

¿Es nuestra contratación estratégica?
José María Gimeno Feliu
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de
Zaragoza

orcid.org/0000-0001-6760-9222
(gimenof@unizar.es)

PRESENTACIÓN¹.

La materia de contratación pública se ha convertido en una de las materias claves desde una perspectiva dogmática (directamente relacionada con las señas de identidad del Derecho administrativo) y la gestión práctica en tanto afecta a la correcta eficacia de importantes políticas públicas y tiene un claro impacto desde la perspectiva presupuestaria (o, si se prefiere, de sostenibilidad financiera)². Esto explica que la contratación pública -y su fundamento- ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”³. Por ello la contratación pública (que supone el 22 por ciento de los presupuestos públicos según los últimos datos) debe ser re-contextualizada desde la perspectiva de inversión y no de gasto.

Desde una lógica inicial en los años 70 basada en el objetivo de un mercado interior europeo, se ha evolucionado hacia una visión estratégica (e integral) de la contratación pública asentada en la idea del derecho a una buena administración. Nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas pública, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más

¹ Este documento tiene su origen en la reciente publicación como monografía titulada *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019.

² El Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo n. 17/2016, “Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública”, Luxemburgo, 2016 (informe presentado con arreglo al artículo 287, apartado 4, párrafo segundo, del TFUE) recuerda que las autoridades utilizan un veinte por ciento del presupuesto en contratación pública.

³ 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*, Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 16.

tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo⁴.

El derecho de la Unión Europea ha tenido, desde la entrada de España en las Comunidades Europeas en 1986, una influencia decisiva en el desarrollo y evolución de la normativa nacional sobre contratos públicos⁵. Y así se reconoce en la Exposición de Motivos de la LCSP de 2017 al recordar que su dependencia respecto del derecho de la Unión Europea, que extiende mucho más allá de la incorporación de las Directivas 23 y 24 de 2014, afirmando que:

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

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

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

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

La normativa europea de contratación pública ha pretendido desde sus inicios conseguir una correcta gestión de los fondos públicos optando por una delimitación objetiva: el contrato público. Es decir, existe una clara metodología jurídica de carácter funcional –y no formal- que obliga, en primer lugar, a determinar si un negocio jurídico es, o no un contrato público⁶.

Ello no siempre ha casado bien en España con nuestra tradición centrada en el contrato administrativo desde la perspectiva fundamentalmente subjetiva. Lo que

⁴ Vid. J.M. GIMENO FELIU, *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. 213.

⁵ Vid J.L. MEILÁN GIL, “Un «meeting point» de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública”, RAP núm. 198, 2015, pp. 43 y ss.

⁶ Es necesaria, en definitiva, una interpretación funcional de la prestación, tal y como ha advertido el TJUE en numerosas sentencias (por todas, Sentencias de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania y de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti & C. SpA), con el objetivo de corregir prácticas que eludan la aplicación de la norma vía «artificios jurídicos» que disfrazan la verdadera causa de la prestación y su calificación jurídica. Vid. al respecto mi trabajo “La transferencia de conocimiento de las universidades públicas y la incidencia de la legislación de contratos públicos: diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorpóreos (derechos intelectuales)”, Monográfico Revista Aragonesa Administración Pública, XVIII, Zaragoza, 2018, pp. 21-43.

ha obligado a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el TJUE. Y ello, como advierte la la sentencia TJUE de 22 de diciembre de 2008, *Magoora*, C-414/07, apartado 44, para alcanzar los resultados que el Derecho europeo persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva y dejando sin aplicación, de ser necesario, toda disposición contraria de la ley nacional. Es necesaria, en palabras de R. ALONSO GARCIA, una interpretación de la norma nacional conforme al Derecho europeo (sin olvidar que existe reiterada jurisprudencia al respecto: en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, apartado 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros, apartados 113 a 119 y la jurisprudencia allí citada, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, apartados 108, 109 y 111)⁷.

Por otra parte, la contratación pública puede –y debe, insistimos- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁸. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales⁹. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en como utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de la contratación pública.

A este fin se orienta, no sin incertidumbres, la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, que, partiendo de los mimbres del Real Decreto Legislativo 3/2011, incorpora importantes novedades con la vocación de simplificar el procedimiento, reducir tiempos de adjudicación, mejorar el control de la adjudicación y la ejecución, incorporar una mayor transparencia y rendición de cuentas y, sobretudo, fomentar una nueva cultura de contratación pública¹⁰. La LCSP pretende superar la tradicional inercia burocrática (y el mantra del “siempre se ha hecho así”) para hacer la contratación pública un instrumento que permita

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

⁸Por todos, J.A. MORENO MOLINA, *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

⁹ 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, pp. 18.

¹⁰ Por todos, J.A. MORENO MOLINA, “Objetivos y novedades destacables de la Ley 9/2017 de contratos del sector público”, *Revista Gallega Administración Pública* núm. 55, 2018, pp. 311 y ss. En extenso, pueden consultarse, por todos, los libros colectivos (Dir. J. M. Gimeno), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018; (Dir. E. Gamero e I. Gallego), *Tratado de Contratos del Sector Público*, 3 vol., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 o (Dir. J.F. Mestre y L. Manent), *La Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

una más eficaz, eficiente y colaborativa gestión de la contratación pública (lo que exige “innovación” en la práctica de la contratación pública¹¹).

La nueva Ley de Contratos del Sector Público es, aun con sus “debilidades” (fruto en parte de la decisión de “salvar” la regulación y sistemática existente que se deroga, frente a la opción de redactar un texto *ex novo*), un paso al frente para reconstruir las “murallas del Derecho Administrativo”, concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos (y de la necesaria transformación social). Desde este contexto la nueva Ley de Contratos del Sector Público es una “ventana de oportunidad” para un nuevo liderazgo institucional público a través de una adecuada articulación de la política de contratación pública que, además, puede ayudar en la estrategia de mejorar la productividad de nuestro modelo económico.

I.- PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA REFORMA EUROPEA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU SIGNIFICADO COMO NECESARIO CONTEXTO DE REFERENCIA.

El análisis de la nueva regulación española de contratos del sector público aprobada en 2017 exige conocer las condiciones exigidas por la necesaria incorporación de la regulación europea de la contratación pública¹².

La revisión (que no mera actualización) de las Directivas sobre contratación pública de 2014 se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica¹³. Lo que no significa una liberalización “sin restricciones” a la política de contratación pública. Basta recordar el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de

¹¹ Sobre esta cuestión me remito al trabajo de A. GARCIA JIMENEZ, *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, Tecnos, 2018. Este estudio (al que se le ha reconocido con el IV Premio de investigación internacional del Instituto García Oviedo), reflexiona sobre como deben adaptarse las Administraciones públicas a un nuevo modelo de gestión de la contratación pública.

¹² Por todos, MORENO MOLINA, J. A.; PUERTA SEGUIDO, F.; PUNZÓN MORALEDA, J., y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, Wolters Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016 y J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo*, ob. cit.

¹³ El ‘Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública’ (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

2011, sobre la igualdad de acceso a los mercados del sector público en la UE y en terceros países, y sobre la revisión del marco jurídico de la contratación pública, incluidas las concesiones (publicada en el DOUE 7 de diciembre de 2012), -se insiste en los comentarios incluidos en su Resolución del 18 de mayo de 2010 sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública-, en la que, si bien se opone enérgicamente a las medidas proteccionistas en el ámbito de la contratación pública a escala mundial, cree firmemente en el principio de reciprocidad y proporcionalidad en dicho ámbito y, en este sentido, pide a la Comisión que realice un análisis detallado de las posibles ventajas y problemas asociados con la imposición de restricciones proporcionadas y específicas al acceso a determinados sectores de los mercados de contratación pública de la UE, una evaluación de impacto que analice cuándo pueden aplicarse, así como una evaluación del fundamento jurídico que requeriría este instrumento, para aquellos socios comerciales que se benefician de la apertura del mercado de la UE pero que no han demostrado intención alguna de abrir sus mercados a las empresas de la UE, alentando a la vez a los socios de la UE a que ofrezcan a las empresas europeas condiciones de reciprocidad y proporcionales en el acceso al mercado, antes de proponer cualquier otro nuevo texto en el ámbito de la contratación pública. Asimismo, el Parlamento solicita a la Comisión que evalúe los problemas asociados con las ofertas extraordinariamente bajas y que proponga soluciones adecuadas; recomienda a las autoridades contratantes que faciliten información temprana y suficiente a otros licitadores en caso de ofertas anormalmente bajas, con el fin de que puedan valorar si existen motivos para iniciar un procedimiento de recurso; y considera urgente que la UE alcance una mayor coherencia entre su política comercial exterior común y la práctica existente en los Estados miembros de aceptar ofertas excepcionalmente bajas de empresas cuyos países de origen no son signatarios del Acuerdo de Contratación Pública (ACP), en perjuicio de empresas de la Unión Europea y de las normas laborales, sociales y medioambientales de los Estados miembros de la Unión¹⁴.

