. Se trata de un mal sistémico sin solución de continuidad, denunciado por el Tribunal de Cuentas en todos los hospitales de titularidad pública. La mayor parte de sus adquisiciones de medicamentos y productos farmacéuticos (el 92,9 por 100 del gasto en medicamentos en 1999 y el 90,5 por 100 en 2000) se ha realizado al margen de los procedimientos de contratación pública. Negar la evidencia no soluciona el problema.

²⁶ Comunicación de la Comisión *Estrategia de la UE para las vacunas contra la COVID-19*, de 17 de junio de 2020. COM (2020) 245 final. (epígrafe 2.1).

parencia, igualdad, no discriminación, vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato, dado que los principios de aplicación son otros distintos, y la negociación sobre de precios ya se ha producido (bien puede considerarse que esa negociación en la comisión interministerial es una especie de Acuerdo Marco con varios licitadores de la que derivan luego los contratos derivados). En fármacos exclusivos bastará con su contratación derivada y cuando sean medicamentos en competencia se seleccionarán conforme a selectivos (al igual que en los sistemas de acción concertada o en la compra pre-comercial).

En esta línea, la Ley Foral de Navarra 17/2021, de 21 de octubre, *por la que se modifica la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos*, regula la adquisición de medicamentos de uso hospitalario estableciendo un sistema conforme al cual se fijan condiciones generales, que pueden incluir o no rebajas sobre el precio administrativamente establecido de financiación a cargo del Sistema Nacional de Salud, abiertas a una pluralidad de proveedores, con la posibilidad de incorporación posterior de otros operadores económicos, en atención a la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una sentencia de 2 de junio de 2016 (Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit, asunto C-410/14, puntos 41 y 42). En este contexto, y con el fin de preservar la mejor relación entre eficiencia y la adecuada gestión sanitaria, se regula [mediante la exclusión de negocio excluido en el art. 7.1. m) y la inclusión de la Disposición adicional vigesimoprimera], un sistema de adquisición de medicamentos en el que se dispensa la licitación pública cuando ya exista un precio determinado mediante un procedimiento administrativo, negociado entre la Administración y el proveedor farmacéutico, e incluso, en algunos casos, acuerdos de riesgo compartido o de techo de gasto que se incorporan, con el que se regulan por lo tanto las condiciones de la adquisición, que se aplicará a las compras del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

Por lo demás, esta solución resulta avalada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia 2427/2021, de 16 de junio de 2021 (sobre Selección de medicamentos a dispensar por las farmacias del Sistema Andaluz de Salud: carece de naturaleza contractual y no supone restricción a la libre competencia) que recuerda la argumentación de su sentencia 852/2021, de 15 de junio (recurso de casación 8337/2019), en la que se desestimó el recurso de casación. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo sostiene que:

El procedimiento que determina los medicamentos a dispensar cuando se prescriban o indiquen por principio activo, y que se realizará mediante convocatorias públicas para la selección del medicamento, atendiendo al menor coste final de la prescripción, que luego deberá ser dispensado por las oficinas de farmacia cuando se presente una receta médica u orden de dispensación, no tiene naturaleza contractual [...] No estamos ante la formalización del contrato de suministro entre el laboratorio y la Administración, en virtud del cual el primero deba proveer de medicamentos a la segunda que se obliga al pago de un precio. Debemos reparar en que el titular de la oficina de farmacia, el farmacéutico, es quien adquiere los medicamentos que suministra el laboratorio, sin perjuicio de la repercusión de la financiación pública del precio del medicamento, que es una cuestión distinta y ajena al sistema de convocatoria pública. De modo que no se produce el característico intercambio patrimonial entre las partes que comporta la formalización de un contrato administrativo.

En definitiva, los convenios a suscribir por el Servicio Andaluz de Salud con los laboratorios farmacéuticos o las empresas proveedoras de productos sanitarios seleccionados, con un plazo de vigencia no superior a dos años (art. 60 *quater* de la Ley 22/2007), una vez celebrada la convocatoria pública, no son contratos sujetos a la legislación de contratos del sector público [...] *tampoco el procedimiento descrito supone una restricción a la libre competencia [...]*.

En definitiva, que hay soluciones jurídicas alternativas al contrato público tradicional para la compra hospitalaria de medicamentos, pues, en esencia, como se ha explicado, no existe un contrato público y lo que realmente interesa es disponer de la mejor solución (que pueden ser varias) terapéuticas para dar respuesta a la singular necesidad del ciudadano (en su condición de paciente).

3. HACIA UN NUEVO MODELO DE ADQUISICIÓN DE SALUD QUE PONGA LA ATENCIÓN EN EL VALOR Y NO EL PRECIO

En el sector salud la colaboración entre lo público y privado son esenciales mecanismos de negociación basados en la técnica del *win to win*, lo que permitirá alinear el valor en interés del socio privado y del sistema sanitario. Todos los participantes del sistema sanitario tienen una función que desempeñar y deben implicarse en este proceso de cambio: trabajando conjuntamente se podrían alcanzar mejores resultados en la salud de los pacientes y preservar la sostenibilidad financiera del sistema público de salud. Lo importante, lo definitivo, es que en la decisión que se adopte prevalezca la idea del nivel óptimo de gestión²⁷.

El contexto sanitario actual obliga a garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar —por supuesto— los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración sanitaria diligente.

La construcción del Derecho europeo de la contratación pública ha exigido un importante esfuerzo para resolver problemas de gran repercusión práctica como lo es el ámbito de aplicación subjetiva (y para ayudar a fortalecer las esencias conceptuales del Derecho administrativo, evitando una fuga de los principios *vis-à-vis* entes instrumentales). Sin embargo, la necesaria uniformidad jurídica interpretativa en el ámbito objetivo ha sido una cuestión olvidada quizá por la inercia de nuestra tradición jurídica cuya arquitectura ha pivotado sobre el contrato administrativo fijando la atención en el criterio subjetivo de quien es el sujeto contratante. No se trata de poner en cuestión la naturaleza y alcance del poder adjudicador, ni de determinar en qué caso determinadas necesidades que se deben «externalizar» por un poder adjudicador tienen la consideración de contrato público o no. Lo que exige

²⁷ Vid. F. CAAMAÑO, J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS, *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Barcelona, Profit, 2017.

una visión amplia del ordenamiento jurídico, más allá de una interpretación descontextualizada de la LCSP y donde hay que poner en cuestión la inercia administrativa del «siempre se ha hecho así». Que sea o no un contrato público es una cuestión que se debe interpretar desde el Derecho Administrativo europeo y sus principios, y donde, como es habitual en todo negocio jurídico, será necesario atender a la causa y fines que han justificado la decisión en cuestión²⁸.

Y donde ya existe una técnica regulatoria pública de gran intensidad, como lo es la de fijación de precios, no parece oportuno (en una visión horizontal de los principios del derecho y la gestión pública) utilizar otras técnicas claramente opuestas o contradictorias, que pueden poner en jaque el funcionamiento correcto del modelo y de sus fines. Por ello, un modelo de adquisición de medicamentos al margen de la Ley de Contratos del Sector Público no solo es viable, sino que resulta aconsejable. Y, para ello, en tanto el Estado no imponga una solución, el margen competencias autonómico en materia de sanidad ampara la opción de regulación a nivel Comunidad Autónoma en tanto permite una gestión más eficaz y eficiente de la gestión pública en esta materia. Y así lo ha admitido claramente el tribunal Constitucional al analizar competencialmente el modelo de «subastas de medicamentos» de Andalucía.

La evidente relevancia y relación directa de productos como los medicamentos con derechos humanos básicos es lo que justifica la existencia de un modelo regulatorio de los precios públicos de los medicamentos que se van a financiar a cargo del Sistema Nacional de Salud: una regulación especialmente intensa, diseñada sobre la premisa de «armonización» de intereses públicos y privados. Como ya hemos señalado, no puede olvidarse que en cuestiones como la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud no parece conveniente la adopción de una posición cerradamente economicista, cerrada a criterios de calidad postulados por el legislador en la vigente Ley de Contratos del Sector Público, más en cuestiones tan delicadas como las prestaciones públicas en materias como la salud (en este sentido me he pronunciado en el trabajo «La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema»²⁹).

²⁸ Lo que es negocio excluido de la Directiva de contratación pública debe entenderse como negocio excluido de la normativa nacional de transposición de las Directivas, tal y como, con los servicios de abogados en defensa jurisdiccional ha declarado la STJUE de 6 de junio de 2019, —asunto C-264/18—. Al respecto puede consultarse J.M. GIMENO FELIÚ, «Análisis sobre la aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público; especial referencia a los artículos más complejos en su tramitación», *Cuadernos de Derecho Local*, 52, 2020, pp. 12-103.

²⁹ En extenso, J.M. GIMENO FELIÚ, «La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 202, 2019, pp. 325-340. En este trabajo se cuestiona la visión economicista de la AIREF en relación con la adquisición de medicamentos. Hay que recordar que los modelos para facilitar un precio bajo homogéneo en la adquisición de vacunas se han traducido, a modo de «fuego amigo», en la caída de la tasa de cobertura de la vacunación y no ha contribuido a su recuperación. Y lo que aquí importa, lógicamente, es la mayor cuota de inmunización.

El nuevo enfoque sobre la salud —especialmente impulsado como consecuencia de la pandemia— implica un mayor esfuerzo presupuestario de inversión y otra perspectiva en la consecución de mejores resultados: el énfasis no debe estar en la asunción como gasto y sino en las inversiones que pueden rendir más que un recorte de costes en la atención sanitaria o en la reducción de precios a los proveedores³⁰. La nueva era de la asistencia sanitaria es una realidad que obliga a replantear nuestro modelo de «compra de salud» desde la óptica de los resultados, que permite flexibilizar el acceso con la posibilidad de compartir riesgos, genera coste-efectividad y alinea objetivos de sostenibilidad del sistema sanitario con los industriales (rendimiento adecuado a la innovación). Por supuesto, esta nueva visión exige reforzar la transparencia y la rendición de cuentas³¹.

En la indiscutible misión de mejorar la salud individual y colectiva, es inquestionable el potencial de la tecnología actual y los nuevos servicios farmacéuticos, tanto a corto como a largo plazo, obligando a adoptar una más moderna mentalidad, centrada en el paciente con el aprovechamiento de la experiencia y la aplicación necesarios para marcar la diferencia para los pacientes, los proveedores y los sistemas sanitarios en su conjunto. Por ello, la diferenciación de técnicas en función de la adquisición en función de la compra con receta en farmacia por los ciudadanos conforme a los precios de referencia (sin que exista ningún tipo ulterior de posibilidad de compra pública) o se trate de adquirir por los servicios de farmacia hospitalarios carece de racionalidad y puede romper el necesario principio de equidad en la asistencia sanitaria, en tanto los pacientes hospitalarios pueden ver limitadas las opciones terapéuticas por una indebida visión economicista que compromete el derecho fundamental de la salud³².

La experiencia de la adquisición de vacunas para inmunizar a la población frente al covid-19 debe servir de reflexión sobre la conveniencia de los principios de tensión competitiva de la contratación pública «ordinaria» en un mercado como el de los medicamentos. Aquí no ha existido contrato público (pues la técnica no se puede confundir —ni comprometer— con el fin público principal)³³.

³⁰ Con la pandemia INGESA ha insistido en este modelo de «incentivos al ahorro de precios» lo que puede poner en cesión el modelo de asistencia pública. Puede consultarse S. BELLO PAREDES, «COVID-19 y contratación pública: un peligroso cóctel en España», *Revista de Administración Pública*, 213, pp. 373-403.

³¹ Me remito a mi trabajo «Integridad y transparencia en la contratación pública y su significado en tiempos de emergencia», *Anuario Transparencia Local*, 3/2020, pp. 13-40.

³² Cuestión sobre la que ya ha advertido el Defensor del Pueblo en 2016, al considerar que las subastas del Sistema Andaluz de Salud suponen un «menoscabo del principio de igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias» de los andaluces en relación al resto de los españoles. Y ello, añade el Defensor, porque «excluye de la financiación y dispensación, para toda Andalucía, medicamentos a los que puede tener acceso el resto de la población en el marco del Sistema Nacional de Salud».

³³ La experiencia ha puesto de relieve que los contratos europeos deberían haber sido más proactivos con la mejor ejecución (y no solo la adquisición) utilizando modelos de pagos con riesgo compartido y sistemas de *bonus* para favorecer la más rápida distribución del mayor número posible de dosis. Igualmente, la utilización de cláusulas genéricas como la del *its Best Reasonable Efforts* (que pretende determinar la intensidad del esfuerzo que la empresa debe realizar para alcanzar el resultado final) se ha demostrado como insuficiente y no ha evitado retrasos no deseados en el concreto suministro de las vacunas pactadas (paradigmático es lo sucedido con

En definitiva, contemplar la adquisición de medicamentos (o vacunas o servicios de tecnología innovadora) por el SNS como un modelo de compra de suministro «ordinario» (en muchas ocasiones con clara ausencia de planificación y de estrategia de «luces largas») es notoriamente una visión errónea, que se aleja de los principios regulatorios del derecho de salud (si olvidar su dimensión de derecho fundamental) y que implica desconocer la realidad singular del «mercado de los medicamentos». Alineadas con esta visión se encuentra, recordamos, la legislación de Baleares o de Navarra, que han optado por excluir del concepto de contrato público de suministros de la LCSP la adquisición de medicamentos. Se trata de la Ley 2/2020, de 15 de octubre, *de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la covid-19*, y Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, *por la que se modifica la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos*, y han regulado un sistema de adquisición de medicamentos en el que se dispensa la licitación y queda al margen de los procedimientos de contratación pública por el hecho de que ya existe un precio determinado mediante un procedimiento administrativo, negociado entre la Administración y el proveedor farmacéutico, e incluso, en algunos casos, acuerdos de riesgo compartido o de techo de gasto incorporados al mismo, con el que se regulan por lo tanto las condiciones de la adquisición. En estos casos, el servicio de salud podrá adquirir directamente los medicamentos.

La experiencia de otros países europeos sobre esta cuestión, donde no se aplica la contratación pública dado se aplica un sistema de precios públicos, avala el planteamiento expuesto, del que se deduce fácilmente que el derecho europeo no obliga, en modo alguno, a considerar la adquisición de medicamentos como contrato público³⁴. Ni, por supuesto, que no sea necesario un

AstraZeneca). Estas «debilidades» de los contratos y, a mi juicio un indebido peso del criterio precio han podido ser causa del ritmo lento del suministro efectivo de vacunas.

