

Carta a los partidos políticos.

En busca de la estrella polar de la contratación pública: Calidad y valor de los resultados a través de una contratación pública estratégica al servicio de la ciudadanía.

José María Gimeno Feliu.

Los días 27 a 29, durante el [XIV Seminario de contratación pública celebrado en los pirineos aragoneses \(Panticosa\)](#) se reflexionó sobre como mejorar la contratación pública aportándose visiones desde la gestión política y administrativa, de las empresas (proveedoras del interés general) y de las organizaciones de control y supervisión (que son parte de la gestión).

En el contexto actual de proceso electoral nacional parece conveniente presentar a los partidos políticos alguna serie de reflexiones que, como ya he argumentado en mi trabajo ([Reflexiones sobre la aplicación de la normativa contratación pública en España: en búsqueda de la estrella polar](#)), pasa necesariamente por fijar **la estrella polar que oriente y facilite la navegación de la contratación pública en España desde una efectiva contratación pública estratégica, línea en la que insiste la OIResCon ([informe sobre contratación estratégica, 2022](#))¹, al servicio de la ciudadanía.**

1.- Contexto: inversión, calidad y resultado versus ahorro presupuestario y precio.

Como se indica en el referido trabajo, en la contratación pública, pese a la trascendencia económica, social y política no parece que en España 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 ciudadanos. **La estrella polar de la contratación pública, entre otros principios que “brillan con fuerza” (como la**

¹ 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 (y que, como indica el artículo 334 LCSP, tiene carácter vinculante) 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 al que se refiere el propio artículo 1 LCSP

transparencia, la rendición de cuentas o la integridad) debe ser la calidad y el valor del resultado de la prestación. 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”². **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).** 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 servicio³. 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 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

² J. TORNOS MAS, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública”, libro colectivo *Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, 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..

³Sobre 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;. y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en *Tratado de Contratos del Sector Público*, E. Gamero casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1387-1393 y también Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque”, en Lazo Vitoria (dir.), *Compra pública verde y cambio climático*, 2022, Atelier, Barcelona, pp. 209-26.

de la Competencia, la finalidad última es conseguir una regulación eficiente⁴. 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 resultado.

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 letra en negrita 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). **Por ello, en especial en ámbitos de prestaciones a las personas (como la salud) la referencia debe ser necesariamente el valor, tal y como se explica en las [Conclusiones de la Jornada celebrada el 6 de junio de 2023 por el SERMAS en Madrid](#).**

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)⁵. 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 si criterios referido 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

⁴ Sobre esta idea de regulación eficiente en la contratación pública puede consultarse el último Informe sobre medios propios y competencia: "Guía sobre encargos a medios propios y convenios". Marzo de 2023 (<https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia-encargos-medios-propios-y-convenios>).

⁵ J. M. GIMENO FELIU, "Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)", *Observatorio de contratación pública 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 23-50.

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. Opción adoptada por Comunidades Autónomas (como Baleares o Navarra), conforme al marco constitucional, que han permitido –y esto es lo esencial– una mejor y más eficiente gestión en este ámbito.

Asimismo, transparencia, rendición de cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura de la gobernanza pública económica en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética⁶. Brújula que señala como norte una visión estratégica y horizontal frente a planteamientos excesivamente burocráticos o formales y postulados meramente economicistas⁷. 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. Y muy especialmente en situaciones excepcionales⁸.

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”⁹. Contratación pública estratégica que no debe ser una mera opción sino que debe alinearse con la finalidad de

⁶Justicia social (que forma parte del artículo 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del artículo 9.2 CE. Basta recordar cómo 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.

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

⁸ Como ha puesto de relieve M. MAZZUCATO, *No desaprovechemos esta crisis: fortalecer el sector público como premisa para la recuperación*. Galaxia Gutemberg, 2021, que dedica un capítulo a ello.