1.- Principales líneas de la reforma europea de contratación pública.

En este contexto, la aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a unas precisiones previas, que aun conocidas, merecen un comentario¹⁵. La primera, que el objetivo principal de esta normativa comunitaria

¹⁴ Con fecha 23 de marzo de 2013 la Comisión Europea presentó la propuesta para la decisión Consejo relativa a la conclusión formal del Protocolo que modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), el único acuerdo legalmente vinculante en la OMC relativa a la contratación pública. Por otro lado, en relación con la modernización de la política de contratación pública de la UE, apoya la petición de que se clasifiquen por prioridades las cuestiones tratadas en el Libro Verde y, en este sentido, pide a la Comisión que examine en primer lugar las cuestiones de la simplificación de las normas, el acceso equilibrado a los mercados del sector público, y la mejora del acceso de las PYME, y que emprenda como un segundo paso la revisión de la contratación pública y las concesiones, con el fin de obtener la necesaria y completa participación, no solo del Parlamento Europeo y los Estados miembros, sino también de los ciudadanos y las empresas. En fecha 7 de marzo de 2014 se ha publicado en el DOUE el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994. En concreto, reemplaza el Preámbulo, los artículos I a XXIV y los Apéndices del Acuerdo de 1994, por las disposiciones establecidas en su anexo.

¹⁵ Sobre el contenido de estas Directivas me remito a: J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato*

garantizar la eficiencia de los fondos públicos. A tal fin la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 e diciembre de 2000, ARGE). Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta: a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales; b) como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados. Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como recuerda la STJUE de 15 de octubre de 2009, (*Acoset*), al afirmar que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados¹⁶. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la STJUE de 6 de abril de 2006, *ANAV* apartado 21). Al respecto, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública:

«66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de

*público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Aranzadi, Cizur Menor, 2014; J.A. MORENO MOLINA, "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J.A. MORENO MOLINA, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública", en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M.M. RAZQUIN, "Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España", RAP núm. 196, 2015, pp. 97-13 y. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M.A. BERNAL BLAY, "La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes", en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J.A. MORENO MOLINA, "El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación" en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II. Una visión crítica sobre los objetivos de estas Directivas puede verse en el estudio del profesor J. SANTAMARIA PASTOR, "Contratos del sector público y derecho de la Unión", RAP núm. 200, 2016, pp. 83-102.*

¹⁶ En este sentido la STJUE de 8 de junio de 2017, asunto C- 296/15 advierte como requisito de origen nacional discriminatorio La obligación de abastecerse prioritariamente con medicamentos derivados de plasma esloveno impide a cualquier empresa que disponga de medicamentos derivados de plasma extraído en otro Estado miembro de la Unión participar eficazmente en licitaciones como la convocada por el Hospital.

octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, *European Service Network/Comisión*, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento*, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias *Lombardini y Mantovani*, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y *Comisión/Chipre*, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). **El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora** (sentencias *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia *Parking Brixen*, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside

la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

Se trata, en definitiva, de prevenir la arbitrariedad de la decisión (STJUE de 2 de junio de 2016, *Pippo Pizzo*¹⁷).

De ahí necesidad de evitar que mediante fraccionamiento –que “alteran” el nivel de publicidad- se eludan los principios de publicidad y concurrencia¹⁸. Y lo mismo con una inadecuada tipificación de la prestación, lo que aconseja la extensión de la aplicación de los códigos CPV¹⁹. No es cuestión de extenderse, pero conviene insistir en la “fuerza” de estos principios comunitarios, que han mutado la práctica nacional de la contratación pública y que tienen su fundamento en los Tratados, como bien recuerda el Considerando primero de la Directiva 24/2014 de contratación pública²⁰.

Lo ha explicado muy bien la el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución 121/2012, de 23 de mayo, en la que literalmente dice:

“Como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal, el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia,

¹⁷ STJUE de 16 de julio de 2014, Asunto T-48/12, Euroscript - Polska Sp. z o.o, que tiene por objeto un recurso de anulación de la decisión del Parlamento de 9 de diciembre de 2011, por la que se modifica la decisión de 18 de octubre de 2011 de clasificar a la demandante en primera posición en la lista de licitadores seleccionados y de adjudicarle el contrato principal en el marco del procedimiento de licitación PL/2011/EU, relativo a la prestación de servicios de traducción al polaco (DO 2011/S 56-090361), y, con carácter subsidiario, una pretensión de anulación de esta licitación. En esta sentencia, que anula una adjudicación de un contrato de servicios del Parlamento europeo por reevaluar la propuesta de la que resultó adjudicataria, recuerda que: *“El principio de transparencia implica la obligación del órgano de contratación de hacer pública toda la información precisa referente al desarrollo de todo el procedimiento. Los objetivos de publicidad que dicho órgano de contratación debe respetar en el marco de la obligación de transparencia son, por un lado, garantizar que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades y, por otro lado, proteger las legítimas expectativas de los licitadores seleccionados (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 28 de enero de 2009, Centro Studi Manieri/Consejo, T-125/06, Rec. p. II-69, apartados 86 a 89).”* Por ello, al reevaluar una sola de las ofertas presentadas, y no todas las que habían sido presentadas, lo que ocasionó un trato desigual de la oferta de uno de los licitadores, en violación del principio de igualdad de trato.

¹⁸ Me remito a mi opinión: “Unidad de mercado y contratación pública: redefiniendo los perfiles de contratante” (en www.obcp.es de marzo de 2012). Por otra parte, como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 1/2009, de 25 de septiembre, existe fraccionamiento, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa.

¹⁹ Por todos, A. RUIZ DE CASTAÑEDA, “La nomenclatura CPV en la contratación”, en la obra colectiva *Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 203 y ss.

²⁰ Basta recordar la doctrina del TJUE (por todas, su sentencia de 16 de abril de 2015, *SC Enterprise Focused Solutions*, en el asunto C-278/14) y la Sentencia de 30 de abril de 2015 del Tribunal Constitucional, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013 al analizar contratos no cubiertos por la Directiva de contratación pública, afirma de forma clara que ello no elimina la sujeción a los principios de la contratación pública y utiliza en su razonamiento la citada Comunicación interpretativa de 2006.

pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre competencia, no discriminación y transparencia”.

Criterio de igualdad que se aplica también a la conducta de los licitadores, para evitar que estos puedan alterar el correcto funcionamiento de los principios de la contratación pública. Así, la STJUE de 17 de mayo de 2018, asunto C-531/16 ha declarado que si se comprueba que las ofertas no fueron presentadas de manera autónoma e independiente, las Directivas se oponen a la adjudicación del contrato a los licitadores que presentaron tales ofertas. La constatación de que los vínculos entre los licitadores hayan influido en el contenido de las ofertas que presentaron en el marco de un mismo procedimiento es, en principio, suficiente para que dichas ofertas no puedan ser tenidas en cuenta por el poder adjudicador, dado que estas deben presentarse con total autonomía e independencia cuando emanan de licitadores vinculados entre sí.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública. Por ello, la normativa de los contratos debe tener una “visión completa” de todas las fases del contrato. Y las nuevas Directivas fijan ahora su atención en esta cuestión, regulando la modificación del contrato, la subcontratación o la resolución y fijando que sus principios despliegan efectos en todas las fases del contrato (artículo 18 de la Directiva 2014/24).

2.- La visión de la contratación pública como estrategia.

La contratación pública -y su fundamento- ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea de la contratación pública como “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”²¹. Lo que queda reflejado expresamente en la Estrategia Europa 2020, que indica que la contratación pública es una herramienta principal para el cumplimiento de esos objetivos²². Cuestión sobre la que insiste la reciente la

²¹ Este carácter de herramienta al servicio de políticas públicas ya se expuso en mi trabajo *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, ob.cit., pp. 16-17. Ibidem, “Compra pública estratégica”, en libro colectivo *Contratación pública estratégica*, coord. por J. Pernas García, Aranzadi, 2013, Cizur Menor, págs. 45-80. Este carácter instrumental se reconoce de forma expresa ya en el Informe 6/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre Incorporación en los Pliegos de los contratos de una entidad local de determinadas cláusulas sociales, y consecuencias de su eventual incumplimiento y en el Informe 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre calificación de contratos típicos y la libertad de pactos.

²² 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 reorientar 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.

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 sostenibles.

Esto significa que la contratación pública puede –y debe, insistimos- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos²³. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales. El principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe

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 <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

²³ Cuestión sobre la que insiste la reciente Comunicación la Comisión Europea "Conseguir que la contratación pública funcione en 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. Los análisis de los distintos instrumentos presupuestarios de los poderes públicos ponen de relieve este carácter estratégico de la contratación pública. Vid. J.M. GIMENO FELIU, *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.

velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio²⁴. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, lo que redimensiona la visión estratégica de la contratación pública desde una perspectiva amplia del derecho a una buena administración²⁵.

La nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado²⁶. 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 europeo²⁷.