³⁴ En Italia el modelo de adquisición de medicamentos deriva directamente tras la determinación del precio a satisfacer fijado públicamente por la autoridad competente. Así, el Decreto del Ministerio de Salud, de 22 de diciembre de 2000, contiene «La lista de medicamentos reembolsables por el servicio nacional de salud», informa, en el Anexo 2, una lista de medicamentos relacionados con una lista de ingredientes activos que pueden ser distribuidos directamente por los establecimientos de salud a través del Sistema «bidireccional», es decir, tanto a través de las farmacias locales como a través de las estructuras territoriales de la ASL. Además, la ley del 16 de noviembre de 2001, núm. 405, de «Conversión en ley, con modificaciones, del decreto-ley de 18 de septiembre de 2001, núm. 347, que contiene intervenciones urgentes en el ámbito del gasto sanitario», en el art. 8 identifica los siguientes métodos de dispensación de medicamentos: un primer método de distribución que prevé la posibilidad de que los establecimientos de salud adquieran los medicamentos incluidos en el PHT directamente a las empresas farmacéuticas a precios rebajados de al menos el 50 por 100, y los distribuyan a través de farmacias afiliadas públicas y privadas, en base a convenios; los medicamentos, por tanto, se venden al precio de compra a los mayoristas, que abastecen a las farmacias. En este caso, a los farmacéuticos y mayoristas se les conceden márgenes más bajos para las actividades de distribución, que son más convenientes para el NHS que lo que sería a través de la cadena de distribución tradicional: industria farmacéutica, mayoristas, farmacias; un segundo método (llamado «puro»), identificado por la letra b) prevé el suministro directo por parte de las empresas de salud de los medicamentos necesarios para el tratamiento de los pacientes en la atención domiciliaria, residencial y semi-residencial; una tercera modalidad, adoptada de diferentes formas en las distintas Regiones, prevé, finalmente, la distribución directa de solo el primer ciclo de terapia a los pacientes

nuevo modelo de pago por resultados. frente a la inercia del precio, descuento y volumen³⁵.

Las reflexiones propuestas pretender facilitar soluciones (también una nueva visión menos burocrática y menos economicista) que permitan un adecuado equilibrio no solo entre todos los intereses públicos con presencia inmediata en el ámbito de la compra pública de servicios de tecnología innovadora (y de terapias), sino también de intereses privados como colaboradores en la prestación del interés general, cuya colaboración es imprescindible si el fin es preservar la mejor calidad de la prestación sanitaria, compatible con la sostenibilidad financiera del sistema sanitario público en España³⁶.

Como ya se ha señalado, la incorporación de la estrategia a la contratación pública es algo asumido en nuestra legislación de contratos europea y nacional. En ciertos sectores se han asumido estos elementos estratégicos como meros mecanismos para evitar el *dumping* social o ambiental que empresas situadas en países en vías de desarrollo hacen a las empresas europeas, también en el ámbito de la contratación pública. Sin embargo, en el ámbito de los medicamentos es evidente que la «estrategia» tiene que ir mucho más allá. En este sentido, es preciso tener en cuenta lo establecido en la Comunicación de la Comisión «Pharmaceutical Strategy for Europe» COM(2020) 761 final. Brussels, 25.11.2020 (énfasis añadido):

La estrategia farmacéutica para Europa se asentará sobre estas bases. Fomentará el acceso de los pacientes a *medicamentos innovadores y asequibles*, apoyará la competitividad y la capacidad de innovación de la *industria farmacéutica* de la UE, desarrollará la autonomía estratégica abierta de la UE y garantizará unas *cadena de suministro sólidas* para que Europa pueda cubrir sus necesidades, incluso en tiempos de crisis.

Es decir, se está preconizando una política industrial que asegure que el sector farmacéutico (más bien todo el sector salud) proporcione un suministro seguro y de calidad al sector sanitario europeo. Ciertamente, la preocupación medioambiental también es un elemento relevante en la Estrategia Farmacéutica para Europa, aunque aquí estamos hablando más de contaminación —protección de la salud humana y la biodiversidad— que de lucha contra el cambio climático:

dados de alta de la hospitalización o tras las consultas externas de especialistas. Finalmente, el art. 11, apartado 8, de la citada ley 122/2010 establece que, en la Conferencia Permanente para las Relaciones entre el Estado, Regiones y Provincias Autónomas, se establecen pautas para incrementar la eficiencia de los Fideicomisos Sanitarios en las actividades de adquisición almacenamiento interno y distribución de medicamentos adquiridos directamente, incluso mediante la participación de mayoristas.

³⁵ El modelo precio supone un claro desincentivo a la calidad que puede conducir a una situación de no provisión del medicamento o de la vacuna (lo que obligaría a una adquisición posterior a precios elevados). Lo explican bien los profesores P. PITA BARROS y F. MONTEIRO, *On self-defeating Price only tenders: evidence from the Portuguese vaccine market*, Manuscrito Nova school of Business and Economic, Lisboa.

³⁶ La digitalización en la salud debe marcar una nueva época. Los fondos europeos se alinean con este objetivo (que exige proteger la confidencialidad de datos), que deben ser el motor de impulso para un nuevo modelo de salud 4.0. Sobre este modelo de digitalización en salud resulta de interés el trabajo de A. LABRIQUE, L. VASUDEVANL, G. MEHL, E. ROOSKAM, A.A. HYDER, «Digital health and health systems of the future. Global Health», *Science and Practice*, 6, Suppl. 1, 2018, pp. 1-2.

La estrategia es también complementaria al Pacto Verde Europeo y, en específico, al objetivo cero en materia de contaminación para un entorno sin sustancias tóxicas, principalmente a través del impacto de las sustancias farmacéuticas en el medio ambiente». Una contratación pública estratégica y proactiva y no meramente reactiva, que ponga en valor la calidad de la prestación. La LCSP posibilita ya esta nueva «lectura» innovadora de cómo adquirir medicamentos y vacunas, ya sea como negocio excluido, ya lo sea como un proceso —que pivota sobre el paciente (y no sobre la gestión de la organización)— migrando del contrato de suministros a un moderno contrato de servicios digitalizado (con capacidad de «medir»), con pago por resultados y riesgos compartidos y con plazos largos que garanticen predictibilidad (no puede desconocerse la complejidad de producción de ciertos medicamentos y en especial de las vacunas)³⁷. Esta «relectura» exige un cambio de mentalidad de los distintos actores implicados para abandonar la práctica del precio más bajo como factor determinante para la selección de un único proveedor y avanzar hacia un modelo multi-criterio, apoyado en el valor, y multi-adjudicatario, donde la decisión final se debe compartir entre el gestor público y el médico prescriptor, con la mirada final en el paciente y su mejor atención.

La salud no tiene precio, es cierto, pero debemos cambiar ciertas rutinas e inercias para repensar nuevas formas de gestión de la sanidad que, desde una perspectiva holística centrada en el paciente como principal actor, permitan avanzar hacia modelos más eficientes, equitativos y con dinámica transformadora. Y el ámbito de la salud es una oportunidad para avanzar al cambio: del precio al valor, de la concepción como gasto a la de inversión, de la desconfianza al triple *win*: ente contratante, empresa contratista proveedora de soluciones y el ciudadano en ocasiones paciente) al que se dirige la prestación. Una oportunidad para un nuevo modelo de gestión que facilite avanzar del suministro al proceso, del procedimiento al proyecto (solución) con resultados. Anticipación, cooperación y colaboración, simplificación y agilidad como nuevos referentes, para consolidar los desafíos de una eficaz política de compra pública y salud.

En definitiva, una nueva cultura de la adquisición pública de «prestaciones» en el ámbito de la salud como inversión y no como gasto. Como herramienta al servicio de políticas públicas y no como un fin en sí mismo³⁸. Una

³⁷ La experiencia práctica nos ha permitido constatar que los sistemas de pago o reembolso de los proveedores sanitarios que descansan en el modelo de pago por actividad o pago por capitación presentan no pocas limitaciones e incluso distorsiones, pues ofrecen algunos «incentivos perversos» que pueden repercutir de forma negativa en la calidad o en la eficiencia de la protección de la salud pública y de la asistencia sanitaria. Para el caso de las vacunas, por ejemplo, N. ZOZAYA GONZÁLEZ, B. ALCALÁ REVILLA, P. ARRAZOLA MARTÍNEZ, J. R. CHÁVARRI BRAVO, I. CUESTA ESTEVE, A. J. GARCÍA ROJAS, F. MARTIMÓN-TORRES, E. REDONDO MARGÜELLO, A. RIVERO CUADRADO, S. TAMAMES GÓMEZ, J. VILLASECA CARMENA y A. HIDALGO-VEGA, «Pathway towards an ideal and sustainable framework agreement for the public procurement of vaccines in Spain: a multi-criteria decision analysis», *Human Vaccines & Immunotherapeutics*, 2020, pp. 1-12.

³⁸ Políticas públicas orientadas hacia los objetivos de desarrollo sostenible contenidos en la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el desarrollo sostenible, se presenta, ante todo, como un nuevo contrato social global y local que obliga a todos los actores sociales y a todas las Administraciones públicas a trabajar de forma coordinada. Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción», en J. ESTEVE PARDO (dir.), *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local, núm. 32, Madrid, Fundación y Democracia Gobierno Local, 2021, pp. 67-100. Los objetivos de desarrollo sostenible tienen, más allá de su

contratación pública de salud que articule, como advertíamos al principio de este trabajo, de forma armónica los denominados círculos de excelencia: excelencia de servicios (pensar primero en las personas), excelencia de procesos (hacer lo que toca sin burocracia indebida) y excelencia técnica (tener talento y conocimiento). Y esa es la verdadera cuestión de fondo para la que, seguramente, convendría una solución a escala europea³⁹.

4. PROPUESTAS PARA UN NUEVO Y MODERNO MODELO DE ADQUISICIÓN DE PRESTACIONES EN SALUD ALINEADAS CON LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Hoy se necesita una visión transversal del «mercado público de la salud» que se aleje de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial. Se confunde el procedimiento con el fin y se imponen «rutinas» sin valorar su impacto efectivo sobre la salud real. Los retos derivados de la gestión de los fondos *next generation* son la oportunidad para migrar del modelo formal del procedimiento a un modelo que ponga el acento en el proyecto y sus resultados.

El contexto sanitario actual obliga a garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar —por supuesto— los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración sanitaria diligente.

La nueva era de la asistencia sanitaria es una realidad que obliga a replantear nuestro modelo de «compra de salud», en especial de tecnología sanitaria y de soluciones farmacéuticas⁴⁰. Y para ello se presentan las siguientes PROPUESTAS:

1. La revisión del modelo de compra pública en salud, de la que el paciente es el principal pilar del sistema, resulta necesaria para conseguir una mejor cali-

marcado carácter didáctico, una clara incidencia en cómo los poderes adjudicadores deben diseñar la arquitectura de su contratación pública. Así, la Unión Europea ha decidido incluir los Objetivos de Desarrollo Sostenible en las políticas e iniciativas de la UE a todos los niveles, con el desarrollo sostenible como principio rector esencial de todas las políticas de la Comisión Europea.

³⁹ Quizá el próximo paquete legislativo europeo en la materia de contratos públicos (quinto) tenga que prestar especial atención a esta cuestión por su dimensión económica y social, donde la coordinación/armonización a nivel europeo se vislumbra como muy necesaria en el ámbito de la salud y de la adquisición de productos y servicios sanitarios.

⁴⁰ No se puede desconocer la Estrategia Farmacéutica Europea: a) Asegurar el acceso a medicamentos asequibles y abordar necesidades no cubiertas (enfermedades raras, cáncer infantil, resistencias antibióticas, etc.); b) Mejorar la preparación y respuesta ante las crisis, diversificar y asegurar el suministro de medicamentos y abordar los desabastecimientos; c) Apoyar la competitividad, innovación y sostenibilidad de la IF Europea y el desarrollo de medicamentos seguros, efectivos y más responsables con el entorno; y d) Garantizar soberanía europea en materia de medicamentos.

dad, una rápida respuesta terapéutica, una flexibilidad de soluciones atendiendo al resultado y una fácil incorporación de las innovaciones, especialmente en la gestión pública. En especial, debe promoverse elementos de sostenibilidad ambiental como aspectos irrenunciables⁴¹. De ahí el interés de, como ya se ha dicho, utilizar un modelo que ponga en valor, en línea con las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG, promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, junto de sostenibilidad social y de gobernanza.

2. El objetivo es conseguir el mayor valor en la prestación sanitaria (que pivota sobre el paciente), en un contexto también de necesidad de sostenibilidad económica. Con este objetivo hay que defender la oportunidad de cambios tanto en la adquisición de servicios y tecnología sanitaria (superando los límites del contrato de suministro) como en la adquisición de medicamentos o de tecnología sanitaria. La normativa sobre adquisición pública (y su concreta aplicación práctica) debe ser un instrumento para impulsar para la transformación y modernización de nuestro sistema sanitario, donde se debe incorporar criterios de calidad e innovación (en clave europea) que propicien una competencia sana en el mercado y aseguren la predictibilidad para garantizar la correcta prestación siempre, insistimos, desde la óptica de mejorar la calidad asistencial y la atención de los pacientes

3. La compra pública de servicios de tecnología sanitaria y de medicamentos en el marco del Sistema Nacional de Salud debe permitir preservar las notas de sostenibilidad financiera como la equidad del modelo, lo que exige una visión transversal del «mercado público de la salud» que se aleje de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial. El «ahorro» en la compra de servicios y suministros sanitarios debe contribuir a mantener e incluso a ampliar la cobertura, no a erosionar su calidad y sostenibilidad.

4. La compra pública de servicios de tecnología innovadora y suministros de productos relacionados con la salud es una gran oportunidad para mejorar la asistencia sanitaria, ser más eficientes y promover una nueva cultura, con riesgos compartidos desde lo público con el sector privado. Desde otra perspectiva, revisten especial interés los sistemas dinámicos de adquisición de compras, diseñados desde la óptica de la rentabilidad y la calidad, que pueden proporcionar un elemento de adecuado equilibrio de todos los intereses en juego: flexibilidad, rapidez de respuestas, confidencialidad, calidad de prestación y eficiencia.

