

CAPÍTULO II

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Objetivo 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.

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

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

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

La visión estratégica de la contratación pública no es una simple «corriente ideológica». Es mucho más, al ser el «corazón» de una nueva arquitectura institucional en la materia. Lo que queda reflejado expresamente, en Europa, en la Estrategia Europa 2020, que indica que la contratación pública es una

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

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

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

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

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

⁴⁴ Las Instituciones europeas insisten en la visión estratégica de la contratación pública: «Comunicación de la Comisión Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador». Así lo advertía ya en mi trabajo *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación europea*, Cizur Menor, Civitas, 2006, p. 16. Y así insistía en mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 213.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De ahí la necesidad de diseñar un adecuado modelo de gobernanza integral en toda fórmula de colaboración público-privada que ponga especial atención al adecuado cumplimiento de la prestación pública ⁷⁵. Y, frente a una incorrecta lectura del principio constitucional (y europeo) de eficiencia, hay que insistir en la exigencia de hacerse equivaler al estándar de calidad más adecuado para la prestación del servicio, en línea de con una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos ⁷⁶. Calidad de la prestación y eficiencia (y una correcta competencia) están estrechamente relacionadas entre sí y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental en el *check list* de lo que debe ser un moderno y eficaz modelo de gobernanza pública en la colaboración público-privada con vocación de impulso en la transformación del tejido productivo que permita un crecimiento «inteligente», no especulativo, y responsable ⁷⁷. Y para ello debe existir una estrategia que promueva está técnica, ajustando de forma proporcional los riesgos en las fórmulas de colaboración público-privada en sentido estricto ⁷⁸. Donde no resultaría razonable que la autoridad pública

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo: Compra pública estratégica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁹ Al respecto resulta de especial interés el trabajo de M. A. SANMARTÍN MORA, «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», en J. M. GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Pamplona, Aranzadi, 2012, pp. 298-318. El Documento de trabajo de los servicios de la Comisión (SWD/2015/202) que acompaña a la *Estrategia para el Mercado Único* estima los beneficios económicos potenciales de solventar los problemas debidos a la profesionalización en más de 80.000 millones de euros.

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

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

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