

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 a 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 optimizar 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 concurrieron 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 corrieran 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 se puede 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 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/C98I/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 Abogada 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 asumasen 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.