5. Conviene «actualizar» los conceptos, en especial en la tipificación de las relaciones contractuales, y avanzar nuevas soluciones. En especial conviene pensar en clave de «rentabilidad»: ¿qué tipo de contrato? ¿Suministro, o servicios, o concesión? ¿Y por qué no un modelo de *renting* de servicios de salud? ¿Qué plazo? ¿Se puede transferir riesgos o son viables modelos de riesgo compartido

⁴¹ En el sector salud, la huella climática equivale a un 4,4 por 100 de las emisiones globales netas. La mayor parte de las emisiones, un 71 por 100, corresponde a la cadena de suministro del sector de la salud, es decir de la producción, el transporte, el uso y la disposición de bienes y servicios que el sector consume, tales como productos farmacéuticos y otras sustancias químicas, alimentos y productos agrícolas, dispositivos médicos, equipos hospitalarios e instrumentales. Por ello, en la adquisición de medicamentos y vacunas la reducción de este impacto debe ser un criterio determinante.

que aseguran mayor calidad? Y, por supuesto, se trata de repensar ventajas en la ejecución que reportan calidad o eficiencia o «cierta innovación».

6. Urge una nueva solución jurídica para adquirir medicamentos o servicios de tecnología sanitaria, ya sea como negocio excluido, ya lo sea como un proceso «singular», que pivota sobre el paciente y no sobre la gestión de la organización, para lo que parece adecuado «migrar» del tradicional contrato de suministros a un moderno contrato de servicios digitalizado (con capacidad de «medir»), con pago por resultados y riesgos compartidos y con plazos largos que garanticen predictibilidad (no puede desconocerse la complejidad de producción de ciertos medicamentos y en especial de las vacunas). Un modelo de contrato de servicios centrado en la idea del valor en la salud puede ayudar a una atención que mejore los resultados clínicos (excelencia) al tiempo que reduce los gastos generales (sostenibilidad). En concreto, se propone que, con la finalidad de preservar la mejor relación entre eficiencia y adecuada gestión sanitaria se regule un sistema de provisión de medicamentos donde no se licite, cuando ya exista un precio determinado mediante un procedimiento administrativo en cada país, negociado entre Administración y laboratorio farmacéutico, e incluso en algunos casos acuerdos de riesgo compartido o techo de gasto incorporados al mismo, desarrollando las condiciones de dicha adquisición -que atenderán a criterios de eficacia terapéutica y de eficiencia en la gestión y no al precio-, que se aplicarán a las adquisiciones por la entidades integradas en los sistemas públicos que constituyan poder adjudicador.

7. En todo caso, es claro que los objetivos estratégicos en la contratación pública de medicamentos no deben limitarse a estimular la competencia para conseguir mejores precios en el medio y largo plazo, sino que es preciso asegurar el suministro, tener la preparación necesaria para afrontar crisis e incorporar criterios ambientales a la fabricación y distribución de medicamentos. Esta «relectura» exige un cambio de mentalidad de los distintos actores implicados para abandonar la práctica del precio más bajo como factor determinante para la selección de un único proveedor y avanzar hacia un modelo multi-criterio, apoyado en el valor, y multi-adjudicatario (opción que se postula en el citado informe sobre *Best Practices in Public Procurement of Medicines*), donde la decisión final se debe compartir entre el gestor público y el médico prescriptor con la mirada final en el paciente y su mejora atención. Tras las lecciones aprendidas en la pandemia, debemos habilitar mecanismos (e interpretaciones) que posibiliten una adquisición pública «inteligente» en el ámbito de las prestaciones sanitarias para obtener más valor (en clave asistencial), preservando la sostenibilidad financiera del sistema. Y en la interpretación del marco normativo -también de sus principios- hay que estar, además de a las palabras, a la interpretación sistemática y teleológica (art.3 Código Civil), evitando rígidas interpretaciones formales que pongan en riesgo la correcta ejecución de la prestación (máxime cuando está en riesgo el derecho a la salud). Por ello, la opción multi-adjudicatario permite, sin quebrar ni el principio de competencia ni de selección de la mejor oferta, disponer de una respuesta adecuada ante diferentes contingencias, funcionando como un modelo equivalente al de lotes. Los Acuerdos Marco en salud vienen admitiendo la posibilidad de soluciones multi-criterio, de conformidad con la previsión del art.221.4.a) LCSP, que han sido validadas jurisprudencialmente. Así, la STSJ M 10288/2015, de 24 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TSJM:2015:10288), ya con la normativa anterior (que no cambia en 2017), considera adecuada la previsión que permite que existan varios adjudicatarios con criterios objetivos para su posterior contrato derivado, que se puede justificar en «el fin de facilitar que todas las empresas puedan resultar adjudicatarias y no se produzca la sustitución de los tratamientos ya prescritos por el facultativo se ha considerado que el procedimiento más adecuado para la adqui-

sición centralizada de este medicamento es el Acuerdo Marco, con el fin de que posteriormente cada hospital pueda adquirir las presentaciones que habiendo sido adjudicatarias del Acuerdo Marco, mejor se adecuen a las características de cada paciente y a la gestión del *stock* de este medicamento por los servicios de farmacia del hospital». Opción que se justifica sobre la idea de que tal solución funciona como la técnica de lotes, que permite que existan distintos proveedores en función del objeto de ese lote (que no tiene que ser fijo y que puede ser determinable en función de las concretas incidencias o circunstancias que se hubieran previsto en la licitación):

[...] la Ley prevé la posibilidad de la división en lotes del objeto del contrato, siempre que sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado y constituyan una unidad funcional o así lo exija la naturaleza del contrato.

Por tanto, la división en lotes en función del volumen de suministro a los distintos centros hospitalarios responde, en principio, a lo estipulado en el citado precepto, por cuanto que el objeto del contrato admite fraccionamiento y nada impide que dentro de cada lote se oferten distintos medicamentos y son susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado.

Esta previsión, en la adquisición de medicamentos, resulta la mejor opción, pues ofrece la mejor solución terapéutica en función de unas reglas previas transparentes, sin que suponga que existe un incumplimiento respecto del contratista con mejor puntuación ni una alteración de los criterios de adjudicación, en tanto vienen a funcionar como condiciones de aplicación al concreto contrato derivado. Existen, pues, varios contratistas posibles para contratos derivados cumpliendo las características fijadas en el pliego, que deben justificarse en criterios técnicos (y no de oportunidad).

Asimismo, los sistemas dinámicos de adquisición de productos o servicios farmacéuticos, diseñados desde las ópticas de rentabilidad y de calidad y no de precio aisladamente, pueden ser una buena solución procedimental para de forma rápida, con la máxima concurrencia, eficiencia y calidad, dar correcto cumplimiento a la adquisición de medicamentos por el Sistema Nacional de Salud. Los SDA son un procedimiento de selección de empresarios y un negocio jurídico de carácter similar al acuerdo marco en el sentido de que constituye un primer vínculo jurídico con una pluralidad de empresarios proveedores con los que se compromete una primera oferta indicativa, pero que requiere de una nueva licitación para concretar la última oferta en el momento de conocerse la necesidad administrativa (carácter equivalente que ya se reflejaba en el considerando 12 de la Directiva 2004/18). Desde esta perspectiva, como se permite en los Acuerdo Marco, puede, también en un SDA seleccionarse a varios contratistas que cumplan las condiciones de la licitación optándose, en los concretos contratos derivados por la mejor solución conforme a los criterios fijados en el pliego. Esta opción, aunque formalmente no parece reflejada en la LCSP, dado que el art. 226.4 LCSP refiere la adjudicación a la mejor oferta, no se opone a ningún criterio de la Ley y cumple con todos los principios de la contratación pública y, además, permite la mejor calidad asistencial en un sector como el de la salud que exige disponibilidad amplia de batería terapéutica a aplicar según la singularidad de cada paciente. El SDA está diseñado como medio alternativo al Acuerdo

Marco y con la misma vocación de racionalización técnica⁴². Por ello, nada impide, desde una interpretación «integradora», la opción de «lotes con varios proveedores» prevista para el Acuerdo Marco. Esta opción no contraviene la previsión de un único adjudicatario, en tanto funciona como contrato derivado/lotes, que dependerá de circunstancias objetivas que atienden a la mejor prestación del interés general. Esta opción de varios adjudicatarios no falsea, insistimos, la competencia ni el principio de igualdad de trato, y se considera, por lo demás, una buena práctica en el referido estudio sobre buenas prácticas en la contratación pública de medicamentos.

No puede desconocerse que el SDA es la alternativa a los Acuerdos Marco y que las previsiones para estos, en tanto no haya una prohibición expresa, pueden ser de igual aplicación a todo procedimiento de contratación y, en especial, en modelos de racionalización técnica. Baste recordar el criterio de la sentencia TJUE (Sala Cuarta) de 20 de septiembre de 2018, Montte SL contra Musikene, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante resolución de 21 de octubre de 2016, en relación a la normativa española, al admitir que en los procedimientos abiertos, aun no estando previsto de forma expresa (sí lo está, por el contrario, en el procedimiento negociado) se puede incorporar fases para valorar aspectos técnicos que, de no superar el umbral, permite la exclusión de la oferta. Esta sentencia avala que la falta de previsión de una solución jurídica entre diferentes procedimientos no excluye una interpretación que, en tanto garantice mejor calidad de la prestación (que es el dato fundamental), extienda la solución de un procedimiento a otro. Así, las reglas del Acuerdo Marco contenidas en el art. 221 pueden ser replicadas en un SDA para promover la mejor adquisición de medicamentos.

En definitiva, en un sector tan complejo como el de la salud y el de la provisión de soluciones farmacéuticas eficaces, donde no existen enfermedades sino enfermos, y donde existen elementos de incertidumbre como las posibles rupturas de stock, la previsión referida de varios adjudicatarios debe ser la regla general, al margen del procedimiento o de la técnica de racionalización técnica que se utilice. Por lo demás, conviene insistir que esta opción no quiebra la regla de un adjudicatario único que refiere para el SDA el art. 224 LCSP, dado que, en puridad, son lotes con diferentes proveedores (con motivos objetivos que permiten una adecuada concreción y que no se justifican en incumplimientos contractuales del contratista que formuló la mejor oferta), lo que es claramente conforme con los principios regulatorios de la contratación pública, que se orientan, principalmente, a la mejor satisfacción del interés general que, este caso, es la salud del ciudadano como paciente.

⁴² Por todos, J.A. MORENO MOLINA, «Racionalización de las compras menores y utilización de medios electrónicos. En especial, los sistemas dinámicos de adquisición y las subastas electrónicas», *Observatorio de los Contratos Públicos*, GIMENO FELIÚ (dir.), GUERRERO MANSO (coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 317-350.

CAPÍTULO VII

A MODO DE RECAPITULACIÓN

La teoría U de Otto Scharmer (*Teoría U: Liderar desde el futuro a medida que emerge*, 2017), claramente vinculada al liderazgo institucional de transformaciones relevantes, pone en valor la idea de la calidad de los resultados como algo inherente al modelo de transformación social y que ha de servir para reforzar el talento. Los principios de esta teoría pueden servir para reflexionar sobre la gestión de pública en este nuevo contexto social y político, y la necesidad de una estrategia de liderazgo institucional a través de la misma. Y ello porque son claves de esta teoría los principios de descargar (ser conscientes y superar viejos patrones de conducta, pensar y actuar), presenciar (percibir o estar en el momento presente, ser conscientes de las diferencias entre los viejos patrones de conductas y las exigencias el momento presente), ejecutar (ensanchar el círculo de atención para tener una mayor comprensión de lo que nos rodea) para poder transformar.

En un momento de superación de una larga crisis económica y, por desgracia, de desafección ciudadana y de excesiva polarización política, nos encontramos ante una ventana de oportunidad para reflexionar sobre el porqué y los cómo de la práctica de la gestión pública contractual, para poder discernir qué escenarios, dados por correctos bajo el principio de «siempre se ha hecho así», exigen una diferente valoración (lo que según la teoría U sería la «presenciación»), para que, desde una reflexión objetiva, puedan abrirse nuevas decisiones o formas de actuación o satisfacción del interés público.

En el siglo XXI la función del Derecho público, en su lucha por la buena administración¹, y de la contratación pública (cada vez más globalizada²),

¹ Por todos, J. PONCE SOLE, «La lucha por el buen gobierno y la buena administración como vocación del Derecho administrativo del Siglo XXI. La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, 2016, pp. 57-84.

² A respecto es de especial interés las reflexiones contenidas en la obra colectiva dirigida por E. DÍAZ BRAVO y J.A. MORENO MOLINA, *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*,

vinculada en sus inicios al principio de libre competencia, debe reformularse como herramienta para implementar políticas públicas tan relevantes como la protección del medio ambiente (también la adecuada alineación con los objetivos de la Agenda 2030 de Naciones Unidas). La competencia, por tanto, debe analizarse desde esta perspectiva de vinculación del contrato a políticas públicas donde prevalece el valor y el resultado. Competencia que debe preservar (y nunca comprometer) la mejor calidad en la prestación de los «servicios públicos», que son también brújula ética del sector privado. La competencia, así, no es un fin en sí mismo, sino una herramienta al servicio de la transformación social mediante la contratación pública. Y otro tanto cabe predicar de la gestión presupuestaria que otra herramienta, y no un fin, de la decisión pública (donde interesa la eficaz utilización de los fondos asignados y no el mero ahorro de los mismos). Desde esta perspectiva debe interpretarse el principio de libre competencia, alejándose de la idea de priorizar el precio como elemento de decisión en una errónea visión economicista, que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del «ahorro» sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, lo que lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración.

Y es que el principio de competencia, con ser importante, es instrumental, pues interesa, como primer objetivo, la mejor satisfacción del interés general, motivo por el que, como bien advierte la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, la finalidad última es conseguir una regulación eficiente³. Esta ha sido, por lo demás, la solución adoptada en el reciente Código italiano de contratos públicos (31 de marzo 2023), que regula como primer principio el de resultado⁴.