⁹ En este contexto hay que recordar 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.

consolidar una compra pública responsable¹⁰, como se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza¹¹, 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)¹². 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 discriminación¹³. Asimismo, en esta nueva

¹⁰ Por todos, J. A. MORENO MOLINA, *Compra pública socialmente responsable*. Tirant lo Blanch, Valencia 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). También V. AGUADO I CUDOLA, *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021; B. PALACÍN SÁENZ, *A la responsabilidad social por la contratación pública*. Editorial BOE, Madrid, 2022; L. FUERTES GINÉS, “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.

¹¹ Firmada el 10 de noviembre de 2021 puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>. Sobre los ODS y la contratación pública *vid.* J. M. GIMENO FELIU, “La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción”, en libro colectivo dirigido por J. Esteve Pardo *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local núm., 32, Fundación y Democracia Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 67-100.

¹² La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM(2021) 245 final, referida a su informe “Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior”. En el Informe se concluye que “*resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE*”. El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión “Adquisiciones sociales –Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas– 2.ª edición” (2021/C 237/01), en la que se incide en que “*Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)*”.

¹³ 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](#)

visión guiada por los parámetros de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (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)¹⁴.

2.- Propuestas de mejora. Hacia una nueva normativa de contratación pública

La nueva “navegación contractual” 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 calidad. Para ello resulta necesaria una **verdadera simplificación y agilidad (por supuesto, con tecnología)** 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. Para ello, en el [“eterno viaje” de la regulación de la contratación pública](#), así como de su aplicación práctica en España, 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

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 a 145 del Informe).

¹⁴ 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.

correcta satisfacción del interés público¹⁵. 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”, en palabras del profesor Luciano VANDELLI, de una burocracia formal (necesitamos una burocracia “inteligente”)¹⁶.

Además conviene una interpretación uniforme que utilice los parámetros europeos pues, insistimos, **“no hay libertad nacional interpretativa” en los conceptos de origen europeo** y que, para esta labor interpretativa, necesariamente debe aplicarse el derecho pretoriano construido por el TJUE que vertebra el sistema (**Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2022, asunto C-486/21, Sharengo**)¹⁷. Esta cuestión es imprescindible para consolidar un modelo alineado con los sistemas de contratación pública europea pues, a la luz de esta jurisprudencia resulta claro que son compatibles con la regulación de la contratación pública criterios de adjudicación que no necesariamente guardan relación directa con la contratación pública (paradigmáticas, entre otras, las sentencias [Concordia Bus Finland](#), C-513/9, o [Wienstrom](#), C-448/01)¹⁸.

Las dificultades interpretativas -donde los órganos de control deben ajustar su importante función a la idea de colaborar y favorecer una mejor gestión sin dilaciones- complican la correcta gestión contractual, por lo que

¹⁵ Vid. J. M. GIMENO FELIU, “El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 59, 2022.

¹⁶ *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.

¹⁷ Sobre el contenido de la última jurisprudencia del TJUE me remito a mi trabajo [“La jurisprudencia reciente del TJUE en materia de contratos públicos. Efectos prácticos”](#), *Cuadernos de Derecho Local* núm. 61, 2023, pp. 198-272. También J. A. MORENO MOLINA, “La interpretación del Derecho de la contratación pública por la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2022*, Aranzadi, 2023, pp.49-

¹⁸ Como ha explicado muy bien C. CHINCHILLA MARÍN, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos público”, OLMO, J. (coord.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011 pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación.

parece conveniente el ajuste de la norma (que debe regular los contratos públicos conforme al modelo europeo), con vocación codificadora y no reglamentista, que debería pivotar, al menos, sobre los siguientes ejes:

1. **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. 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 la Agenda Verde Europea, con los objetivos del Tratado de París, 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.

5. En todo contrato se aplicarán las previsiones del Reglamento (UE) n.º 2022/1031, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países”.