En consecuencia, como se ha apuntado en anteriores trabajos, los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras²⁸.

²⁴Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a mi estudio “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, número monográfico de la revista Presupuesto y Gasto Público sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno, núm. 82, 2016, pp. 137-158. También. T. MEDINA ARNAIZ, “Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad”, Papeles de relaciones ecosociales y cambio global, núm. 121, 2013, págs. 87-97; M. VAQUER CABALLERIA, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, Revista de Administración Pública, 186, 2011, pp. 91 y ss. y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Los criterios de adjudicación 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.

²⁵J. PONCE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid p. 479.

²⁶J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia...*, ob. cit., p. 213.

²⁷Resultan 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.

²⁸J.M. GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006, pp. 15-21, ibídem, “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 9 9, 2010, pp. 50-55. También D. ORDOÑEZ SOLIS, *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 162-182, J.A. MORENO MOLINA, “Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 83, 2009, pp. 37 y ss. y L. ORTEGA ALVAREZ, “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, Revista Electrónica CEMCI, núm. 3 de 2009. Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 17/2008, de 21 de julio. Y es que, como bien advirtiera J. MESTRE DELGADO, se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo-o fomento- para forzar a los empresarios al

Esta visión instrumental de la contratación pública nos conduce, como bien indica T. MEDINA, a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato²⁹. Alineado con lo que se acaba de indicar hay que reseñar el BOE de 25 de mayo de 2019 publica el [Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en su reunión del día 12 de abril de 2019](#), a propuesta de las Ministras de Hacienda, de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Como se señala en este Acuerdo, *la «contratación pública estratégica» constituye una aproximación novedosa a la compra pública, que trasciende la función tradicional de la contratación de dar satisfacción a las necesidades de bienes y servicios del sector público, poniendo el poder de la compra pública al servicio de otras políticas consideradas estratégicas, como la política social. Visión estratégica complementada por las exigencias de la Agenda 2030 sobre Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por Naciones Unidas.*

Dada la novedad que para los órganos de contratación presentan las previsiones de la Ley 9/2017 en materia de «contratación pública estratégica socialmente responsable», el Plan se aprueba con la finalidad de guiar a los órganos de contratación del sector público estatal en su correcta y adecuada aplicación, dándoles de esta manera el apoyo necesario para que hagan uso de las posibilidades que contempla el nuevo texto legal, así como impulsar su utilización de manera coordinada, para de esta manera continuar avanzando de manera efectiva en el reto de lograr una contratación pública socialmente más responsable. Y para facilitar la transición hacia esta compra pública responsable, junto a concretas medidas a incluir en las licitaciones públicas, el Plan opta, con acierto, por incluir la definición de «Contratación pública estratégica socialmente responsable»: *es aquella que hace referencia al proceso a través del cual los órganos de contratación del sector público estatal contratan obras, suministros o servicios o celebran contratos de concesión de obras o de concesión de servicios tomando en consideración para el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento correspondiente y durante la ejecución del contrato resultante de este procedimiento, criterios sociales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2017*³⁰.

La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de

cumplimiento de previsiones –no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas- contempladas en normativas sectoriales, “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, REALA núm. 291, 2003, p. 707.

²⁹ T. MEDINA, “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94. También J. RODRIGUEZ ARANA, “La contratación del sector público como política pública”, en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, ob. cit., pp. 31-44.

³⁰ Interesa la función didáctica de esta definición en tanto explica la nueva cultura de la contratación pública, que obliga a abandonar prácticas anteriores basadas en inercias burocráticas e indebida visión economicista de la contratación pública.

medio ambiente y de política social³¹, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente "asumibles", en clave de rentabilidad (pues esta debe analizarse desde la óptica efectiva del cumplimiento de objetivos públicos esenciales de nuestro país)³².

En esta línea debe recordarse que la introducción de condiciones relacionadas con la protección del medio ambiente (eco etiquetas, productos reciclables, sistemas de depuración de vertidos, etc.) son admitidas ya desde hace tiempo como válidas por las Instituciones europeas (Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública). Y ello porque guardan relación con la política ambiental prevista en el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el artículo 45 de nuestra Constitución³³.

Otro tanto sucede con las condiciones que integran aspectos sociales, admitidas cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato (así desde la

³¹ Una posición contraria a la valoración en la contratación de criterios relativos a otras políticas de la Unión Europea -como cláusulas sociales o medioambientales- es sostenida por ARROWSMITH, S., "The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach", *European Law Review*, vol 21, núm 1 de 2002, pp. 11-13.

³² Como destaca G. VARA ARRIBAS, es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales. "Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública", *Revista Española de Derecho Comunitario* núm. 26, 2008, 128. Sugerentes las reflexiones de B. PALACIN, "A la responsabilidad social por la contratación pública", publicada en www.obcp.es.

³³ Por todos, puede consultarse a J. PERNAS GARCIA, "El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales" en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, coord. por Fernando López Ramón, Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 299-323 y su monografía *Contratación Pública Verde*, La Ley, 2011 y C. DE GUERRERO MANSO, "La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública" en *Revista Aragonesa de Administración Pública. Monografía XIX: Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental*, pp. 143-179. Con respecto a las consideraciones ecológicas relacionadas con las contrataciones públicas, resulta también de interés la Comunicación de la Comisión COM(2008) 400/2 *Public procurement for a better environment* (Contratación pública para la mejora del medio ambiente) (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com_2008_400.pdf) y el documento de servicios de la Comisión «Buying Green — Handbook on Green Public Procurement» (Adquisiciones ecológicas - Manual sobre contratación pública ecológica) (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf). Destacamos en la doctrina el análisis de R. Fernández Acevedo, "Los retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta", en *Nueva contratación pública. Mercado y medio ambiente* (dir. M.M^a. Razquin Lizarraga), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 77-127 e "Incorporación cláusulas ambientales en la contratación pública" en *Compra pública verde* (dir. X. Lazo Vitoria), Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018 pp.29-51; así como el estudio de I. SANZ RUBIALES, "La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del Estado meramente «comprador» al Estado «ordenador»", *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018, págs.49-80. También de interés la obra colectiva *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente* (coord.: M. Razquin Lizarraga y J.F. Alenza.), Aranzadi, 2017.

Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001)³⁴, lo que refleja la idea de que la contratación pública es una herramienta para la efectividad de políticas pública³⁵. La extensión de estas cláusulas, y sus distintas posibilidades, en una realidad incorporada de forma decidida a la LCSP³⁶. En todo caso, su utilización exige una adecuada ponderación y que se preserve la identidad de la prestación licitada³⁷.

En definitiva – siempre con respeto a lo que posibilitan los Acuerdos GATT–, que es posible (y conveniente) regular un sistema de contratación pública que, respetando los principios europeos, evite la precarización de las condiciones laborales³⁸, desincentive la deslocalización empresarial y que no penalice a las

³⁴ En la doctrina, sin ánimo exhaustivo pueden citarse los siguientes trabajos: J.M. GIMENO FELIU, “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, Anuario del Gobierno Local 2017, Fundación y Democracia Gobierno Local, 2017, pp. 241-287; M.A. BERNAL BLAY, “Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, en libro col. *El Derecho de los contratos públicos*, Monográficos de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008; J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 516 y ss.; S. VERNIA TRILLO, “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, Revista Aragonesa de Administración Pública, 20, 2002, pp. 429-454; J. F. MESTRE DELGADO, “Contratos...”, ob. Cit., pp. 705-730; H. GOSÁLBEZ PEQUENO, “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, Justicia administrativa núm. 20, 2003, pp. 27-67; P. LOPEZ TOLEDO, “Contratación pública y medio ambiente”, Contratación Administrativa Práctica, 33, 2004, pp. 25 y ss.; P. L. MARTÍNEZ PALLARES, “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Dir. J. M. Gimeno Feliu, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 y ss.; F. VILLALBA PÉREZ, “La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público”, Revista Andaluza de Administración Pública, 74, 2009, pp. 49 y ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico”, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009; J. A. VELEZ TORO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local”, Contratación Administrativa Práctica, 10, 2002, pp. 32 y ss.; J. A. BLAZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, Contratación Administrativa Práctica, 42, 2005, pp. 39 y ss.; A. GONZÁLEZ ALONSO, “La contratación pública ecológica”, Justicia Administrativa núm. 47, 2010, pp. 31 y ss.; y T. MEDINA ARNÁIZ, “Social Considerations in Spanish Public Procurement Law”, Public Procurement Law Review, vol. 20 (2), 2011, págs. 56 - 79. De especial interés el libro colectivo (Dir. B. García y M. Pardo) *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

³⁵ Vid. T. MEDINA ARNAIZ, “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Cizur Menor, 2011, pp. 43-104.

³⁶ T. MEDINA ARNAIZ, “Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo”, en libro col. *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, 2018, pp. 55-76.