El contrato público se presenta, así, desde el adecuado equilibrio de calidad en la prestación (eficacia), eficiencia e integridad (que se vincula, insisto, al óptimo resultado) una herramienta principal, recordamos, para el derecho a la buena administración. Esto explica que la contratación pública -y su fundamento- haya cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como «herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas». Por ello, la contratación pública (que supone el 22 por 100 de los presupuestos públicos según los últimos datos) debe ser re-contextualizada desde la perspectiva de inversión y no de gasto. Y como inversión interesa su correc-

Tirant lo Blanch, 2020. Y en especial, como precursor y referente el trabajo de J. RODRÍGUEZ ARANA, «Los principios del Derecho Global de la contratación pública», *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 66, 201, pp. 29-54.

³ Sobre esta idea de regulación eficiente en la contratación pública puede consultarse el último Informe sobre medios propios y competencia: «Guía sobre encargos a medios propios y convenios», marzo de 2023 (<https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia-encargos-medios-propios-y-convenios>).

⁴ Vid. M. COZZIO y F. TITOMAGLIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, Key, 2023.

ta articulación como actividad estratégica (lo que presupone, por supuesto, planificación)⁵.

Cualquier decisión política, y muy especialmente cuando se utiliza la contratación pública, debe cohonestar con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, con la lógica de la mejor satisfacción del interés público. Predomina, por tanto, como se ha explicado, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público)⁶. Lo que aconseja una revisión organizativa adaptada a este nuevo rol, donde la profesionalización y capacitación son elementos de gran trascendencia⁷. También en el sector privado, donde, además, convendría impulsar modelos tuvieran en cuenta la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para *Environmental, Social and Governance*) promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)⁸.

El escenario derivado con la eficacia de los fondos NGEU (ensombrecido por la invasión rusa de Ucrania) se nos presenta como una oportunidad para repensar tanto la función pública de regulación (con especial muy improvisado y poco coherente con una visión a largo plazo, que ha generado inseguridad jurídica) como un modelo gestión que ha pivotado, en mi opinión, sobre elementos formales (y en ocasiones muy vertical) y que debería adaptarse unas nuevas necesidades que ponen el acento sobre todo en el resultado de las decisiones adoptadas, pues, desde una perspectiva jurídica, se constata (desde luego, conviene al menos) un fenómeno de migración de una cultura del procedimiento hacia una cultura administrativa que pivota sobre el proyecto.

Los fondos europeos nos plantean desafíos que exigen, como respuesta, la convicción para avanzar hacia una forma distinta de hacer gestión pública, que se cimiente en una adecuada planificación, la calidad de la prestación (y de su resultado en términos de valor), una eficaz cooperación interadministrativa, una innovadora visión del procedimiento en cuanto a su función y objetivos (donde la calidad es un paradigma irrenunciable) pensado en el mejor cumplimiento del fin público que es la causa del contrato. Y, sobre

⁵ Vid. A. PALOMAR OLMEDA, R. TEROL GÓMEZ, y A.R. RODRÍGUEZ CASTAÑO, *Situación y problemática actual de la contratación administrativa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

⁶ Por todos, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp.439-450.

⁷ Para cumplir la nueva función en la adopción de las decisiones públicas económicas resulta necesaria una moderna y eficaz política de profesionalización y capacitación en el sector público, que es mucho más que la suma de curso de divulgación o la rutina de gestión del día a día. Profesionalizar supone invertir en talento. Implica, por supuesto, capacitación a través de conocimiento actualizado tanto a nivel teórico como práctico, pero, sobre todo, una visión horizontal y no vertical de la toma de las decisiones.

⁸ Se evita, así, un dumping social, y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Vid. C. DOLAN y D. BARRERO ZALLES, *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*, Business Expert Press, 2021.

todo, como hemos venido explicando desde hace tiempo, a una nueva cultura de la gestión pública que pivote sobre una leal colaboración a nivel público-público y público-privada (siempre justificada y debidamente alineada con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva pública de garante) basada en la lógica del triple *win* y de la rendición de cuentas como herramientas al servicio de la buena administración.

Lo que exige «cambiar el rumbo» tanto de la regulación como de la gestión (para superar la inercia del procedimiento y avanzar en la idea de proyectos) incorporando de forma decidida y cooperativa la tecnología⁹. Y, por supuesto, del modelo de control, funcional y no formal (y menos burocrático) que permita el adecuado equilibrio entre «eficacismo y neoguantismo» (M. Vaquer Caballeria)¹⁰, sobre un modelo de control *on time* y no meramente reactivo¹¹.

En definitiva, los poderes públicos tienen, por vocación constitucional una evidente función de liderazgo de regulación e impulso de las actividades económicas, para lo que deben repensar en el actual contexto, una nueva arquitectura de la gestión pública que permita la articulación armónica de los denominados círculos de excelencia: excelencia de servicios (pensar primero en las personas), excelencia de procesos (hacer lo que toca sin burocracia indebida) y excelencia técnica (tener talento y conocimiento). Para ello, más allá de cambios normativos (sería deseable la «estabilidad» jurídica) conviene «re-educar» a los poderes públicos españoles para orientar su «fuerza de gestión» como impulso, y no como freno, en una nueva interpretación finalista y no meramente formal (en una mal entendida burocracia) donde toca tensar al máximo las costuras de nuestra gestión pública y del Derecho público, para ir más allá de la inercia y del mantra de siempre se ha hecho así. Por ello, en especial en ámbitos de prestaciones a las personas (como la salud) la referencia debe ser necesariamente el valor. Esa debe ser la correcta interpretación del alcance del principio de libre competencia en la contratación pública.

El actual contexto de pandemia y reconstrucción es una ventana de oportunidad para promover —y no frenar desde la burocracia o la inercia al «siempre lo mismo»— una nueva y moderna estrategia de gobernanza económica que permita, desde el máximo respeto al principio de integridad, mejorar la productividad de nuestro modelo económico y, principalmente, servir de «política palanca» para proteger con eficacia los derechos sociales. Solo así se

⁹ Por todos, J. M. GIMENO FELIÚ, G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, y J. TEJEDOR BIELSA, *La compra pública de tecnología en la nube en España. Deficiencias y sugerencias de mejora*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.

¹⁰ M. VAQUER CABALLERIA, «Para qué sirve el procedimiento administrativo», en el libro colectivo *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III Instituciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 75-78.

¹¹ De poco sirve, en un modelo de control externo en el siglo XXI, con las experiencias ya consolidadas, notificar las causas «de una defunción», cuando con otro modelo dicho resultado podría haberle evitado o al menos laminado. Y es que controlar cuestiones formales a plazo vencido aporta poco valor a la función de fiscalización. Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «Los fondos next generation y el rol de los órganos de control externo», en S. REGO (dir.), *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Aranzadi, 2022, pp. 69-90.

dará satisfacción a la exigencia como derecho fundamental de los ciudadanos de la buena administración.

La contratación pública, en esa perpetua búsqueda, en palabras del profesor peruano V. Baca¹², de su piedra filosofal, necesita de una transformación radical para poder avanzar hacia una nueva cultura de contratación pública con vocación de transformación, abierta, responsable, competitiva, honesta e íntegra, profesionalizada, tecnológica y proactiva. Lo que exige una clara innovación administrativa y empresarial (en lo organizativo y en las formas de relacionarse) como paso previo y donde lo tecnológico debe servir de herramienta para su correcto impulso. Sin la innovación en la organización ni en los procedimientos (en la burocracia) resultará muy difícil cumplir los objetivos estratégicos. Para avanzar hay que «mirar atrás» para detectar errores, pues solo así, más allá de la esfera del confort (o de cierta autocomplacencia), se puede elegir la ruta correcta. Para lo que hay que continuar insistiendo en que la utilización de criterios sociales o ambientales, en tanto implican una mayor calidad de la prestación, que deben servir para «forzar una comparación de ofertas» global, y no para optar entre modelos sociales o no sociales de la oferta (así lo admite la STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos* que permite establecer como criterio de adjudicación un elemento no intrínseco del producto a suministrar, como es su procedencia del comercio justo, para apreciar su calidad). Y hay que superar una interpretación rígida que vincule de forma directa al objeto dichas condiciones.

Los nuevos modelos de contratación pública, junto a una adecuada planificación que favorezca la predictibilidad de las empresas puede ayudar a la mejora de la sostenibilidad al poder utilizar soluciones más eficientes desde la perspectiva ambiental, deben superar una indebida visión formal (muy pegada al momento de la adjudicación) para fijar la atención en el valor de la prestación (la principal estrategia) y por tanto en el cumplimiento, y no tanto en el precio (en palabras de F. Quevedo, «solo el necio confunde el valor con el precio»). Y superar también la inercia a ponderar como mejor el ahorro presupuestario frente a la mejor eficiencia en clave de valor y calidad del servicio¹³. El interés general, como causa del contrato, puede aconsejar soluciones jurídicas distintas a las «ya tradicionales», donde el precio podría no ser un criterio de adjudicación y sí criterios referidos a mejor oferta técnica y mejor rendimiento (o volumen) de la oferta, resultando indiferente un eventual ahorro, desde la gestión presupuestaria del contrato, lo que podría alinearse con los principios de eficacia y eficiencia (mayor valor). Y en esta nueva visión los objetivos de sostenibilidad ambiental son elementos vinculados directamente a la mejor prestación en tanto son de «primer nivel» que impregnan cualquier decisión pública y, en especial en la contratación

¹² V. BACA, «La contratación pública en el Perú y la perpetua búsqueda de la piedra filosofal», en el libro colectivo *Buen Gobierno y Mejor Gestión. Cómo Entender y Fortalecer el Estado en Tiempos de Pandemia*, Gaceta Jurídica, Perú, 2021.

¹³ Aunque referido al ámbito de medicamentos —pero extrapolable a lo que planteamos— me remito a J.M. GIMENO FELIÚ, «La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 202, 2019, pp. 325-340.

pública que, necesariamente, debe alinearse también con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en especial objetivos 12 y 13).

Una nueva legislación de contratación pública, acorde con la simplificación que evite la sobre-regulación, favorezca desde la confianza la inversión privada¹⁴ y corrija la petrificación de las soluciones¹⁵, como la que se propone debe servir para ajustar la brújula de nuestra práctica en este ámbito, *con alcance universal, orientándola* hacia la estrella polar de la calidad y el valor (que se mide desde el resultado), lo que debe permitir corregir el actual camino (y sus cuellos de botella). El camino que nos indica la estrella polar, con mucho brillo y nitidez, no es la burocracia (procedimiento), sino la estrategia (proyectos). Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión. De las decisiones reactivas (y en ocasiones improvisadas) a las decisiones proactivas y bien planificadas¹⁶. Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión. No es el expediente administrativo y una burocracia formal sino el proceso y la mejor solución (con multi-adjudicatario si así conviene al interés público). No es tampoco el falso debate de gestión pública frente a la desconfianza en la gestión privada, sino la colaboración conjunta para la mejor satisfacción del interés general.

Una contratación pública global que, sí o sí, debe ser sostenible, limpia e innovadora, pues de lo contrario se alejará de los estándares debidos de integridad y, por ende, de la buena administración.

¹⁴ Por supuesto, con una arquitectura de la modalidad de colaboración a largo plazo y con importante inversión de capital privado que preserve una rentabilidad «razonable», lo que exige una visión desde las diferentes perspectivas de los intereses en juego y no solo de la «sesgada» de las diferentes partes de la colaboración. La rentabilidad razonable se caracteriza por tres notas: a) tiene necesariamente un carácter dinámico y flexible para adaptarse a las exigencias de un mercado y contexto económico claramente fluctuante y en el que existen inherentes incertidumbres que impiden una «ilógica» visión estática de las medidas jurídicas. Por ello, es importante diseñar bien las reglas del equilibrio económico-financiero; b) está diseñada para dotar de garantías adecuadas a los inversores diligentes. La previsión legal habilita que las empresas, en relación con los costes de inversión y operación puedan obtener todo caso, una rentabilidad que pueda entenderse «razonable». Razonabilidad que implica «proporcionalidad, para no superar los límites de un enriquecimiento injusto» y c) la retribución razonable es, en todo caso, una cuestión de resultado en cada contexto concreto, que se debe articular mediante un pliego (*lex contractus*) que anticipe las soluciones a los problemas derivados de incertidumbre imprevisibles para que el inversor tenga confianza. Tensar de forma indebida los riesgos o la rentabilidad (que es la retribución de inversiones que aportan valor) solo conducen o una ineficiencia del modelo (la TIR siempre será más elevada encareciendo la operación) o, peor, o un fracaso del mismo lo que, en modo alguno, será un ejemplo de buena administración.

¹⁵ La actual LCSP, en palabras de J. TEJEDOR BIELSA, incurre en sobre-regulación y complica de forma innecesaria la gestión pública. *La contratación pública en España ¿sobre-regulación o estrategia?*, Cizur Menor, Civitas, 2018. Esta misma opinión, desde otra perspectiva, es defendida por T. Cano Campos al considerar a la LCSP una muestra de volatilidad, complejidad y falta de sistematicidad que caracteriza a la legislación administrativa de nuestro tiempo. (T. CANO CAMPOS, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2018, pp.12-67).

¹⁶ Lo que, como advierte A. SANMARTÍN MORA obliga a tener una estrategia previa, sin la que difícilmente puede avanzar los objetivos de la compra pública estratégica. «¿Es posible una Compra Pública Estratégica sin estrategia?», *Revista electrónica Observatorio de Contratación Pública*, septiembre de 2023.

Sin duda estamos en una encrucijada histórica, con importantes retos¹⁷, que nos obliga a repensar la brújula de nuestra dirección en la gestión pública. Pero para ello debemos saber que camino elegir tal y como Alicia, la del país de las maravillas del famoso cuento de Lewis Carroll, al preguntar al gato de Cheshire en un cierto punto qué camino debía tomar la respuesta que se le da es que «Eso depende mucho del lugar adonde quieras ir. Si no sabes adónde quieres ir, no importa qué camino sigas».

El rol de la gobernanza pública mediante una moderna e inteligente utilización de la contratación pública y de las fórmulas de colaboración público-privada debe servir como impulso para garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de unos servicios públicos «circulares» que integren lo social, lo ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. En ello va el futuro del liderazgo de gestión de las instituciones públicas, de una moderna gobernanza pública económica, que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo ideológico.

Es el momento de un *big bang* en la contratación pública (y su necesaria interpretación en una dimensión funcional) para reconstruir las murallas del Derecho público, concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos (y de la necesaria transformación social)¹⁸. Lo que puede ayudar a corregir el actual *gap* entre ciudadanía e instituciones públicas y para asentar el modelo institucional cimentado sobre el buen gobierno y la buena administración.