2. **Delimitación competencial más adecuada, limitando lo básico a lo realmente sustantivo conforme a los criterios del Tribunal Constitucional (en especial la sentencia 68/2021)** que permita un adecuado ejercicio de competencias por las Comunidades Autónomas y las entidades locales (en la actualidad existe demasiada rigidez interpretativa y centralizadora)¹⁹. En un contexto de co-gobernanza, las Comunidades Autónomas deberían poder tener capacidad de “singularizar” su estrategia de futuro en la contratación pública, en especial en ámbitos de servicios públicos a las personas como son los sociales o sanitarios. En todo caso, hay que recordar la doctrina de prohibición del *spending power* (capacidad de gasto) del Tribunal Constitucional para evitar que mediante la financiación que concede el Estado se pueda laminar la distribución y ejercicio de competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. La mera existencia de fondos presupuestarios y de la facultad de aplicarlos no es un título competencial habilitante para actuar sobre una determinada materia. Ni mucho menos sobre un amplio abanico de competencias y políticas públicas con un claro anclaje a nivel autonómico.

3. **Clarificación conceptual** de quienes aplican las normas (concepto de poder adjudicador)²⁰, superando la categoría de sector

¹⁹ Hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha delimitado **el alcance competencial en la sentencia 68/2021**. Resulta de interés el trabajo de J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, “La cuestión competencial en el ámbito de la contratación del sector público: la delimitación de lo básico en la doctrina constitucional (STC 68/2021, de 18 de marzo)”, *Revista de Administración Pública* núm. 219, 2021, pp. 189-221.

²⁰ Me remito a J. M. GIMENO FELIU, “Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!”, *Libro Observatorio de los Contratos Públicos 2017*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 29-55 y al estudio de F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ “De nuevo sobre el concepto de poder adjudicador.

público (que genera confusiones), y de a que prestaciones se aplican incorporando, para los dos ámbitos la dimensión funcional del derecho europeo, delimitando mejor las cuestiones organizativas y de cooperación, que se deben regir por otras normas²¹. En el ámbito de la investigación tiene especial interés aclarar las reglas que se aplican cuando un organismo público de investigación se comporta como operador económico y no como poder adjudicador (como si se hace en la Ley Foral 2/2018, de contratos públicos de Navarra).

4. **Delimitación del significado de los principios aplicables en contratación pública**, incluyendo, entre los tradicionales de 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).

5. **Depuración conceptual de los mecanismos de cooperación horizontal, cooperación vertical y acción concertada**, facilitando una adecuada utilización de los mismos preservando las exigencias de eficiencia y de no distorsión de la competencia²². En este punto, como bien ha explicado la Comisión Nacional de Mercados y Competencia en su Informe (ya citado) sobre medios propios (2023) que esta técnica tiene un marcado carácter excepcional²³, sin que sea

Las entidades del sector público no administración pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 198, 2019, pp. 165-188.

²¹ *Vid.*, por todos, B. NOGUERA DE LA MUELA, “Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma: Nueva Época*, núm. 18, 2022, pp. 32-55.

²² Criterio aplicado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia 1774/2021, que reitera su criterio fijado en la sentencia de 21 de septiembre de 2020 en relación a los requisitos exigibles para una correcta articulación de las fórmulas de cooperación horizontal y vertical recordando el carácter excepcional de la técnica de los encargos a medios propios y de la exigencia de comprobar que se cumplen los requisitos para que puedan ser considerados correctos.

²³ Idea que aparece en las Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez Bordona presentadas el 29 de enero de 2020 (Asunto C-796/18), apartado 33: “Una utilización inapropiada de estos mecanismos de colaboración podría, en verdad, provocar un

posible alterar a través de la misma el régimen jurídico aplicable, dado que cuando un medio propio en cumplimiento de un encargo deba (sub)contratar alguna prestación, deberá aplicar las previsiones de la LCSP, pues en dicho caso cumplirá los requisitos para tener la consideración de poder adjudicador²⁴.

