

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 CABALLERIA, «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 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 -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.conr.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 entorne 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. SARA-SÍBAR 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 FARIÑAS, «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 SÁENZ, «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, septiembre-diciembre, 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 públicas⁴². 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 pretenden 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 80000 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 si, 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.