¹⁷ T. MEDINA, «Los retos de la contratación pública en clave europea», en el libro colectivo *Observatorio de Contratos Públicos 2020*, pp. 51-90.

¹⁸ Idea defendida por C. CHINCHILLA MARÍN, «Derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 361-383.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (dir. PERNAS, J.), *Contratación Pública Estratégica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- AA.VV. (coord. VALCÁRCEL, P.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- AA.VV. (dirs. RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M.^a y ALENZA, J.F.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi, 2017.
- AA.VV. (CAAMAÑO, F., GIMENO, J. M., SALA, P. y QUINTEROS, G.), *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Barcelona, Profit, 2017.
- AA.VV. (dir. PINTOS, J.), *Calidad, transparencia y ética pública*, Madrid, INAP, 2017.
- AA.VV. (dir. GARCÍA, B. y PARDO, M.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- AA.VV. (dir. GALÁN VIOQUE, R.), *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2018.
- AA.VV. (dir. LAZO VITORIA, X.), *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, 2018.
- AA.VV. (dir. Gimeno Feliú, J.M.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- AA.VV. (dirs. GAMERO CASADO, E., y GALLEGO CÓRCOLES, I.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, 3 vols., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- AA.VV. (dirs. MESTRE, J.F. y MANENT, L.), *La Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos novedosos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- AA.VV. (GIMENO FELIÚ, J.M., TORNOS J. y otros), *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Barcelona, Cámara Comercio Barcelona/Esade, 2019.
- AA.VV., Carta de Zaragoza, Manifiesto por una Compra Pública Responsable, 10 de noviembre de 2021, disponible en <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>.
- AA.VV. (dirs. RODRÍGUEZ ARANA, J., y DÍAZ BRAVO E.), *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Tirant lo Blanch, 2023.
- AA.VV. (dir. GIMENO FELIÚ, J.M.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.
- AA.VV. (dir. PONCE, J.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público y privado*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- AA.VV. (Coords. SINDE, S. y BATET P.), *Manual Práctico de contratación pública de innovación*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 2023.

- AA.VV. (dir. GALÁN, E., y RUIZ, I.,) *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- AGRAZ PÉREZ-ENRÍQUEZ, L., «Medicamentos especiales», en FAUS SANTASUSANA, J. y VIDA FERNÁNDEZ, J., (dirs.), *Tratado de derecho farmacéutico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- AGUADO I CUDOLÀ, V., *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.
- ALBA PACHECO, M., «Las ofertas anormalmente bajas: especial referencia a los criterios medioambientales», en LAZO VICTORIA, X. (dir.), *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, 2018.
- ALHOLA, K., RYDING, S.-O., SALMENPERÄ, H. y BUSCH, N.J., «Exploiting the potential of public procurement: Opportunities for circular economy», *Journal of Industrial Ecology*, vol. 23 (1), 2019.
- ALONSO GARCÍA, M. C., «Las novedades introducidas por la directiva 2014/24/CE en la contratación pública verde», en el libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos. Número monográfico especial. Las Nuevas directivas de Contratación Pública*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- «Contratación pública ecológica», en GAMERO CASADO, E., y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- ALONSO GARCÍA, R., «La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico», *Revista española de derecho europeo*, núm. 28, 2008.
- AMOEDO SOUTO, C., «La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión», en J. PERNAS (dir.), *Contratación pública estratégica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- ARAGÃO, A., «Los criterios ambientales de valoración y adjudicación en la contratación pública: Situación actual y desarrollos futuros», en *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, GALÁN VIOQUE, R. (dir.), Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2018.
- ARGUDO GONZÁLEZ, J., «El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia», *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 26, 2011.
- ARIEL REZZOAGLI, B., *Corrupción y Contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Editorial Ratio legis, 2005.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Alcalá de Henares, ENAP, 1968.
- «El servicio público como alternativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, 1979.
- *Economía y Estado. Crisis y Reforma del sector público*, Madrid, Marcial Pons, 1993.
- «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007.
- ARRIBAS REYES, E., «Pactos de integridad: tres décadas de experiencias en Europa como ejemplo para su implementación en España», *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 1, 2016.
- «Los pactos de integridad como herramienta para la prevención de la corrupción y el fomento de la integridad, la eficacia, la eficiencia y la competitividad a través de la transparencia de los procesos de contratación pública a nivel local», en el libro colectivo *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Madrid, La Ley, 2017.
- ARROWSMITH, S., «The E.C. procurement directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach», *European Law Review*, vol. 21, núm. 1, 2002.
- ARROWSMITH, S., LINARELLI, J. y WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, The Hague, Kluwer Law International, 2000.

- AYMERICH CANO, C., «Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 45-46, 2015.
- *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- BACA, V., «La contratación pública en el Perú y la perpetua búsqueda de la piedra filosofal», en el libro colectivo *Buen Gobierno y Mejor Gestión. Cómo Entender y Fortalecer el Estado en Tiempos de Pandemia*, Perú, Gaceta Jurídica, 2021.
- BACCHETTA M., BEKKERS E., PIERMARTINI R., RUBINOVA S., STOLZENBURG V., y XU A., *Covid-19 and global value chains*, WTO, 2021, disponible en https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd202103_e.pdf.
- BAÑO LEÓN, J. M., «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 2004.
- «Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos», *Anuario de Gobierno Local* 2012, Barcelona, IDP, 2013.
- «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español», *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016.
- «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español», en el libro colectivo *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016.
- «El modificado de los contratos», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. y GUICHOT, E., *La transparencia en la contratación pública y sus límites*, Tirant Lo Blanch, 2023.
- BARRIO GARCÍA, G., «Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de directiva en materia de contratación Pública», en el libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- BELLO PAREDES, S., «Covid-19 y contratación pública: un peligroso cóctel en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 213, 2020.
- BENACCHIO, G.A., COZZIO, M. y TITOMANLIO, F., *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea*, t.1, publicación del Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, Universidad de Trento, 2016.
- BERBEROFF AYUDA, D., «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo», en el libro colectivo, *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- BERBEROFF, D. y VALCÁRCEL, P., *Conclusiones del Congreso Gobernanza Económica, Regulación y Administración de Justicia*, 2 y 3 de junio de 2022, disponible en https://mcusercontent.com/996a241a1277589de1e7f5373/files/44b6c7b5-5fd4-747c-94cf-30e607a9af9b/Conclusiones_Consejo_de_Gobernanza.pdf
- BERMEJO VERA, J., *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Madrid, Civitas, 2005.
- «La resolución extrajudicial de conflictos», en el libro colectivo *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid, INAP, 2015.
- BERNAL BLAY, M.A., «Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en el libro colectivo *El Derecho de los contratos públicos*, Monográficos de la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. x, Zaragoza, 2008.
- «El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos», en el libro *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, 2013.
- «El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», *Revista española de derecho administrativo (REDA)*, núm. 160, 2013.

- «Blockchain, Administración y contratación pública», en *Revista electrónica Observatorio de la Contratación Pública*, julio, 2018.
- «Las leyes del contrato (los pliegos): contenido esencial y formas de control», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018.
- *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, Cizur Menor, Civitas, 2011.
- «Blockchain and public procurement: "I have a dream"», *European review of digital administration & law*, ISSN-e 2724-5969, vol. 2, núm. 2, 2021.
- «El control de los conflictos de interés en los procedimientos administrativos que ejecutan fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», *Revista electrónica Observatorio de Contratación Pública*, enero, 2023.
- BETANCOR, A., «Oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- BLANCO LÓPEZ, F., «La subcontratación administrativa y el ejercicio de la acción directa del art. 1597 del Código civil», *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 38, 2011.
- «La doctrina social de los tribunales administrativos de recurso ante la contratación pública estratégica», en el libro colectivo *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, *La Ley de Contratos del Sector Público*, 2018.
- BOTO FERNÁNDEZ, A., «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», *Revista Documentación Administrativa*, núm. 18, INAP, enero-junio, 2023.
- BOUAZZA ARIÑO, O., *La casación en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2021.
- BRAULIO-GONZALO, M., y BOVEA, M.^a, «Relationship between green public procurement criteria and sustainability assessment tools applied to office buildings», *Environmental Impact Assessment Review*, vol. 81, March, 2020.
- BROWN, T., «Design Thinking», *Harvard Business Review*, vol. 86, núm. 9, 2008.
- BRUNETE DE LA LLAVE, M. T., *Los contratos de CPP en la LCSP*, La Ley, 2009.
- BUENO ARMÍJO, A., *La Burocracia defensiva*, Madrid, Marcial Pons, 2024.
- CAAMAÑO, F., «A modo de Introducción», en el libro colectivo *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Barcelona, Profit, 2017.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GIMENO FELIÚ, J. M., QUINTERO OLIVARES, G. y SALA, P., *Servicios Públicos e Ideología: El Interés General en Juego*, Barcelona, Profit, 2017.
- CACIAGLI, M., *Cientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, CEC, Madrid, 1996.
- CANALS AMETLLER, D., «El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública», *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 55, 2018.
- «Divisibilidad del objeto contractual y otras medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2018.
- CANCINO, R., «La transición de China hacia una economía de mercado en el 2016 y sus implicaciones para la contratación pública», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 130, 2014.
- CANO CAMPOS, T., «La nueva Ley de Contratos del Sector Público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2018.
- «Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el ius variandi y el riesgo imprevisible», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 19, 2023.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., «La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación», en el libro colectivo *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020.

- CARANTA, R., «Proximidad y resiliencia: Viejos y nuevos desafíos para la contratación pública en Italia», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 64, 2023.
- CARRILLO DONAIRE, J., «Buena administración ¿un principio, un mandato, un derecho subjetivo?», en el libro colectivo *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, La Ley, 2010.
- CARRILLO DONAIRE, J. A., ÁLVAREZ MEDINA, L., TARANCÓN BABÍO, J. y BORJA CARMONA, F., «Técnicas para preservar el equilibrio económico-financiero en los contratos del sector público a raíz del incremento generalizado de los precios de las materias primas», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, enero-junio, 2023, Madrid, Marcial Pons.
- CASARES MARCOS, A. B., «Función de las cláusulas sociales en relación con la prestación contractual: la definición del objeto contractual y su introducción como condición especial de ejecución», en el libro colectivo *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, 2018.
- CASSESE, S., *La Globalización jurídica*, INAP, 2006.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la Contratación pública*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.
- «Las compras abiertas y la prevención de la corrupción», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Nueva Época, núm. 15, 2016.
- CHINCHILLA MARÍN, C., «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos público», en OLMO, J. (coord.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Valladolid, Lex Nova, 2011.
- «Derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública* núm. 200, 2016.
- CHITI, M., *Derecho administrativo europeo*, Madrid, 2002.
- CODINA GARCIA-ANDRADE, X., *La modificación de los contratos del sector público*, Madrid, BOE, 2020.
- COLAS TENA, J., «Los pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas», en el libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*, vol. 2, Tirant lo Blanch, 2018.
- COMISIÓN EUROPEA, *Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas — 2.ª ed. (2021/C 237/01)*, disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/47c69b3a-cfcf-11eb-ac72-01aa75ed71a1>
- *Buying Green — Handbook on Green Public Procurement (Adquisiciones ecológicas - Manual sobre contratación pública ecológica)*, disponible en http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf
- Comunicación directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE, C (2019) 5494 final, Bruselas, de 24 de julio de 2019, disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0813\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0813(01))
- Comunicación Estrategia de la UE para las vacunas contra la COVID-19, COM (2020) 245 final, Bruselas, 17 de junio de 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0245>
- Comunicación Estrategia farmacéutica para Europa, COM(2020) 761 final, 25 de noviembre de 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0761>
- Comunicación Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, COM(2010) 2020 final, Bruselas, 3 noviembre 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020>
- Comunicación La Estrategia de Seguridad Interior de la UE: cinco medidas para una Europa más segura, COM (2010) 673 final, de 22 de noviembre de 2010, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0673>

- Comunicación, *Conseguir que la contratación pública funcione a Europa y para Europa*, 3 de octubre de 2017, COM (2017) 572 final, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0572>
- Comunicación, *Contratación pública para un medio ambiente mejor*, COM(2008) 400 final, 16 de julio de 2008, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0400>
- Comunicación, *Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva*, de 27 de octubre de 2010, COM(2010) 608, 27 de octubre de 2010, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0608:FIN:es:PDF>
- *Contratación pública para una economía circular. Orientación y buenas prácticas*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2018, disponible en https://circulareconomy.europa.eu/platform/sites/default/files/knowledge_-_public_procurement_circular_economy_brochure.pdf
- Documento de trabajo *Estrategia para el Mercado Único*, (SWD/2015/202), 28 de octubre de 2015, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015SC0202>
- Final Report, *Study on Best Practices in the Public Procurement of Medicines*, 2022, disponible en <https://data.europa.eu/doi/10.2925/044781>
- Guía *Making Socially Responsible Public Procurement Work: Good practice cases* (mayo 2020), disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/69fc6007-a970-11ea-bb7a-01aa75ed71a1>
- Informe, *Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior*, COM(2021) 245 final, 20 de mayo de 2021, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0245>
- Libro blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los 27 en 2025, disponible en https://www.fondoseuropeos.hacienda.gob.es/sitios/dgfc/es-ES/ei/ER/IE/Documents/Libro_blanco_sobre_el_futuro_de_Europa_es.pdf
- Libro blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los 27 en 2025, 1 de marzo de 2017, disponible en https://www.fondoseuropeos.hacienda.gob.es/sitios/dgfc/es-ES/ei/ER/IE/Documents/Libro_blanco_sobre_el_futuro_de_Europa_es.pdf
- *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0428>
- *Libro Verde de la Comisión sobre la contratación pública en la unión Europea: reflexiones para el futuro* (COM (96)0583 final -C4-0009/97), 27 de noviembre de 1996, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0583>
- Recomendación (UE) 2017/1805, *Sobre la profesionalización de la contratación pública, Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública*, 3 de octubre de 2017, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H1805>
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>
- COMISIÓN NACIONAL DE MERCADOS Y COMPETENCIA, *Guía sobre encargos a medios propios y convenios*, marzo de 2023, disponible en <https://www.cnmec.es/guia-contratacion-publica-competencia-encargos-medios-propios-y-convenios>
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Conclusiones, *Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente*, 2020/C 412I/01, 30 de noviembre de 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2020:412I:FULL&from=HR>