6. Eliminación de la distinción entre contratos administrativos y privados, uniformizando las normas aplicables para cualquier poder adjudicador (modelo de la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos de Navarra). Aclaración, conforme a los criterios del TJUE, de los elementos de una concesión y de las características de la transferencia de riesgo operacional, advirtiendo que en servicios

‘encogimiento’ del mercado en el lado de la demanda y la reducción del número de proveedores que ese mercado podría sostener. Teóricamente es imaginable también el abuso de la posición dominante (colectiva) que los poderes adjudicadores podrían llegar a ostentar”. Criterio que también aparece en Sentencia del Tribunal Supremo 1404/2018, de 20 de septiembre, donde insiste en el carácter excepcional de esta técnica.

²⁴ Como se indica en la Conclusiones del Abogado General M. Campo Sánchez Bordona, de 27 de abril de 2017, en el Asunto C-567/15, *UAB LitSpecMet*, “el poder adjudicador puede utilizar entes instrumentales, dentro de los márgenes ya expuestos, para encomendarles ciertos cometidos que, en principio, deberían ser objeto de contratación pública, pero que se sustraen a ella. Esta excepción no es, en sí misma, discutible desde la perspectiva jurídica, dada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (y, ahora, el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24). Pero, cuando los medios instrumentales carecen, a su vez, de recursos suficientes para hacer frente, por sí mismos, a las encomiendas del poder adjudicador y se ven obligados a recurrir a terceros para conseguirlos, las razones justificativas de la excepción *in house* se difuminan y lo que sale a la luz es, en realidad, una (sub)contratación pública disimulada, en la que el poder adjudicador adquiere, a través de un intermediario (el ente instrumental), los bienes y servicios de terceros, sin someterse a las Directivas que tendrían que regir su adjudicación”. No puede olvidarse que el derecho europeo de la contratación pública descansa en el elemento objetivo del contrato público, por lo que si una prestación es contrato público si la licita un poder adjudicador no mutará en ningún caso por el hecho de que ese poder adjudicador realice un encargo a un medio propio si éste, para cumplir la prestación debe acudir al mercado. Y no será un caso de subcontratación (que se refiere a cumplimiento en fase de ejecución) sino un contrato público (los conceptos europeos no ofrecen margen interpretativo nacional) que debe ser licitado conforme a las previsiones de la LCSP en tanto en este caso el medio propio se comporta en todo caso como poder adjudicador. Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios, en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016 Tribunal de Contratos Públicos de Madrid. Por ello, cuando acuda al mercado para cumplir el encargo deberá existir licitación pública, por no ser un supuesto de subcontratación. Desde esta perspectiva no se puede compartir el criterio del TACRC (Resolución 614/2019) en relación a encargos al INECO pues un medio propio que ejecuta prestaciones públicas no puede tener la consideración de ente mercantil pues con dicha interpretación se eludirían las reglas aplicables, como consecuencia de un efecto pantalla por ente interpuesto, derivadas de la consideración de contrato público (que es el elemento definidor).

públicos esenciales no es conveniente una excesiva exposición al riesgo (Sentencia Parking Brixen).

7. 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. DENING). Entre otras medidas, incorporación de los catálogos electrónicos –ahora ausente de nuestra regulación, como ha advertido I. GALLEGO CÓRCOLES– e impulso a los sistemas dinámicos de adquisición de compras.

8. 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 precios²⁵.

9. **Simplificación de trámites, con extensión de la comprobación automatizada de requerimientos** a los contratistas, y extensión del procedimiento simplificado abreviado del artículo 156.6 LCSP, que se debe diferenciar claramente del procedimiento abierto simplificado (que bien podría desaparecer).

10. En relación a la correcta ejecución del contrato debería incluirse una previsión que permita, **conforme al principio clásico de “honesto 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 artículo 9 del Código italiano de Contratos Públicos de 2023).

11. Conviene, al igual que ha optado la Comunidad Autónoma de Baleares (Ley 2/2020), o recientemente la Ley Foral 2/2018 de Contratos Públicos de Navarra, **simplificar la adquisición pública de medicamentos** al margen del procedimiento establecido por la LCSP. 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

²⁵ Me remito a J. M. GIMENO FELIU, “Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente”, *Revista Aragonesa de Administración pública* núm. 60, 2023.