³⁷ Sirva de ejemplo lo sucedido con la aplicación del Fondo Estatal de Inversión Local (plan E) en España. El Tribunal de Cuentas (Informe 982 sobre Fondo Estatal de Inversión Local, de 2013) ha puesto de relieve varias de las “debilidades” de este Fondo, que se concretan en falta de previsión de efectos y de efectivo cumplimiento de lo ofertado por los contratistas. Me remito al trabajo y conclusiones de M.A BERNAL BLAY, “El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos”, en libro *Contratación Pública Estratégica*, ob. cit., pp. 175-184

³⁸ Debe recordarse que las normas fundamentales de trabajo de la OIT prohíben el trabajo forzado (Convenciones 29 y 105) y el trabajo infantil (Convenciones 138 y 182) y establecen el derecho a la libertad de asociación y la negociación colectiva (Convenciones 87 y 98) y a la no discriminación en términos de empleo y ocupación (Convenciones 100 y 111). Las bases legales de las normas

empresas europeas ni a las PYMEs y que fomente los objetivos europeos de la economía circular³⁹.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada, que incluye, por supuesto, aspectos de la calidad vinculados a cierta “sensibilidad” social⁴⁰. Esto exige atender con especial interés a la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendida desde esta perspectiva del fin derivado de la concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública. Por ello, la normativa de los contratos debe tener una “visión completa” de todas las fases del contrato y un objetivo de la contratación en clave de “inversión pública” y no de gasto.

Lo anteriormente expuesto explica por qué la reforma de la legislación sobre contratación pública constituye una de las doce acciones prioritarias inscritas en el Acta del Mercado Único, adoptada en abril de 2011 (IP/11/469)⁴¹. En efecto, para todos los Estados miembros, la eficacia del sistema público de pedidos ha pasado a ser una prioridad, habida cuenta de las limitaciones presupuestarias actuales. Así pues, es necesario disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos y a sus proveedores adjudicar contratos transparentes y competitivos lo más fácilmente posible, para poder comprar con la mejor relación calidad/precio («value for money»)⁴².

En definitiva, las condiciones sociales son uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública. Y, en consecuencia, podemos ya

fundamentales de trabajo son las ocho convenciones centrales de la OIT arriba mencionadas, que han sido ratificadas por todos los 27 Estados miembros de la UE.

³⁹ Resultan de interés las reflexiones de M. COZZIO, “Le nuove direttive appalti e l’accesso delle piccole e medie imprese al mercato degli appalti pubblici (prima parte)”, Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici, en www.osservatorioappalti.unitn.it. Ibídem. “Le scelte del legislatore europeo per favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese”, *Rivista Diritto e pratica amministrativa*, núm. Especial mayo 2014, pp. 8-21.

⁴⁰ El modelo social de nuestra Constitución no es de elección, sino que exige su máxima extensión en tanto las condiciones socioeconómicas y presupuestarias lo permitan. Solo así puede hablarse de verdadera justicia social (que forma parte del artículo 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del artículo 9.2 CE. Basta recordar como ya en 1944 la importante Declaración de Filadelfia (actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo) declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social. Y, para ello, tenemos como marco de referencia la importante Agenda 2030 para el desarrollo sostenible aprobada por Naciones Unidas en 2015 (en vigor desde el 1 de enero de 2016), que contempla 17 Objetivos con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental (son un estrategia de futuro sumamente ambiciosa y transformativa). Agenda que se propone, entre otros objetivos, el de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible como algo esencial para lograr la prosperidad. Asimismo, la Agenda aborda los factores que generan violencia, inseguridad e injusticias, como las desigualdades, la corrupción, la mala gobernanza y las corrientes ilícitas de recursos financieros y armas.

⁴¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva, de 27 de octubre de 2010, COM (2010) 608.

⁴² Bajo este concepto se pone de relieve la necesidad de que los bienes que se adquieran a través de los contratos públicos sean los adecuados para cubrir las necesidades públicas, pero también que el contratista esté capacitado para cumplir las condiciones del contrato en los términos previstos. Vid., por todos, ARROWSMITH, S., LINARELLI, J. y WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, pp. 28 a 30.

afirmar que están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, medio ambiente, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE⁴³.

Así, debe admitirse un concepto amplio de «contratación pública socialmente responsable» que, en palabras del amplio Informe 16/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, *engloba diversos objetivos específicos de política social, como fomentar el empleo de personas en situación o en riesgo de exclusión social; la inserción social y laboral de personas con discapacidad física y/o intelectual; el diseño y accesibilidad para todos; la estabilidad y calidad en el empleo; la mejora de la seguridad y salud laboral; la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres; la responsabilidad social de las empresas; las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral; y criterios de comercio justo y compra pública ética. Además, los aspectos sociales pueden combinarse con los aspectos ecológicos en un enfoque integrado hacia la sostenibilidad de las contrataciones públicas.*

II.- LA TRANSPOSICION DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATACION EN ESPAÑA: UNA “PRIMERA” VALORACIÓN SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA NUEVA LEY CONTRATOS SECTOR PÚBLICO: HACIA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA TRANSPARENTE Y CON VOCACIÓN ESTRATÉGICA.

La transposición de las normas europeas en España se realiza mediante iniciativa legislativa ordinaria, es decir, mediante proyecto de Ley que prepara el Gobierno. Opción que, por sí, “complica” el cumplimiento de los plazos previstos en las Directivas europeas⁴⁴. Así, desde que se iniciaron los trabajos de

⁴³ La política de contratación pública es, en definitiva, uno de los muchos elementos de la política de mercado interior, que tiene una serie de objetivos estratégicos (en particular, la libre circulación de mercancías, personas y servicios). Pretende contribuir a la realización del mercado interior, estableciendo las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación y asignando racionalmente los recursos públicos mediante la elección de la mejor oferta. La aplicación de estos principios permite a los poderes adjudicadores obtener la mayor rentabilidad siguiendo ciertas normas en cuanto a la descripción del objeto del contrato, la selección de los candidatos conforme a criterios objetivos y la adjudicación fundada exclusivamente en el precio o, facultativamente, en una serie de criterios objetivos. A favor de esta interpretación puede consultarse C. TOBLER, “Encore: women’s clauses in public procurement under Community Law”, ob. cit., pp. 624-627

⁴⁴ Esta forma de transposición comporta problemas tanto en el cumplimiento de plazos, como de contenido (me remito a mi trabajo “La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional”, Noticias UE núm. 267, 2007, pp. 61-67). Interesa recordar la Recomendación de la Comisión, de 12 de julio de 2004, relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (texto pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo) en la que se advierte que, debido a la falta de rigor en la transposición de las Directivas relativas al mercado interior por parte de los Estados miembros, la Comisión les recomienda que adopten mejores prácticas para una transposición correcta y dentro de los plazos establecidos. En la línea de la Recomendación de la Comisión, conviene apuntar soluciones de técnica legislativa. Si la transposición requiere un acto de los Estados miembros, este acto debería ser un trámite con regulación específica que permitiera una rápida reacción y que lo distinguiera de los trámites legislativos ordinarios.

transposición mediante la constitución del grupo de Expertos (GELEC) en enero de 2014, hasta la aprobación el 25 de noviembre de 2016 por el Gobierno del Proyecto de Ley transcurrieron casi tres años⁴⁵. A ello hay que sumar los plazos de la propia tramitación parlamentaria, de casi un año⁴⁶.

El texto aprobado (con un título excesivamente extenso al citar a las Directivas que se transponen), que toma como punto de partida el vigente TRLCSP de 2011 (como consecuencia de esta decisión hay un “arrastre” de preceptos de la Ley derogada), “renuncia”, tanto formal como materialmente, a la idea de un “Código de Contratos Públicos”, con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos⁴⁷. Se trata de un texto extenso y prolijo -son 347 artículos y 54 Disposiciones Adicionales (muchas de estas Disposiciones,

Una opción, siguiendo el modelo de derecho comparado, podría consistir en que la incorporación al derecho nacional se hiciera mediante acto o resolución de un órgano especializado. En esta línea, el profesor L. MARTIN-RETORTILLO (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, pp. 186-187) ha propuesto crear una especie de Gabinete de Vigilancia que avise al gobierno y Parlamento de la existencia de sentencias condenatorias -y entiendo que del efecto directo de las normas y de contravenciones de normas estatales de derecho comunitario en sus distintas variantes- que bien podría descansar en el Ministerio de Justicia o en el Consejo de Estado. Esta última propuesta es ciertamente sugerente y bastaría con una reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, encajando con las funciones inherentes a este órgano constitucional⁴⁴. También podrí a pensarse en atribuirse esta función a la Comisión Mixta para la Unión Europea, creada por Ley 8/1994, de 19 de mayo, dado que el objetivo específico de esta Comisión es participar en las propuestas legislativas de la Comisión Europea y en el seguimiento del derecho comunitario por autoridades nacionales. También podría optarse por adoptar medidas en el plano de política legislativa (como tienen en otros Estados: Por ejemplo, en Italia mediante Ley anual de transposición de normas comunitarias o en Reino Unido mediante decisión del Gobierno dando cuenta al Parlamento), que obligarían, eso sí, a una reforma constitucional. Otra opción (propuesta de G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, pp. 236-237), sería prever un procedimiento específico de trasposición de las Directivas que fueran similar a la técnica de la delegación legislativa recepticia contenida en los artículos 82 a 86 de nuestra Carta Magna, de tal manera que una Directiva se considerase como una ley de bases con un plazo para aprobar el correspondiente Real Decreto legislativo idéntico al plazo de transposición de la Directiva, estableciendo la plena eficacia de esa “Ley de Bases Comunitaria” -coincidente con la Directiva- caso de vencerse el plazo de mandato. Desde esta perspectiva se cumpliría siempre en plazo con el derecho comunitario, sin necesidad de aplicar la doctrina del efecto directo.