- COZZIO, M., «Le nuove direttive appalti e l'accesso delle piccole e medie imprese al mercato degli appalti pubblici (prima parte)», *Osservatorio di diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici*, en www.osservatorioappalti.unitn.it.
- «Le scelte del legislatore europeo per favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese», *Rivista diritto e pratica amministrativa*, núm. especial mayo 2014.
- COZZIO, M. y TITOMAGLIO, F., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, Key, 2023.
- DE GUERRERO MANSO, C., «La asociación para la innovación. Nuevo procedimiento de adjudicación que permite a los órganos de contratación ser protagonistas del proceso de adquisición de bienes, servicios u obras innovadoras», *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2018.
- «La suscripción de pactos de integridad como mecanismo de lucha contra la corrupción en la contratación pública», en el libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2017*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Monografía xix: Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental.
- «La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública. La utilización de la herramienta ProcurCompEU», en J. M. GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.
- «Contratación Pública y Derechos Humanos», *Revista de Contrataciones Públicas*, núm. 8, diciembre 2022.
- «¿Es la profesionalización en la contratación pública un propósito de año nuevo? Propuestas de la OCDE para hacerlo realidad», *Revista digital Observatorio de Contratación Pública*, 27 de febrero de 2023.
- DE LA MORENA LÓPEZ, J., «Responsable del contrato “in vigilando”», *Revista Gabilex*, núm. extraordinario vol. II, marzo 2019.
- DE LA SIERRA, S., «Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2011.
- DELGADO FERNÁNDEZ, M. R., «El cálculo del coste de ciclo de vida en la contratación administrativa», *Revista Gabilex*, núm. 7, 2016.
- «Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución», en LAZO VITORIA, X. (dir.), *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, 2018.
- DÍAZ BRAVO, E., «La profesionalización: condición *sine qua non* de la contratación pública estratégica», en el libro colectivo *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- «Modernización estratégica del Estado y compra pública sostenible en Chile: cero papel y compra ágil», en el libro colectivo *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- DÍAZ BRAVO, E., y MORENO MOLINA, J. A., *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, Tirant lo Blanch, 2020.
- DÍEZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- «Contratos “open-house”: comprar sin licitar», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, REALA Nueva Época, núm. 15, 2021.
- DOLAN, C. y BARRERO ZALLES, D., *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*, Business Expert Press, 2021.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «Umbral de saciedad y principios de eficiencia, igualdad y libre competencia en las licitaciones públicas», en *Revista electrónica Observatorio de la Contratación Pública*, mayo, 2020.
- ELIAS REIS, L., *Compras públicas innovadoras*, Brasil, Forum, 2022.

- ESTEBAN RÍOS, J., «Contratos públicos y límites para los licitadores, bienes y servicios de países terceros: Evitar la “competencia desleal” para reforzar el mercado interior», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 217, 2022.
- «El nuevo control europeo de las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior: régimen jurídico y especialidades en materia de contratación pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63, 2023.
 - «El Instrumento de Contratación Internacional: régimen y problemática de la armonización europea frente al proteccionismo en los contratos públicos», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 66, 2023.
- ESTEVE PARDO, J., *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, INNAP Investiga, 2015.
- «La Administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015.
 - «Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios», *Revista de Administración Pública*, núm. 202, 2017.
 - *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, Marcial Pons, 2023.
- FELIZIANI, C., «Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione», *Il diritto dell'economia*, 1/2019.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Los retos ambientales de las nuevas directivas. La contratación pública como herramienta», en RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y ALENZA, J. F. (dirs.), *Nueva contratación pública. Mercado y medio ambiente*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- «Los retos ambientales de las nuevas directivas. La contratación pública como herramienta», en RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y ALENZA, J. F. (dirs.), *Nueva contratación pública. Mercado y medio ambiente*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
 - «Incorporación cláusulas ambientales en la contratación pública», en LAZO VITORIA, X. (dir.), *Compra pública verde*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2018.
 - «Los criterios de adjudicación de los contratos públicos», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
 - «Negocios y contratos excluidos», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
 - «Incorporación cláusulas ambientales en la contratación pública», en LAZO VITORIA, X. (dir.), *Compra pública verde*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2018.
 - «Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque», en LAZO VITORIA, X. (dir.), *Compra pública verde y cambio climático*, Barcelona, Atelier, 2022.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *Leyes de la Corrupción y Ejemplaridad Pública*, Amarantes, 2019.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La progresiva integración del medio ambiente en la actividad contractual y convencional de las administraciones públicas», en GALÁN VIOQUE, R. (dir.), *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2018.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el derecho administrativo de la nueva economía», *Justicia Administrativa*, núm. 18, 2003.
- «Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación «para la formación de la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, 2015.
 - «La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos», *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «León Duguit en España y en español», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010.

- «Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación», *Revista de Administración Pública (RAP)* núm. 200, 2016.
- «El derecho a una buena administración en la sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019», *Revista de Administración Pública*, núm. 209, 2019.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., «Buen gobierno, innovación y contratación pública. Examen crítico de algunas técnicas para el fomento de la integridad en los contratos públicos, a la luz del Derecho Europeo y de su recepción por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre», en el libro colectivo *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2018.
- FLETA-ASÍN, J., MUÑOZ-SÁNCHEZ, F. y GIMENO FELIÚ, J.M., «Does the past matter? Unravelling the temporal interdependencies of institutions in the success of public-private partnerships», *Public Management Review*, 2022, DOI: 10.1080/14719037.2022.212555.8.
- FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, A.J., «La ruptura del equilibrio del contrato y sus correcciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021.
- FRACCHIA, F., «Concessione amministrativa», en FALZEA, A., GROSSI, P., CHELI, E. y COSTI, R., (eds.), *Annali I. Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, 2008.
- «Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales: entre externalización y municipalización», en el libro colectivo *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Madrid, Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A., «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004.
- FUENTES I GASÓ, J.R., «El contrato de concesión de servicios. Un instrumento público prestacional en evolución», *Revista catalana de dret públic*, núm. 64, 2022.
- FUERTE GINÉ, L., «La contratación pública sostenible bajo la lente del concepto paraguas», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58, 2021.
- FUERTE LÓPEZ, M., «Los riesgos del riesgo de explotación», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013.
- «La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF)», *Revista de Administración Pública*, núm. 175, 2014.
- «Contratos excluidos de las directivas europeas», en *administraciónpublica.com*, junio 2016.
- «Semilla de la corrupción: los dineros de las formaciones políticas», en BETANCOR, A. (dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Civitas, 2017.
- *Las desventuras del dinero público. Elegía al principio de «riesgo y ventura»*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- HUERGO LORAS, A., «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, núm. 4, nueva época, 2017.
- «Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018.
- GALÁN VIOQUE, R., *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2018.
- GALLEGO CORCOLES, I., «Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la directiva 2014/24/UE sobre contratación pública», en ALMEIDA, M. y MARTÍN, I., (dirs.), *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014).
- «La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública», en el libro colectivo *Las directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- GANUZA FERNÁNDEZ, J.J. y GÓMEZ AVILÉS-CASCO, F. «El reparto óptimo de riesgos en las relaciones público-privadas», en *Economía industrial*, núm. 398, 2015.

- «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa*. Nueva Época, núm.4, enero-diciembre 2017.
- «Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea», *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, núm.62, 2021.
- «Capítulo XI. La contratación de soluciones de inteligencia artificial», en GAMERO, E., y PÉREZ GUERRERO, F. (coords.), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, Tirant Lo Blanch, 2023.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm.2, 1950.
- GARCÍA JIMÉNEZ, A., *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, Tecnos, 2018.
- «La revisión de precios de los contratos públicos en un escenario inflacionista», *Revista de Administración Pública*, núm.221, 2023.
- *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, Madrid, Tecnos, 2018.
- GARCÍA MEILÁN, J. C., «Buen gobierno y profesionalización de las compras públicas», en el libro colectivo *Transparencia y participación para un gobierno abierto*, El Consultor de los ayuntamientos, Madrid, 2020.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M., «Tecnologías digitales para el control de la contratación pública», *Revista de Auditoría Pública*, núm.79, 2022.
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., «Regulación y compra pública de medicamentos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.205, 2020.
- «El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos», en GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) y DE GUERRERO MANSO, C. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2014*, Cizur Menor, 2020.
- «Compra pública de medicamentos. Regulación, realidad y alternativas», *Diario La Ley*, núm. 10172, 2022.
- «Los límites del contrato público: el caso de los servicios de asesoramiento y defensa en juicio de las Administraciones públicas», en el libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2022 académico*, 2023.
- GARCÍA, B. y PARDO, M. (dirs.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- GIMENO FELIÚ, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, Civitas, 2006.
- «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.149, 2010.
- «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.99, 2010.
- «La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMEs como estrategia de reactivación económica», en el libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Cizur Menor, Civitas, 2012.
- «Obras públicas de urbanización y contratación pública: el estado de la cuestión en la jurisprudencia del TJUE», en el *Libro Homenaje Prof. T.R. Fernández, Administración y Justicia*, vol II, Civitas, Cizur Menor, 2012.
- «Compra pública estratégica», en PERNAS GARCÍA, J. (dir.), *Contratación pública estratégica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- «La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable», en el libro colectivo *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013.
- *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

- «Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- *La Ley de Contratos del Sector Público. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- «Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los arts. 74 a 77 de la nueva directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)», *Revista Derecho y Salud*, vol. 26, núm. 2, 2015.
- «La Ley 3/2011, de medidas de contratos del sector público. Alcance de su contenido y valoración de sus propuestas», *Actas XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Justicia de Aragón, 2015.
- «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en el libro colectivo *Las directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- «La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015.
- *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*, Número monográfico especial, Observatorio de los contratos Públicos, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario», *Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58/59, 2016.
- «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno*, núm. 82, 2016.
- «El necesario Big-Bang contra la corrupción en materia de contratación pública y la necesidad de rearmar el modelo de control desde la óptica de la integridad y el buen gobierno», *Revista Internacional Transparencia Internacional R.I.T.I.* núm. 2, septiembre-diciembre 2016.
- «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», en VILLORIA, M., GIMENO, J. M. y TEJEDOR, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, 2016.
- «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en relación con la financiación de partidos políticos», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites», *Anuario del Gobierno Local 2017*, Fundación y Democracia Gobierno Local, 2017.
- «Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017.
- «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en relación con la financiación de partidos políticos», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», *Cuadernos Derecho Local*, núm. 43, 2017.
- «Las novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público tras su aprobación en el Congreso de los Diputados», publicado en *Revista Electrónica del Observatorio de Contratación Pública* www.obcp.es, julio, 2017.
- «La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación», *Revista Ius Publicum*, núm. 1, 2018.

- «La transferencia de conocimiento de las universidades públicas y la incidencia de la legislación de contratos públicos: diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorpóreos (derechos intelectuales)», Monográfico *Revista Aragonesa Administración Pública*, XVIII, Zaragoza, 2018.
- «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, 2018.
- «Reglas aplicables a los entes públicos cuando actúan como operadores económicos (contratistas)», publicada la *Revista electrónica del Observatorio de Contratación Pública* el 17 de diciembre de 2018, disponible en www.obcp.es.
- «Ser o no ser poder adjudicador ¡¡esa no es cuestión!!», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- «Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP», en el libro colectivo *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018 (2.^a ed. 2023).
- «Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia», en el libro colectivo *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, Madrid Marcial Pons, 2018.
- «La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 202, 2019.
- *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- «La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 159, 2019.
- «La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 202, 2019.
- «Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de Integridad y de Transparencia», *Revista Internacional de transparencia e Integridad*, núm. 9, 2019.
- «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública», *Revista El Cronista del estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, marzo-abril 2020.
- «Integridad y transparencia en la contratación pública y su significado en tiempos de emergencia», *Anuario Transparencia Local* 3, 2020.
- «Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 205, 2020.
- «Análisis sobre la aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público; especial referencia a los artículos más complejos en su tramitación», *Cuadernos de Derecho Local*, 52, 2020.
- «La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad», *Revista Economía Industrial*, núm. 415, 2020.
- «Integridad y transparencia en la contratación pública. De las ideas a la acción», en el libro colectivo *Ética pública en el siglo XXI*, Madrid, INAP, 2021.
- «La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción», en J. ESTEVE PARDO (dir.) *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local, núm. 32, Madrid, Fundación y Democracia Gobierno Local, 2021.

- «Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)», *Observatorio de contratación pública 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- «El derecho de los contratos públicos en España: novedades y propuestas de futuro», *Revista Ius et Veritas*, núm. 62, 2021.
- «Los fondos europeos next generation como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 214, 2021.
- «La adquisición masiva de vacunas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, 2021.
- «La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción», en ESTEVE PARDO, J. (dir.), *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local núm. 32, Madrid, Fundación y Democracia Gobierno Local, 2021.
- «Capítulo xxxv. Contratación pública», *Estudios sobre Cambio Climático y Transición Energética*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- «Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia», *Observatorio de contratación pública 2021*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.
- «Contratación pública en tiempos excepcionales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.
- «A propósito de la (IN) adecuación a los principios de la contratación pública de ofertas a pérdidas en la contratación pública y en negocios concesionales», *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 60, 2022.
- «El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022.
- «Los fondos *next generation* y el rol de los órganos de control externo», en REGO, S. (dir.), *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Aranzadi, 2022.
- «Los fondos *Next Generation*: su aplicación en España desde la perspectiva del sistema de distribución territorial», *Informe Comunidades Autónomas 2021*, Barcelona, IDP, 2022.
- «Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente», *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 60, 2023.
- «La jurisprudencia reciente del TJUE en materia de contratos públicos. Efectos prácticos», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 61, 2023.
- «El “eterno” viaje normativo de la contratación pública: tendencias y aspectos prácticos», en *Observatorio de la Contratación Pública*, (revista electrónica), enero, 2023.
- «La Administración pública como autoridad de regulación y como operador económico en los mercados: ¿freno o impulso de la economía?», en el libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- «Sobre el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y su consideración de negocio excluido de la normativa de contratación pública y la posibilidad de retribución mediante pacto de cuota Litis», *Revista Estudios Autonómicos y Locales*, REALA, nueva época, núm. 19, 2023.
- «Hacia un nuevo enfoque de la prestación de salud desde una moderna contratación pública inteligente alineada con la buena administración», *Revista europea Ius Publicum*, vol. I, 2024.