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) el principio rector en la toma de decisiones pues prima en todo caso el fin de la mejor asistencia a los pacientes²⁶, como en una deslocalización industrial, con evidentes consecuencias sobre nuestro modelo macroeconómico.

12. 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 auditorías²⁷. Y, en fase de ejecución, habilitación en la resolución de los posibles conflictos interpretativos a las fórmulas de arbitraje administrativo²⁸.

13. 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 respecto²⁹. Esta profesionalización es un elemento principal para un

²⁶ Ver el Informe Especial “Retos y desafíos de la compra pública de salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas) y la necesidad de actualizar la solución jurídica”. (www.obcp.es). Diciembre 2021.

²⁷ Me remito a J. M. GIMENO FELIU, 82. “Los fondos *next generation* y el rol de los órganos de control externo”, en libro colectivo dirigido por S. REGO, *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Aranzadi, 2022, pp. 69-90.

²⁸ Por todos, G. GARCÍA-ÁLVAREZ, “El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos”, José María GIMENO FELIU (Dir.) y Carmen de Guerrero Manso (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Cizur Menor, 2020, pp. 549-564. 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.

²⁹ Por todos C. DE GUERRERO MANSO, 2021, “La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública. La utilización de la herramienta ProcurCompEU” en Gimeno Feliu, J. M. (Dir.): *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 91-125 y “¿Es la profesionalización en la contratación pública un propósito de año nuevo? Propuestas de la OCDE para hacerlo realidad” publicado el 27 de febrero de 2023 en obcp.es.

adecuado velocidad y seguridad en la visión estratégica de la compra pública³⁰.

14. Regulación de las **técnicas de análisis de datos y sistemas predictores en las licitaciones públicas** utilizando Machine Learning (ML), cuestión donde ya existe madurez tecnológica y capacidad para mejorar los procesos (lo explica muy bien M. GARCÍA RODRÍGUEZ, entre otros).

La contratación pública española, en esa perpetua búsqueda, en palabras del profesor peruano V. BACA³¹, **de su piedra filosofal, necesita de una transformación radical para poder avanzar hacia una nueva cultura de contratación pública con vocación de transformación, abierta, responsable, competitiva, honesta e íntegra, profesionalizada, tecnológica y proactiva**. Lo que exige una clara innovación administrativa y empresarial (en lo organizativo y en las formas de relacionarse) como paso previo y donde lo tecnológico debe servir de herramienta para su correcto impulso. Sin la innovación en la organización ni en los procedimientos (en la burocracia) resultará muy difícil cumplir los objetivos estratégicos. Para avanzar hay que “mirar atrás” para detectar errores, pues solo así, más allá de la esfera del confort (o de cierta autocomplacencia) se puede elegir la ruta correcta. Frente a inercias o dogmatismos, la situación “global” obliga a repensar soluciones jurídicas en la contratación pública que promuevan la eficacia de las políticas públicas y que concilien los intereses públicos en juego.

Una nueva legislación de contratación pública como la que se propone debe servir para **orientar la brújula de nuestra práctica** en este ámbito, orientándola hacia la estrella polar de la calidad y el valor (que se mide desde el resultado), lo que debe permitir corregir el actual camino (y sus cuellos de botella). El camino que nos indica la estrella polar, con mucho brillo y nitidez, no es la burocracia sino la estrategia. Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión. En ello va el futuro de un derecho de la contratación pública que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo del “siempre ha sido así”.

³⁰ Lo advierte E. DÍAZ BRAVO, “La profesionalización: condición *sine qua non* de la contratación pública estratégica,” en libro colectivo *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 217-257.

³¹ V. BACA, “La contratación pública en el Perú y la perpetua búsqueda de la piedra filosofal” en libro colectivo *Buen Gobierno y Mejor Gestión. Cómo Entender y Fortalecer el Estado en Tiempos de Pandemia*, Gaceta Jurídica (Perú) 2021.