⁴⁵ http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-1.PDF

⁴⁶ El vencimiento del plazo de transposición (18 de abril de 2016) ha comportado el efecto directo de las previsiones de las Directivas europeas que sean claros, precisos e incondicionados. Este es, por lo demás, el criterio interpretativo de los Tribunales administrativos de Recursos contractuales aprobado el 1 de marzo de 2016 (disponible en la página web de este Tribunal) donde de forma expresa se afirma en relación a este artículo que «*Al igual que en el caso del artículo 24 de la Directiva de Concesiones, este precepto, en cuanto contempla la posibilidad de reservar el derecho a licitar a determinados entes por la función social que desempeñan, no establece un mandato claro e incondicionado, por lo que carece de efecto directo, si bien su contenido está parcialmente recogido en la Disposición adicional quinta del TRLCSP*». Así lo ha declarado, por cierto, el Acuerdo 62/2017 del TACPA. Sobre el efecto directo de estas directivas me remito a mi trabajo “La transposición de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. Consecuencias prácticas”, Revista Gallega de Administración Pública, núm. 52, 2016, pp. 265-317.

⁴⁷ Así lo propuse en mi trabajo “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 25-84.

en adecuada técnica normativa, deberían formar parte del articulado) y 16 Disposiciones Finales-. Y en ciertas ocasiones tiene un marcado carácter reglamentario que puede complicar la aplicación⁴⁸.

Es cierto que puede parecer un texto “continuista” o, en palabras de S. DEL SAZ, en relación a Ley de 2007, “un mismo traje con distintas rayas”⁴⁹. Sin embargo, existen notables diferencias, principalmente porque, tras el debate parlamentario, se han dado importantes pasos para intentar solucionar problemas estructurales de transparencia y de prevención de la corrupción, en especial derivados de la dualidad de regímenes jurídicos en función de la consideración o no de Administración pública, o de debilidad del control, lo que ponía en cuestión el objetivo inicial de impulsar una diferente “gestión práctica” de la contratación pública⁵⁰. Y pretende, además, un cumplimiento de las exigencias europeas, así

⁴⁸ Sobre la estructura me remito al trabajo de A. SANMARTIN MORA, “Estructura sistemática y distribución competencial”, *libro col. Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 203-232. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Transposition of Directive 2014/24/EU in Spain: between EU demands and national peculiarities”, volume 8 *EPLG Series Modernising Public Procurements: The Approach of Member States*,– Edward Elgar Publishing, UK (Editors Mario Comba, Steen Treumer), 2018, pp. 232 y ss. Aun no cumplidos los 4 meses de entrada en vigor de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público se produce la primera modificación parcial mediante la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. Sorprende no solo el hecho de la modificación, sino la norma legal utilizada, pues el TC ya ha advertido desde hace tiempo que las leyes de Presupuestos tienen una función normativa propia que limita su contenido a materias presupuestarias o de índole económica. Condiciones que, de forma evidente, no se cumplen para justificar la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público). Conviene recordar la doctrina del Alto Tribunal, expuesta resumidamente en la STC 65/1987, de 21 de mayo, y concretada después en su sentencia 76/1992 y posteriores), la cual advierte que la Ley de Presupuestos tiene límites materiales. Desde la perspectiva material el texto modificado de la LCSP afecta a la regulación de la cooperación vertical y los contratos menores en el ámbito de la ciencia (es este último caso, la opción adoptada no parece resolver adecuadamente los problemas, pues se mantienen los requisitos del artículo 118 LCSP (exigencia de motivación y límites cuantitativos por proveedor), a la vez que resulta difícil de justificar que la cuantía de 50000 euros supere los 35000 euros del procedimiento abierto simplificado “sumario” regulado en el artículo 156.6 LCSP. Así, los “problemas de gestión” derivados del contrato menor se mantienen.

⁴⁹ S. DEL SAZ, “La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?”, RAP núm.174, 2007.

⁵⁰ Interesa recordar que algunos de los compromisos del Pacto PP-CIUDADANOS para la investidura de Mariano Rajoy como Presidente del Gobierno, de 28 de agosto de 2016 «150 compromisos para mejorar España» iban en esta línea, abogando por reforzar la competencia y la transparencia en la contratación pública. La medida 109 en concreto recoge lo siguiente: “Impulsar, de forma inmediata, una reforma de la Ley de Contratos del Sector Público que incorpore las Directivas UE 2014/2023 (LA LEY 4612/2014), 2014/2024 y 2014/con el objetivo de incrementar los controles y cerrar cualquier espacio a irregularidades en las fases de preparación, adjudicación y ejecución. En especial, se limitarán los supuestos de modificación y fraccionamiento de los contratos, sin perjuicio del establecimiento de lotes para favorecer el acceso de las PYMES a la contratación pública, de acuerdo con las mencionadas directivas; así como los del procedimiento negociado sin publicidad. Se reforzará la independencia de los órganos técnicos y profesionales que intervienen en el procedimiento. con el objetivo de incrementar los controles y cerrar cualquier espacio a irregularidades en las fases de preparación, adjudicación y ejecución. En especial, se limitarán los supuestos de modificación y fraccionamiento de los contratos, sin perjuicio del establecimiento de lotes para favorecer el acceso de las PYMES a la contratación pública, de acuerdo con las mencionadas directivas; así como los del procedimiento negociado sin publicidad. Se reforzará la independencia de los órganos técnicos y profesionales que intervienen en el procedimiento”.

como una reorientación de la contratación pública desde la perspectiva de estrategia para implementar políticas públicas⁵¹.

a) La nueva dimensión del principio de integridad.

Uno de los retos –quizá el principal- de esta nueva Ley es el de afrontar de forma decidida la problemática de la corrupción y avanzar en un modelo que pivote sobre el principio de integridad⁵². El objetivo de integridad -reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción- forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio). Y por integridad habrá que entender “*el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno*” (Recomendación del Consejo OCDE sobre contratación pública [C (2015)2]).

El artículo 1 LCSP/2017 incluye la referencia a este principio (aunque pasa un tanto desapercibido, lo que aconsejaría una redacción del artículo 1 distinta y “más didáctica”). No es una mera cuestión formal, pues amén del efecto didáctico de su inclusión, se refuerza la idea de que la integridad (la honradez), no es un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos⁵³. Y se adoptan medidas adecuadas a tal fin (aunque no se extiende la aplicación de la norma a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales cuando hay financiación pública mayoritaria, como era la opción inicial), con la intención de eliminar (o, al menos reconducir) prácticas que permitían la opacidad.

Es el caso de la regulación estricta de los convenios y de los encargos a medios propios, mucho más estricta y acorde al derecho europeo, la eliminación de la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, la publicidad y control de los modificados, un modelo de publicidad diseñada para ser transparente poniendo en valor la Plataforma de Contratos del Sector público, la regulación de los conflictos de intereses y extensión de las prohibiciones de contratar por vínculos familiares, el refuerzo del recurso especial, la profesionalización de las mesas, y la opción de una nueva gobernanza dirigida por un supervisor independiente de la contratación pública. Y se fomenta la

⁵¹ El anteproyecto de Ley incluía las referencias expresas a los preceptos de las Directivas que se transponen en cada artículo de la Ley, lo que puede ayudar a una mejor interpretación de la nueva regulación y, en consecuencia, de mayor seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social.

⁵² Vid. A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de interés y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014 (hay segunda edición de 2018). La OCDE, en 2012 (*Progress Made in Implementing the OECD. Recommendation on Enhancing Integrity in Public Procurement*. París) ha propuesto un conjunto de normas y reglas de integridad, así como instrumentos para su análisis y evaluación. Asimismo, ha impulsado diversos procesos de evaluación de varios países para ayudarles a adoptar buenas prácticas e implementar los principios de integridad.

⁵³ Vid. J. M. GIMENO FELIU, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105.

simplificación con el nuevo procedimiento abierto simplificado y la declaración responsable. Junto a una mejor sistemática, una primera valoración resulta positiva.

Pero este juicio positivo se refuerza con cuatro decisiones de gran relieve que corrigen la primera opción del Proyecto remitido a las Cortes Generales -que dibujaba una regulación dual comparable a la imagen del dios Jano con dos caras antagónicas⁵⁴-, que favorecen el objetivo de una gestión de la contratación pública más transparente y eficiente.