- GIMENO FELIÚ, J. M. y PEIRO BAQUEDANO, A. I. «Public-private partnership and its role as a warrant of the public interest», en el libro colectivo *Service concessions in the EU: a comparative study of the transposition of directive 2014/23 on the award of concession contracts into national law*, Aranzadi, 2018.
- GIMENO, J. M., SALA, P., y QUINTEROS, G., *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017.
- GIMENO FELIÚ, J. M., y GARCÍA-ÁLVAREZ, G., *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor*, Aranzadi, 2020.
- GIMENO FELIÚ, J. M. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. y TEJEDOR BIELSA, J., *La compra pública de tecnología en la nube en España. Deficiencias y sugerencias de mejora*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.
- GOMÁ, J., *Ejemplaridad pública*, Taurus, 2009.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, *Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026*, disponible en <https://contrataciondelestado.es/b2b/noticias/ENCP.pdf>
- *Informe trienal de la JCCPE sobre la contratación pública en España 2018-2020*, disponible en <https://www.hacienda.gob.es/DGPatrimonio/junta%20consultiva/trienal2021.pdf>
- *IV Plan de Gobierno Abierto de España 2020-2024*. disponible en https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto/planes-accion.html
- GOBIERNO DE ESTADOS UNIDOS, *Estrategia Buy Clean*, disponible en <https://www.sustainability.gov/buyclean/>
- https://ec.europa.eu/commission/sites/betapolitical/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf
- GOMETZ, G., *La certeza jurídica como previsibilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- GONZÁLEZ ALONSO, A., «La contratación pública ecológica», *Justicia Administrativa*, núm. 47, 2010.
- GÓMEZ FARÍNAS, B., «El principio de proporcionalidad como parámetro de interpretación y control en materia de contratación pública», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- *El principio de proporcionalidad en la contratación pública*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. R., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- «La Unión Europea y el Estado social», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programas “anti-corrupción” como exigencias legales de contratación pública», en GARCÉS SANAGUSTÍN, M. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, Cizur Menor Aranzadi, , 2013.
- GÓMEZ GUZMÁN, J. C., *La determinación del precio en los contratos públicos con base en el coste*, La Ley, 2018.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Sostenibilidad social y ambiental en la dir.ctiva 2014/24/UE de contratación pública», *Revista Español de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015.
- «Ley de Contratos del Sector Público y Entidades Locales: la exigencia de planificación de la contratación», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2018.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Cizur Menor, Civitas, 2.ª ed., 2014.
- GONZALEZ SANFIEL, A., «La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?», en HERNÁNDEZ, F. (dir.), *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, 2016, pp. 31-48.
- GONZÁLEZ-VARAS, S., *El Derecho Administrativo Europeo*, Sevilla, IAAP, 2003.

- GORDO CANO, D., «Desafíos y soluciones para la efectiva incorporación de cláusulas sociales a la contratación pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 127, septiembre-diciembre, 2023.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?», *Justicia administrativa*, núm. 20, 2003.
- GUICHOT, E., «Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción», en el libro colectivo *La Corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, 2016.
- HAURIOU, M., «L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales», en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, vol. 23, 1933.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., «Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos», en GAMERO CASADO, E., y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., «Una ley de contratos para tiempos de crisis», *Revista electrónica Observatorio de la Contratación Pública*, enero, 2021.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «De nuevo sobre el concepto de poder adjudicador. Las entidades del sector público no administración pública», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 198, 2019.
- HERNÁNDEZ, F., *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, 2016.
- HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Cizur Menor, Civitas, 2012.
- HUERGO LORA, A., «Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, REALA*, Nueva Época, núm. 8, 2017.
- «Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo», en HUERGO LORA, A. (dir.), *La regulación de los algoritmos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020.
- HUERTA BARAJAS, J. A. y CASTEJÓN GONZÁLEZ, J., *Guía para el control y auditoría de los procesos de contratación pública*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 2023.
- IGLESIAS REY, P., «Reflexiones en clave jurídica sobre el control de los fondos europeos de recuperación ¿deben los ICEX adoptar un nuevo rol en el control?», *Auditoría Pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 79, 2022.
- «La integridad, la prevención de riesgos y el control externo en la contratación pública: En especial: la fase de ejecución de los contratos públicos», Universidad Vigo, septiembre de 2024.
- JANSSEN, W. y CARANTA, R., (eds.), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law*, Oxford, Hart, 2023.
- JOURDAN, P., «La formation du concept de service public», *Revue Droit Public*, 1, 1987.
- KAUFMANN, D., «Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción», *Revista Finanzas & Desarrollo*, septiembre, 2005.
- KLITGAARD, R., *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Buenos Aires, Sudamérica, 1994.
- LABRIQUE, A., VASUDEVAN, L., MEHL, G., ROOSKAM, E. y HYDER, A. A., «Digital health and health systems of the future. Global Health», *Science and Practice*, 6, Suppl. 1:1-2, 2018.
- LAPUENTE, V., «Por qué la corrupción no se castiga», *Política Comparada*, núm. 2011/02, Laboratorio de Alternativas, 2011.
- LAZO VITORIA, X., «El futuro del mercado concesional en Europa», *REVISTA CEFLEGAL. CEF*, núm. 154, noviembre, 2013.
- «La figura del "concierto social" tras las directivas europeas de contratación pública», publicado en www.obcp.es.
- «Prestación de servicios a las personas: ¿concierto social o contrato?», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 20, 2023.

- LEÓN, C.J., ARAÑA, J.E. y DE LEÓN, J., «Valuing the Social Cost of Corruption using Subjective Well Being Data (SWB) and the technique of Vignettes», *Applied Economics*, vol. 45, núm. 27, 2013.
- MALARET, E., «El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia», *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, primer semestre, 2016.
- MALARET I GARCIA, E. y PADRÓS, X., «La col·laboració publicoprivada en el procés d'execució dels plans finançats amb fons NextGenerationEU: més enllà de la tradicional distinció entre formes organitzatives i formes contractuales, l'especial rellevància de les subvencions», *Revista catalana de dret públic*, núm. 63, 2021 (Ejemplar dedicado a *Els fons europeus NextGenerationEU: reptes per a les administracions públiques*).
- MALEM SEÑA, J., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- MARTÍN REBOLLO, L., «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 100-102, 1983.
- MARTÍN-RETORTILLO, S., «Las nuevas perspectivas de la Administración Económica», *Revista de Administración pública*, núm. 116, 1988.
- *Derecho Administrativo Económico I*, Wolters Kluwer, 1988.
- MARTÍNEZ ALONSO, J.L., «La controversia sobre la gestión contractual de los servicios no públicos: concesiones y contratos de servicios versus contratos de arrendamiento y otras figuras patrimoniales», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2021*, Aranzadi, 2022.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., «“Transparencia” vs. “transparencia” en la contratación pública. Medidas para la transparencia material en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción», *Diario La Ley*, núm. 8607, Sección Doctrina, 2015.
- «Fomento del acceso de PYMES a la contratación pública», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143, 2016.
- *Contratación Pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, Madrid, La Ley, 2016.
- «La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 20, Sección Opinión/Actualidad, Quincena del 30 oct. al 14 Nov., Ref. 2425/2017, 2017.
- «Corrupción en la contratación pública», en BETANCOR, A. (dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Cizur Menor, Civitas, 2018.
- «La cuestión competencial en el ámbito de la contratación del sector público: la delimitación de lo básico en la doctrina constitucional (STC 68/2021, de 18 de marzo)», *Revista de Administración Pública*, núm. 219, 2021.
- MARTÍNEZ MONTES, G., «Calidad y precio en la contratación pública. Los umbrales de saciedad y su sentido estratégico», en *Revista electrónica Observatorio de la Contratación Pública*, enero, 2020.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., «El servicio público local. Redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos», en CARRILLO DONAIRE, J.A., y NAVARRO RODRÍGUEZ, P., (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos-La Ley, 2014.
- MATTARELLA, B.G., *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- MAZZUCATO, M., *No desaprovechemos esta crisis: fortalecer el sector público como premisa para la recuperación*, Galaxia Gutenberg, 2021.

- MEDINA ARNAIZ, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, 2011.
- «Social Considerations in Spanish Public Procurement Law», *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011.
 - «Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 121, 2013.
 - «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en el libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Cizur Menor, Civitas, 2014.
 - «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*, núm. 104.2, 2016.
 - «¿Quién contamina no contrata? Las prohibiciones de contratar vinculadas a la protección del medio ambiente», en LAZO VITORIA, X. (dir.), *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, 2018.
 - «Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo», en el libro colectivo *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, 2018.
 - «Los retos de la contratación pública en clave europea», en MEDINA, R., *El pago por resultados en las compras de salud, ¿Hacia un nuevo estándar?*, en el III Congreso anual del Observatorio de Contratos Públicos (Zaragoza, 2019) http://www.obcp.es/sites/default/files/2019-11/Taller3_Roberto_Medina.pdf.
 - «Los retos de la contratación pública en clave europea», en el libro colectivo *Observatorio de Contratos Públicos 2020*.
- MEILAN GIL, J. L., «Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013.
- «Un “meeting point” de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 198, 2015.
- MESTRE DELGADO, J. F., «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)* núm. 291, 2003.
- «Reflexiones sobre el principio de transparencia como remedio eficaz para prevenir la corrupción», en BETANCOR, A. (dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Civitas, 2017.
 - «Las principales novedades de la ley de contratos del sector público», en el libro colectivo *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- MIGUEZ MACHO, L., «Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público», en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Cizur Menor, Civitas, 2014.
- MIRANZO DÍAZ, J., «Los criterios de adjudicación ambientales en las directivas de 2014», en RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M.^a (dir.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- «A Taxonomy of Corruption In EU Public Procurement», *EPPPL - European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, Issue 4, 2017.
 - «Los nuevos agentes de control en los procedimientos de compra pública: pactos de integridad y canales de denuncia», en GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), DE GUERRERO MANSO, C. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Cizur Menor, Aranzadi, Thomson Reuters, 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*, núm. 51, 2019.

- «Inteligencia artificial y contratación pública», en MARTÍN, I., y MORENO, J.A., (dir.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Madrid, Justel, 2020.
- *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, 2020.
- «El papel de la contratación pública en el desarrollo digital de la Administración: especial referencia a la inteligencia artificial», *Revista Contratación administrativa práctica*, núm. 182, 2022.
- MORCILLO MORENO J., «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al *dumping* social intracomunitario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 47-48, 2016.
- MOLINA HERMOSILLA, O., *Dimensión cualitativa de la contratación pública en la era COVID-19*, Granada, Comares, 2021.
- MORA RUIZ, M., *El control de la contratación pública local: construcción sistemática*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- MORA-SANGUINETTI, J.S., «Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. Cuantificación e impacto de la complejidad normativa de España», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 114, 2022.
- MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.
- «Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 83, 2009.
- «El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación», en el libro colectivo *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, t. II, Pamplona, Thomson, 2012.
- «La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- «Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017.
- «La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 19, 2018.
- *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- «Objetivos y novedades destacables de la Ley 9/2017 de contratos del sector público», *Revista Gallega Administración Pública*, núm. 55, 2018.
- «Criterios sociales de adjudicación en el marco de la contratación pública estratégica y sostenible post-COVID-19», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 210, 2021.
- «Protección frente a los incendios forestales y normas reguladoras en Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 110, 2021.
- «La ejecución de los fondos de recuperación europeos. Medidas sobre contratación pública introducidas por el Real Decreto Ley 36/2020», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 119, 2021.
- «Racionalización de las compras menores y utilización de medios electrónicos. En especial, los sistemas dinámicos de adquisición y las subastas electrónicas», en GIMENO FELIÚ (dir.) y GUERRERO MANSO (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.
- *Compra pública socialmente responsable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- *El derecho a una buena administración*, Ed. Universidad Castilla La-Mancha, 2022.

- «Cinco años de reforma de la LCSP», *Revista electrónica Observatorio de contratación pública*, marzo, 2023.
- «La interpretación del derecho de la contratación pública por la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2022*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- MORENO MOLINA, J.A. y SERNA BARDAVIO, D., «El conflicto de intereses como causa de extinción *ex lege* de las concesiones demaniales», *Revista Catalana de Dret Públic* núm. 63, 2021.
- MORENO MOLINA, J.A. y DOMÍNGUEZ ALONSO, P., «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en el libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2014.
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, Madrid, La Ley, 2007.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, Alianza Editorial, 1993.
- «La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los Ordenamientos internos», *Revista andaluza de administración pública*, núm. 7, 1991.
- *Servicio público y mercado*, t.I, Civitas, 1998.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol.I, Thomson Civitas, 2004.
- *Contratos del Sector Público*, t.XIII del *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2.^a ed., Madrid, BOE, 2018.
- MUÑOZ MACHADO, S. y BAÑO LEÓN, J.M., «Libertad de empresa y unidad de mercado», en el libro colectivo *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, 1989.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español», en el libro colectivo *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, Atelier, 2004.
- «La colaboración público-privada en las obras hidráulicas», en el libro colectivo *Tributos, aguas e infraestructuras*, Barcelona, Atelier, 2012.
- «La directiva “recursos” y sus consecuencias prácticas», en GIMENO, J.M., (dir.) del Grupo Investigación del CGPJ de 2015, *Contratación administrativa*, 2015.
- «Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos», en GAMERO CASADO, E., y GALLEGU CORCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Públicos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- «El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del sector público, compra conjunta y centrales de compra», en GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Publico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- «La colaboración público privada a prodigo de los Fondos Europeos *Next Generation*(NG EU):PERTE, agrupaciones, consorcios y sociedades de economía mixta», en *Observatorio de los contratos públicos 2020*, (dir. J. M. GIMENO Feliú, Coord. C. de Guerrero), Cizur Menor, Aranzadi, 2021.
- «Por una contratación pública transparente y abierta en el marco de los Fondos Next Generation (NGEU): Algunas manifestaciones», en GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), DE GUERRERO, C. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2021*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.
- «El mecanismo excepcional de revisión de precios y la doctrina del riesgo imprevisible», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2022*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- OCDE, *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*. Madrid, INAP, 2010, disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/governance/la-integridad-en-la-contratacion-publica_9789264085084-es

- *Progress Made in Implementing the OECD. Recommendation on Enhancing Integrity in Public Procurement*, 2012, disponible en <https://www.oecd.org/gov/ethics/combined%20files.pdf>
- *Recommendation of the Council on Competitive Neutrality* OECD/legal/0463, de 31 mayo de 2021, disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0462>
- OFICINA EUROPEA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE (OLAF), *Fraude en la contratación pública. Recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas*, Ares(2017)6254403, de 20/12/2017, 2017, disponible en https://www.mapa.gob.es/es/pesca/temas/fondos-europeos/fraude-en-la-contratacion-publica_tcm30-501388.pdf
- OIRESCON, Informe, *Informe especial relativo a la contratación estratégica en 2021*, disponible en <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica2023.pdf>
- ORDÓÑEZ SOLÍS, *La Contratación pública en la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, 2002.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local», *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3, 2009.
- PALACÍN SÁENZ, B., «La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?», en *Gabilex*, núm. 7, septiembre, 2016.
- «A la responsabilidad social por la contratación pública», publicada en www.obcp.es.
- *A la responsabilidad social por la contratación pública*, Madrid, BOE, 2021.
- PALOMAR OLMEDA, A., *Colaboración público-privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011.
- PALOMAR OLMEDA, A., TEROL GÓMEZ, R y RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R., *Situación y problemática actual de la contratación administrativa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- PARLAMENTO EUROPEO, Briefing, *The EU's Public Procurement Framework*, abril 2020, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/648770/IPOL_BRI\(2020\)648770_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/648770/IPOL_BRI(2020)648770_EN.pdf)
- Resolución, *Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores*, 25 de noviembre de 2020, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0318_ES.html
- Resolución, *Sobre la modernización de la contratación pública* (2011/2048(INI)), 25 de octubre de 2011, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2011-0326_ES.html
- PEIRO BAQUEDANO, A. I., *El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.
- PEMÁN GAVIN, J., «El derecho a la protección de la salud entre aspiraciones y realidades. Marco conceptual y perspectiva internacional», en el libro colectivo *Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXI*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020.
- PEÑA OCHOA, A., «El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción», en el libro colectivo *La corrupción en España*, Atelier, Barcelona, 2016.
- «Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- PEÑALVER, A., *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso-administrativo: legitimación y limitaciones económicas*. En *administrativo: legitimación y limitaciones económicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- PERNAS GARCIA, J., *Contratación Pública Verde*, Madrid, La Ley, 2011.
- «El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, 2012.
- «El uso de las etiquetas ambientales en la contratación pública», en LAZO VICTORIA (dir.), *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, 2018.

- «La “contratación circular”: el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos», *Revista electrónica Observatorio de Contratación Pública*, abril, 2020.
- «La “contratación circular”: el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos», en: <http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-contratacion-circular-el-papel-de-la-compra-publica-en-la-realizacion-de-una-economia>.
- «Comprar “rápido” y “estratégicamente” en la ejecución de los fondos *Next Generation*: Análisis y valoración de las medidas estatales y autonómicas para la agilización de procedimientos de contratación pública y para la utilización estratégica de las compras públicas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Extra 20, 2021.
- «Compra pública circular: análisis de las barreras, posibilidades y límites del marco jurídico y organizativo actual y propuestas de mejora», en NOGUEIRA LÓPEZ, A. y VENCE DEZA, X. (dirs.), *Redondear la economía circular: del discurso oficial a las políticas necesarias*, 2021.
- «Las etiquetas ambientales en la Ley 9/2017 de contratos del sector público: una herramienta para simplificar y dotar de seguridad jurídica a la integración de consideraciones ambientales en la preparación contractual», en LAZO VITORIA, X. (dir.), *Compra pública verde y cambio climático*, 2022.
- «Hacia una compra pública verde “en serio” de la mano del principio DNSH: propuesta básica para su necesaria articulación jurídica y técnica», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, mes 10-11 (octubre-noviembre), 2022.
- «El principio DNSH del mecanismo de recuperación y resiliencia y su incidencia en la gestión contractual del plan de recuperación, transformación y resiliencia», en *Observatorio de los contratos públicos 2022*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- «El “Tsunami” regulatorio derivado de las políticas económicas de transición ecológica: hacia un derecho sustantivo de la contratación pública para la “sostenibilidad” y la “resiliencia” en la UE», *Revista electrónica Observatorio de la Contratación Pública*, septiembre, 2023.
- PERNAS GARCÍA, J. Y DÍAZ BRAVO, E., (dirs.) *El Contrato público como herramienta para la resiliencia y el cambio social. Una aproximación iberoamericana*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2024.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria», en el libro colectivo *Homenaje al profesor González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993.
- PINTOS SANTIAGO, J., *Cinco años de la Ley de Contratos del Sector Público: análisis de situación y soluciones para su aplicación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- PITA BARROS, P. y MONTEIRO, F., *On self-defeating Price only tenders: evidence from the Portuguese vaccine market*, Lisboa, Manuscrito Nova school of Business and Economic, 2019.
- PONCE SOLE, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova, 2001.
- «La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local», en *Anuario de Derecho Local* 2012, Barcelona, IDP, 2013.
- «La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local», en *Anuario de Derecho Local* 2012, Barcelona, IDP, 2013.
- «La lucha por el buen gobierno y la buena administración como vocación del Derecho administrativo del siglo XXI. La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, 2016.

- «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 40, 2016.
 - «Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo», *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 3, 2017.
 - *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Universidad Alcalá de Henares (UAH), 2019.
 - «Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora M. De Benedetto, Corruption from a Regulatory Perspective», *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 24, 2023.
 - «El derecho a una buena regulación: importancia y nuevas perspectivas», en el libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- PORTER, M. y LEE, T., «The strategy that will fix health Care», *Harvard Business Review*, octubre, 2013.
- PORTER, M., y TEISBERG, E. *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, Harvard Business Scholl Press, 2006.
- PRATS CATALA, J., «La lucha contra la corrupción como parte integrante del derecho, el deber y las políticas de buena administración», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 31, 2017.
- PUERTA SEGUIDO, F.E., *La colaboración público-privada en el desarrollo y explotación de infraestructuras viarias: «una de cal y otra de arena»*, Madrid, Iustel, 2022.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA M., «El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector público», *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010.
- «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015.
 - «Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos», en RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M.^a (dir.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- REVUELTA, A. V., y VILLORIA, M., «La regulación de los grupos de interés como instrumento de prevención de la corrupción», en el libro colectivo *La corrupción en España*, Barcelona, Atelier, 2016.
- REZZOAGLI, B. A., *Corrupción y Contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Salamanca, Editorial Ratio legis, 2005.
- RIVERO ORTEGA, R., «Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana», en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E. A., (dirs.), *Corrupción y delincuencia económica*, Universidad Santo Tomás (USTA), 2008.
- RODRÍGUEZ ARANA, J., «Los principios del Derecho Global de la contratación pública», *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 66, 2011.
- «La contratación del sector público como política pública», en el libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, 2013.
 - «Los principios del Derecho Global de la contratación pública», *REDA*, núm. 179, 2016.
- RODRÍGUEZ-ARANA y HERCE MAZA, J. I., «La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. Extra 1, (Ejemplar dedicado a: Un año de compra pública con la LCSP), 2019.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009.

- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «La posición de las sentencias del tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sistema constitucional de fuentes», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.
- ROMERO MOLINA, C., y GÓMEZ MONTERROZA, L., «La calidad en la contratación pública desde el softlaw OCDE», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2022*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- ROSE-ACKERMAN, S., y PALIFKA, B., *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- RUIZ DANIEL, M., «El responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *www.obcp.es*, 18 de junio, 2018.
- RUIZ DE CASTAÑEDA, A. y BERNAL BLAY, M.A., «La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, Civitas, 2011.
- SÁINZ RUBIALES, I., «La protección del ambiente en la nueva Ley de contratos: del Estado meramente comprador al Estado ordenador», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018.
- SALA SÁNCHEZ, P., «La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica», *Revista española de control externo*, vol. 16, núm. 46, 2014.
- SANMARTÍN MORA, A., «Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias», en el libro colectivo *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*, Zaragoza, 2010.
- «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012.
- «Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, 2014.
- «¿Es posible una Compra Pública Estratégica sin estrategia?», *Revista electrónica Observatorio de Contratación Pública*, septiembre, 2023.
- «Contratación abierta. ¿qué es?», *Revista electrónica del Observatorio de Contratación Pública*, disponible en <https://www.obcp.es/opiniones/contratacion-abierta-que-es>
- SANTAMARÍA PASTOR J.A., «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2013.
- *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- «Contratos del sector público y derecho de la Unión», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016.
- «¿Riesgo sin ventura? Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019 y 19 de febrero de 2020», *Revista de Administración Pública*, núm. 214, 2021.
- «Relación conclusiva», *Revista de Administración Pública*, núm. 216, 2021.
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, M.J., «Doctrina de los Tribunales administrativos de recursos contractuales en relación a los aspectos medioambientales en la contratación», GALÁN VIOQUE, R. (dir.), *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2018.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., «Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las directivas de contratación al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015.

- SANZ RUBIALES, I., «La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del Estado meramente "comprador" al Estado "ordenador"», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018.
- SARASÍBAR IRIARTE, M., «La contratación pública se tiñe de verde», en *Observatorio de los contratos públicos*. Número monográfico especial. Las Nuevas directivas de Contratación Pública, 2015.
- STATSKONTORET, *Principles of Good Administration in the Member States of the European Union*, 2005. Disponible en <http://www.statkontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>
- STROMBOM, D., «Corruption in Procurement», en *Economic Perspectives*, núm. 3, 1998.
- TEISBERG, E., *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, Harvard Business Scholl Press, 2006.
- TEJEDOR BIELSA, J., *La contratación pública en España ¿sobreregulación o estrategia?*, Cizur Menor, Civitas, 2018.
- TERRÓN SANTOS, D., «La nueva actividad pública de fomento: el "green nudge" en la actual contratación pública», en *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 22, 2019.
- TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, Informe especial, *Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública*, Ref. 17/2016, disponible en https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR16_17/SR_PROCUREMENT_ES.pdf
- Informe especial, *Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión*, Ref. 10/2015, disponible https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_10/SR_PROCUREMENT_ES.pdf
- TORNOS MAS, J., «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», libro colectivo *Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza, Justicia de Aragón, 2008.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos», en el libro colectivo *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2012.
- «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en el libro colectivo *Por el Derecho y la libertad*, vol. II, *Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Madrid, Iustel, 2014.
- «Definición del objeto contractual en la compra pública de innovación», en el libro colectivo *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2018.
- «Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del big data», en GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.
- «La especialización o la profesionalización, la independencia y el liderazgo como elementos clave para el buen funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública español», en el libro colectivo *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- «La planificación, asignatura pendiente en la cultura de una buena gestión de la contratación pública», *Observatorio de Contratación Pública*, Revista electrónica, febrero, 2021.
- «Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos: ¿son admisibles?», *Revista de Administración Pública*, núm. 217, 2022.
- «Profesionalizar los mecanismos de control de la contratación pública: relevancia de observar los principios de mérito y capacidad en la selección de los miembros de los órganos que conocen del recurso especial en materia de contratación», en

- RODRÍGUEZ ARANA, J. y DÍAZ BRAVO, E. (dirs.), *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Tirant Lo Blanch, 2023.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y MIÑO LÓPEZ, A., «Hacia la prevención de los cárteles en la contratación pública», en el libro colectivo *La lucha contra los cárteles en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y GÓMEZ FARIÑAS, B., «Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental», en LAZO VICTORIA, X. (dir.), *Compra Pública Verde*, Barcelona, 2018.
- VALERO TORRIJOS, J., «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019.
- «Inteligencia Artificial y contratación del sector público», en el libro colectivo *Observatorio de Contratación Pública*, enero, 2020.
- VANDELLI, L., *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli?*, Milano, FrancoAngeli, 2009.
- *Papeles y papeleo*, El Cronista, 2015.
- VAQUER CABALLERÍA, M., «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 186, 2011.
- «Corrupción pública y ordenamiento jurídico», en *La corrupción en España*, Barcelona, Atelier, 2016.
- «Para qué sirve el procedimiento administrativo», en el libro colectivo *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III Instituciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- VARA ARRIBAS, G., «Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública», *Revista Española de Derecho Comunitario*, núm. 26, 2008.
- VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B., *La figura del contrato menor en la contratación pública española*, Aranzadi, 2023.
- VÁZQUEZ MATILLA, J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015.
- «El concepto de mejor relación calidad precio. La imposibilidad de que el precio sea el factor determinante», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 157, 2018.
- VÁZQUEZ MATILLA, J. y RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M., *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, 2017.
- VELASCO CABALLERO, F., «La planta local de España: Criterios para la toma de decisiones», en GIMENO, J.M. (coord.), *La Organización Local. Nuevos Modelos*, Cizur Menor, Civitas-Aranzadi, 2011.
- VÉLEZ TORO, J.A., «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, septiembre-diciembre, 2009.
- VÉRNIA TRILLO, S., «La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002.
- VILLALBA PÉREZ, F., «La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 74, 2009.
- VILLALTA REIXACH, M., «Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- ZOZAYA GONZÁLEZ, N.; ALCALÁ REVILLA, B.; ARRAZOLA MARTÍNEZ, P.; CHÁVARRI BRAVO, J.R.; CUESTA ESTEVE, I.; GARCÍA ROJAS, A.J.; MARTIMÓN-TORRES, F.; REDONDO MARGÜELLO, E.; RIVERO CUADRADO, A.; TAMAMES, S.; GÓMEZ, J.; VILLASECA CARMENA e HIDALGO-VEGA, A., «Pathway towards an ideal and sustainable framework agreement for the public procurement of vaccines in Spain: a multi-criteria decision analysis», *Human Vaccines & Immunotherapeutics*, 2020, 1-12. doi/10.1080/21645515.2020.1732164.

ZOZAYA GONZÁLEZ, N.; ALCALÁ REVILLA, B.; ARRAZOLA MARTÍNEZ, P.; CHÁVARRI BRAVO, J. R.; CUESTA ESTEVE, I.; GARCÍA ROJAS, A. J.; MARTIMÓN-TORRES, F.; REDONDO MARGÜELLO, E., y TAMAMES, S., «Análisis de criterios para la adquisición de vacunas en España: en busca de un modelo ideal sostenible», *Vacunas*, 20 (1), octubre, 2019.