La primera, que, frente a la opción del texto que se remitió a las Cortes Generales de diferenciar el régimen jurídico de los contratos no armonizados en función de su consideración o no de Administración pública (se mantenía así las instrucciones de los entes no Administración pública para los contratos no armonizados)⁵⁵, se decide la uniformidad de régimen jurídico, siendo indiferente el carácter o no de Administración pública del poder adjudicador para la aplicación de las reglas de contratación pública en los contratos de importe no armonizado (artículo 318 LCSP/2017). Desaparece, pues la posibilidad de regulación mediante Instrucciones internas propias en los procedimientos de importe no armonizado (estas solo quedan para entes del sector público que no sean poder adjudicador – artículo 321 LCSP/2017 - o los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales -ex artículo 3 LCSP/2017-)⁵⁶.

Se pone fin a una «deslegalización procedimental» que, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, a la vez que introducía innecesarias dosis de inseguridad jurídica que favorecerían una fragmentación del mercado, la cual, a su vez, favorecería la aparición de prácticas de naturaleza clientelar, que impedían el efectivo funcionamiento —por inadecuada concurrencia— de las economías de escala. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación⁵⁷. De ahí que se pueda considerar esta uniformidad jurídica en las

⁵⁴ Sobre la justificación me remito a mi trabajo “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (Dir., con M. Villoria y J. Tejedor), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 246-300. En concreto sobre el contenido del Proyecto de Ley, mi trabajo “Transparencia y prevención de la corrupción en los procedimientos de contratación pública. ¿Avanza el proyecto Ley Contratos Sector Público?”, *Revista Estudios Locales* núm. 195, 2016, pp. 10-20.

⁵⁵ No es esa la opción la Ley de Contratos Públicos de Navarra (Ley Foral 2/2018), que ha uniformizado las reglas de la contratación pública en todas las fases con independencia de la naturaleza como Administración pública, o no, del poder adjudicador.

⁵⁶ No es que desaparezcan las instrucciones internas, sino que estas tendrán una función “ad intra” para regular los aspectos organizativos de la contratación (competencias, mesas, contenido del expediente, tramitación urgente, etc.). De ahí que exista una Disposición transitoria obligando a su adaptación.

⁵⁷ Sobre esta patología vengo insistiendo desde mi trabajo “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras”, *RAP* núm.176, 2008, pp. 9-54 en la que he insistido en el estudio “La corrupción en la contratación pública...”, *ob.cit.*, pp. 258-262. Igualmente, B. NOGUERA DE LA MUELA, “La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español”, en libro homenaje al profesor L. Cosculluela, *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid 2015, pp. 948-950. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes

reglas procedimentales como la principal novedad del nuevo texto de contratos públicos⁵⁸. Esta uniformidad no se ha extendido, sin embargo (a diferencia de la Ley 2/2018, de Contratos Públicos de Navarra), al régimen jurídico de los contratos, cuando la causa de interés público que justifica un régimen exorbitante se encuentra en todos ellos, al margen de la naturaleza, pública o privada, del ente contratante.

Pese a la claridad del precepto, por comparación con la regulación inicial del Proyecto que se remite a las Cortes Generales, que mantenía el sistema (obligatorio) de Instrucciones, han surgido ciertas dudas interpretativas que son objeto de aclaración en el muy interesante Informe 2/2018, de 17 de enero, de la Abogacía del Estado⁵⁹. En relación a la posible “supervivencia” de las Instrucciones, niega con rotundidad dicha posibilidad:

“Como ya se ha indicado, es clara la voluntad del legislador de suprimir, con la LCSP, las Instrucciones Internas de contratación previstas en el artículo 191.b) del TRLCSP para la contratación no armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, tal y como se desprende del artículo 318.b de la LCSP y como, con toda rotundidad, declara el Preámbulo de dicha Ley (“En el Libro III se recoge la regulación de /os contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, en donde la principal novedad es /a supresión de las instrucciones de contratación ...”. “En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para /os contratos no sujetos a regulación armonizada /as instrucciones en el caso de /os poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones...”).

Resulta, pues, clara la voluntad del legislador de poner fin, en aras de la claridad y la seguridad jurídica, a la diversidad de regímenes de contratación aplicables a los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública, procedimientos que,

existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública (más de diez mil), *per se*, conlleva a tal dispersión de reglas distintas (de difícil localización, por lo demás) que hace inviable que los licitadores puedan conocer los distintos procedimientos, lo que conduce a un mercado “cerrado” claramente ineficiente y alejado del objetivo de efectiva transparencia.

⁵⁸ No puede olvidarse que en el “océano proceloso” de entes diversos la confusión jurídica derivada de la multiplicidad de Instrucciones internas, ha permitido, quizá sin pretenderlo, la proliferación de redes clientelares y de prácticas que han podido facilitar la captación de financiación ilegal que se ha derivado, directa o indirectamente a las organizaciones políticas.

⁵⁹ Así lo he defendido en mi opinión publicada en www.obcp.es: “A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no administración pública en la Ley 9/2017, de contratos del sector público. A propósito del debate sobre la desaparición de las instrucciones de contratación y de los procedimientos de adjudicación aplicables” y en mi trabajo “Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorpóreos de la producción en televisión (derechos intelectuales) a efectos de la aplicación de la normativa de contratos públicos. Procedimientos de adjudicación”, Cuadernos Derecho Local núm. 48, 2018, pp. 310-348. En este mismo sentido: Instrucción 3/2018 de la Abogacía del Estado y de la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 28 de febrero *n en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público*. Opinión contraria mantiene Alejandro BLAZQUEZ, “Los poderes adjudicadores no Administración Pública ante la Ley de contratos del sector público (Ley 9/2017): contratos menores y libertad de elección en los procedimientos de adjudicación”, Revista CEFLEGAL núm. 208, mayo de 2018.

bajo la vigencia del TRLCSP, han llegado a ser tantos y tan diversos como cuantos se regulan en las Instrucciones Internas que han ido aprobando este tipo de entidades. Siendo claro el mandato del legislador, también ha de ser clara la consecuencia: desde la entrada en vigor de la LCSP los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública han de adjudicar sus contratos no armonizados conforme al artículo 318.b) de dicho texto legal, quedando suprimidas desde ese momento las Instrucciones internas de contratación del artículo 191.b) del TRLCSP.

La posibilidad de que, pese a no estar previstas ni contempladas en la nueva LCSP, los poderes adjudicadores aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable sólo puede admitirse a efectos meramente internos, explicativos y, especialmente, organizativos, sin que tales instrucciones o documentos internos puedan sustituir el régimen jurídico que declara aplicable el artículo 318.b) de la LCSP ni evitar la sujeción de estas entidades a los procedimientos que elijan aplicar de los regulados en la Sección 2ª del capítulo I del Título I del Libro Segundo de la nueva Ley.

En caso de aprobarse instrucciones (lo que, se insiste, ya no contempla ni regula la LCSP), las propias instrucciones deberían declarar expresamente su eficacia meramente interna, reproducir el mandato del artículo 318.b), y explicitar que su aprobación no desplaza la aplicación obligatoria de los correspondientes preceptos legales; por lo demás, tales instrucciones o documentos internos, de eficacia, se insiste, meramente interna, no serían oponible frente a los terceros licitadores, ni deben ser objeto de publicación en el perfil del contratante, ni requieren tampoco el informe de la Abogacía del Estado, informe que, en caso de llegar a solicitarse y emitirse al amparo de los convenios de asistencia jurídica suscritos, debería aclarar esta eficacia meramente interna y organizativa". (negrita nuestra).

Es decir, **los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública deben aplicar los mismos procedimientos de contratación de las Administraciones** (lo que es coherente con un modelo funcional de poder adjudicador).

Nada altera, ni puede alterar, el que exista una Disposición Transitoria Quinta que hable de la adaptación de las Instrucciones existentes. En primer lugar, porque esta Disposición Transitoria ya existía en el texto del Proyecto cuando se preveían las Instrucciones (lo que justificaba su existencia). En segundo lugar, en modo alguno una norma transitoria puede servir para reinterpretar una norma de carácter sustantivo tal clara en su redacción, como lo es el artículo 319 LCSP, y en su verdadera finalidad. Una interpretación tanto literal, como teleológica, ex art. 3 del Código Civil, conduce de forma ineludible a la interpretación "auténtica" relativa a la desaparición de las Instrucciones como técnica de regulación de procedimientos de contratación para estos entes no Administración pública en los importes no armonizados. Así lo entiende también el referido Informe 2/2018, de la Abogacía del Estado al afirmar que:

"La disposición transitoria quinta de la LCSP, con una redacción ciertamente desafortunada y descoordinada con el articulado de la Ley, establece que "Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones

internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos". La alusión en dicha disposición transitoria a "los entes a los que se refiere el Título Tercero" resulta ciertamente equívoca, pues no aclara a qué Libro de la LCSP se entiende referido ese Título Tercero. Sólo los Libros Primero y Cuarto de la LCSP cuentan con sendos Títulos terceros, aunque ninguno de los mismos resultaría aplicable al caso, si se atiende a su contenido (el Título 111 del Libro Primero se refiere al "Objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión", y el Título 111 del Libro Cuarto regula la "Gestión de la publicidad contractual por medios electrónicos, informáticos y telemáticos"). Por su contenido (relativo a las instrucciones internas de contratación), y de acuerdo a un criterio sistemático (dada la cita de los artículos 318 y 321 de la Ley), dicha disposición transitoria parece querer aludir, pese a su literalidad, al "Libro" Tercero de la LCSP. **Pero, para ser coherente con la regulación del artículo 318, no debería referirse a los entes regulados en dicho "Título" (Libro), sino tan sólo a los poderes no adjudicadores (Título 11 del Libro Tercero), que son los únicos que mantienen las instrucciones internas de contratación (artículo 321.1), y los únicos a los que, en consecuencia, puede resultar aplicable el mandato de adaptación de las instrucciones internas recogido en esa norma de derecho transitorio.**

Sea como fuere, **una norma de derecho transitorio como la que se examina no define el derecho sustantivo aplicable, sino que regula los efectos temporales del propio derecho sustantivo.** Toda norma transitoria parte necesariamente de una norma sustantiva cuyo régimen intertemporal pretende disciplinar. De ahí que la disposición transitoria quinta de la LCSP (que regula el plazo de adaptación de las instrucciones de contratación a las previsiones de la nueva Ley) no pueda desvirtuar ni prevalecer sobre el mandato sustantivo de dicho texto legal, plasmado en los artículos 318 y 321 de la LCSP, y reforzado con los pronunciamientos categóricos del Preámbulo, con arreglo a los cuales las Instrucciones Internas de contratación desaparecen respecto de los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores y sólo subsisten respecto de los poderes no adjudicadores que, en consecuencia, son los únicos que deben adaptar el contenido de sus instrucciones a la nueva Ley en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de su entrada en vigor, quedando sin efecto las Instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública desde la entrada en vigor de la LCSP". (negrita nuestra).

Por otra parte, como argumento sistemático, conviene advertir que el artículo 319 LCSP/2017 establece la obligación de extender las obligaciones sobre modificación, pagos, subcontratación y extinción a estos poderes adjudicadores no Administración pública, en aras a una uniformidad también en la ejecución del contrato. Por lo que no sería coherente con esta decisión la supervivencia de regulación dispersa mediante instrucciones de estos poderes adjudicadores. Además, la extensión del recurso especial a importe no armonizados es un argumento adicional sobre esta uniformidad procedimental, pues no parece lógico (ni lo pretende el legislador) obligar a los distintos órganos de recursos contractuales a realizar su función jurisdiccional con criterios diversos en función

de la existencia de Instrucciones para los PANAPS en estos importes (conviene advertir que, para los PANAPS, el legislador, mediante art. 44.6 LCSP/2017 ha querido residenciar la impugnación de aquellos actos que no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación en la Administración de adscripción o tutela, acudiendo para ello a la figura del recurso de alzada impropio).

En conclusión, los poderes adjudicadores no administración pública en los contratos no armonizados no pueden regular (salvo en el caso de la controvertida previsión al respecto para partidos políticos, sindicatos y organizaciones sindicales) procedimientos mediante la técnica de instrucciones internas que, como indica su nombre, solo pueden tener una función organizativa *ad intra* (criterio ya aplicado en el Informe 11/2017, de 2 de noviembre de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón)⁶⁰.

La segunda, la extensión del recurso especial a cuantías inferiores a las del importe armonizado, es una decisión muy destacada, pues ha de ayudar corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública⁶¹. Se supera una visión presupuestaria del gasto asumiendo que las medidas de control preventivo son en todo caso inversión tanto en la lógica de la eficiencia económica (sobre lo que existen estudios de la Unión Europea muy elocuentes) como en lógica de la calidad democrática⁶². Los controles previos en la propia Administración deben ser contextualizados como una inversión, tanto económica (pues permite la eficiencia real del modelo, al permitir una efectiva concurrencia) como social, en tanto permite la regeneración democrática y da credibilidad al sistema institucional

⁶⁰ Vid J.M. GIMENO FELIU, "La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente", libro col. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 47-132.

⁶¹ Debe recordarse que la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), subraya que se debe evitar la introducción de nuevas normas para los mercados de contratación pública que no alcancen los umbrales de la UE, ya que se puede poner en peligro la seguridad jurídica establecida a escala nacional.

⁶² El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE (Directivas de recursos en adelante), en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública publicado el pasado 24 de enero recoge la evaluación de los resultados de la aplicación de las citadas Directivas y en concreto si se consideran adecuadas a los objetivos propuestos atendiendo a si minimizan las cargas y los costes asociados y maximizan la posible simplificación de los procedimientos. Desde el punto de vista de la eficiencia, las Directivas sobre procedimientos de recurso proporcionan beneficios globales en consonancia con los efectos esperados, tanto directos como indirectos muy superiores a los costes que supone presentar y defender un procedimiento de recurso para los proveedores y las autoridades contratantes representando por lo general entre el 0,4 % y el 0,6 % del valor del contrato. Sin embargo, la Comisión entiende que los costes no se reducirían a cero si las Directivas sobre procedimientos de recurso fueran revocadas. Por el contrario, serían incluso mayores, debido a las diferencias nacionales en la normativa sobre revisión y recursos y a la falta de armonización a escala de la UE, dando lugar a un contexto más farragoso para licitadores y otras partes interesadas. Y añade el informe que en la evaluación de la legislación en materia de contratación pública de la UE que se publicó en el año 2011 se estimó, en general, que el ahorro del 5 % conseguido en los 420 000 millones de euros en contratos públicos que se publicaron a escala de la UE se traducirían en un ahorro o una mayor inversión pública por un importe superior a 20 000 millones de euros al año. La aplicación efectiva de las Directivas sobre procedimientos de recurso puede, por tanto, aumentar la probabilidad de que se consiga un ahorro similar al estimado procedente de las Directivas sobre contratación pública.

del control público⁶³. De hecho, el artículo 36 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción celebrada en Nueva York el 31 de octubre de 2003 (Instrumento de Ratificación del Reino de España, de 9 de junio de 2006, publicado en BOE de 19 de julio de 2006) establece la obligación de que se disponga “de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley”. Órganos que deben ser independientes y a los que deberá proporcionarse “formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones”⁶⁴.

Por ello, la opción contenida en el proyecto de Ley, que limitaba “en exclusiva” este recurso especial a los contratos de importe armonizado, era muy criticable. Opción cuestionada tanto por la doctrina de forma unánime⁶⁵, como por órganos cualificados como el Consejo de Estado⁶⁶, Comité Económico y

⁶³ J.M. GIMENO FELIU, “Reflexiones sobre la planta del sistema de tribunales administrativos de resolución del recurso especial desde la perspectiva de efecto útil de las previsiones europeas de control eficaz y el modelo de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Hacia un modelo independiente y profesionalizado”, en Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1753-1768. También, sobre el sistema de control de la contratación pública en España, *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora). Número monográfico especial (2016) Observatorio de los contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

⁶⁴ Un ejemplo lo tenemos, en España, en la creación de la Oficina independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (artículo 332 Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público). La Unión Europea había insistido en la necesidad de la creación de una figura de este tipo: Recomendación de Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, de 27.7.2016, COM(2016) 518 final, en su Considerando 14, se incluía la siguiente afirmación: “La falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española.” Afirmación repetida en posteriores documentos como el *Country Report Spain 2017. Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances*, de 22.2.2017 SWD (2017) 74 final, (p. 56).

Esta Oficina se encuentra adscrita orgánicamente al Ministerio de Hacienda, pero formada por personal independiente (plazo de 6 años inamovibles), que asume las funciones de Gobernanza de las Directivas de contratación pública.

⁶⁵ Conviene recordar el trabajo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, RAP núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen por el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J.M. BAÑO LEON, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

⁶⁶ Dictamen 514/2006, de 25 de mayo. Afirma lo siguiente: “La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas

Social⁶⁷, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁶⁸ o Transparencia Internacional España⁶⁹. El cambio producido es muy relevante pues implica superar la visión del recurso especial como una carga burocrática o “gasto” innecesario, para configurarse como un instrumento que permita garantizar la mejor transparencia mediante una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración⁷⁰. La opción de rebajar umbrales es, sin duda, un hito en la filosofía práctica de la contratación pública, y debe ser el inicio de un proceso para, tras dotar con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe⁷¹. Por ello, resulta muy relevante la opción de ampliar por el importe el recurso especial frente a su limitación inicial a los contratos armonizados, que

provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.

La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada. Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo *référé précontractuel*, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados”.

⁶⁷ DICTAMEN núm. 8 2015, sesión ordinaria del pleno 25 de junio de 2015.

⁶⁸ IPN/CNMC/010/15 (Informes de Propuestas Normativas).

⁶⁹ En el documento sobre Medidas de transparencia y prevención de la corrupción en Subvenciones, Licitaciones y Contratos públicos, de octubre de 2015 (medida III.- 2), se insiste en la necesidad de extender el recurso al margen del importe (<http://transparencia.org.es/ti-espana-propone-a-los-partidos-politicos-60-medidas-contra-la-corrupcion-en-subvenciones-licitaciones-y-contratos-publicos-2/>)

⁷⁰ Vid. J.M. GIMENO FELIU, *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora). Número monográfico especial (2016) Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016*

⁷¹ Como bien ha destacado el Profesor J.M. BAÑO LEON, el sistema de recursos administrativos ordinarios no está configurado en clave de protección de la legalidad, pues pretende proteger a la Administración. De hecho, como bien explica, el sistema de justicia administrativa es un ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español. Por ello, como bien afirma, “la mejor alternativa al recurso administrativo es un buen recurso administrativo, entendiendo por tal el que garantiza una revisión de la actuación administrativa eficiente por un órgano funcionalmente independiente”. “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español”, en libro colectivo *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016, p. 669. Con esta ampliación del ámbito del recurso especial desde la perspectiva del importe se avanza en la filosofía del régimen equivalente en el nivel de eficacia exigido por STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14.

supera una extendida perspectiva de “gasto”, y no de inversión, cuando se analizan los escenarios preventivos de control eficaz⁷².

Sin embargo, existe sobre la decisión de ampliación del ámbito del recurso una “sombra” relativa a la posibilidad (confusa tal y como ha quedado articulada en el texto, pues se reconoce la competencia autonómica en la materia y luego se regula por norma estatal, lo que per se es contradictorio), de que pueda haber órganos de recursos contractuales locales en Ayuntamientos con la consideración de Gran Ciudad y en las Diputaciones Provinciales, pues genera una evidente asimetría, poco compatibles con el principio de seguridad jurídica y que no se puede justificar con el argumento de la autonomía local, ya que no puede confundirse el control jurídico con una función de tutela. La proliferación de “Tribunales administrativos locales” quebrará la esencia del modelo, generará distorsión de criterios e impedirá un verdadero control eficaz y con “auctoritas”. Frente a la extensión de órganos de control en distintos niveles en mi opinión resulta más aconsejable determinar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, que deberán garantizar en todo caso la nota de independencia y especialización y la debida colegialidad (en todo caso es obligado el control del cumplimiento de los requisitos para su designación, además de que resultaría conveniente exigir la “exclusividad” de esta función de control)⁷³.

La experiencia de la primera generación de órganos de recursos contractuales, en un contexto de mayor profesionalización y coherencia del sistema de control desde una perspectiva integral aconseja analizar las ventajas de resituar a los órganos de recursos contractuales como órganos independientes “adscritos” al Parlamento correspondiente. Se solucionaría así el cuestionamiento sobre la adscripción organizativa en un Administración Pública (y la posible “tutela administrativa” como sospecha), se fortalecería el carácter de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 237 TFUE y facilitaría la planta de estos órganos de control, al permitir un control que englobase toda la actividad contractual pública de cualquier poder adjudicador (es decir, se unificaría la opción de órganos de

⁷² J. PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Obviamente, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización podrán extender el ámbito de este recurso especial a importes inferiores, pues el artículo 112 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (al igual que su predecesora Ley 30/1992, en su artículo 107) habilita tal posibilidad. Así se ha hecho en Aragón mediante la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas) que fija en 200 000 euros el umbral del recurso especial para el contrato de obras y en 60 000 euros para los contratos de servicios y suministros.

⁷³ J.M. GIMENO FELIU, “Reflexiones sobre la planta del sistema de tribunales administrativos de resolución del recurso especial desde la perspectiva de efecto útil de las previsiones europeas de control eficaz y el modelo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Hacia un modelo independiente y profesionalizado”, en libro *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1753-1768.*

recursos contractuales para la actividad de licitación de todos los poderes adjudicadores con independencia de su naturaleza parlamentaria o local)⁷⁴.

Asimismo, interesa destacar la necesaria ampliación del objeto del recurso especial, que incluye ya los encargos a medios propios y también a ciertos actos relativos de la ejecución del contrato y, en especial, las modificaciones contractuales o rescate de concesiones. Sin embargo, se olvida de la exigencia de la Directiva europea de recursos (89/665, modificada por la Directiva 2007/66), cuyo ámbito de aplicación tiene ya efecto directo de incluir en el ámbito del recurso especial las cuestiones de subcontratación y la resolución del contrato o concesión⁷⁵. Hubiera resultado conveniente incluir, como cláusula de cierre, el concepto amplio de “decisión” al que se refiere la STJUE de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía.

En tercer lugar, la eliminación de la posibilidad de “libre” modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública –coherente con la regulación del TRLCSP 2011, que obliga con indiferencia del importe- limita la posibilidad de descontrol en los sobrecostos y, también, que exista un “incentivo” a crear entes instrumentales para alejarse del control y reglas públicas. M. GARCÉS SANAGUSTIN, ya advirtió hace tiempos que las malas prácticas y abusos de esta potestad han tenido, además de un efecto perverso sobre las reglas de la licitación, un claro impacto presupuestario al no abonarse las certificaciones correspondientes en proyectos con financiación europea por considerar las autoridades comunitarias que se incumplían los principios inherentes a la contratación pública⁷⁶. Y los casos recientes de ACUAMED, NOOS, Palma Arena, etc., son ejemplos de la necesidad de tolerancia cero en esta materia. Esta decisión, incluida ahora en el artículo 319 LCSP/2017, de “no facilitar” la modificación contractual en contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública, supone un claro “impulso” en la lógica de uniformidad jurídica y, sobre todo, de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción⁷⁷. El contenido “armonizado” que se propone en

⁷⁴ Esa es la propuesta que formulé en mi trabajo “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”. REALA, núm. 7, 2017.

⁷⁵ La Directiva de concesiones incorpora un supuesto tasado de causas de resolución anticipada cuyo no cumplimiento por una Administración o poder adjudicador abre la puerta al recurso especial. Me remito a mi trabajo “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, Cuadernos Derecho Local núm. 43, 2017, pp. 50-71. También en el estudio *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017 (J.M. Gimeno, P. Sala y G. Quinteros) y *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego* (F. CAAMAÑO, J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS), 2017, pp. 118-120.

⁷⁶ M. GARCÉS SANAGUSTIN, “El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos”, libro col. *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 68. La práctica de las modificaciones en España acredita una clara “patología” que pervierte todo el sistema de la contratación pública y sus principios. Vid también J.M. GIMENO FELIU, “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, 2016, Cizur Menor, pp. 31-138.

⁷⁷ Sin embargo, al Consejo de Estado en su Dictamen al Ante Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de marzo de 2016, de forma sorprendente, le convence esta opción y declara que “Por lo tanto, en comparación con el TRLCSP en vigor, la aplicación de este régimen de modificación

las Directivas, se ha utilizado de referencia también en los contratos no cubiertos en este artículo 319 LCSP/2017 (que no hace distinciones por el importe), lo que viene a evitar prácticas que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública⁷⁸.

Por último, la creación de un “organismo” independiente de regulación, supervisión y control (aunque con forma de órgano administrativo) que conforma la bóveda de una nueva arquitectura institucional para promover las exigencias de gobernanza europea⁷⁹. Órgano con el que se pretende, además, dar respuesta a las exigencias de la Comisión europea, que había advertido de falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país, constatando que esta carencia “obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española” (Decisión (UE) 2017/984 del Consejo, de 8 de agosto de 2016)⁸⁰.

La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (que se regula en los artículos 332 y 333 LCSP), está adscrita orgánicamente al

contractual está más acotada. En efecto, ya no afecta a todos los contratos del sector público, sino solamente a aquellos sujetos a las directivas europeas. Esta solución resulta razonable y plenamente acorde al origen comunitario de dicho régimen.” La visión de la modificación limitada a una mera exigencia europea y no al ejercicio correcto de los principios de integridad, eficiencia y buen gobierno pone en cuestión una adecuada solución del problema de los sobrecostes en la contratación pública. La dicotomía de regímenes, en función del importe, no parece una solución correcta, en tanto se crean dos regulaciones distintas para situaciones que exigirían una misma solución jurídica.

⁷⁸ Así lo he defendido en anteriores trabajos. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 28-31. Vid también los trabajos de I. GALLEGO CORCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública” en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167, J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015.

⁷⁹ Desde hace años, como medida de refuerzo del principio de integridad y como instrumento de seguridad jurídica, la doctrina ha venido planteando la conveniencia de un organismo de regulación y supervisión en contratación pública. Posibilidad contemplada en el artículo 83 de la Directiva 2014/24, de contratación pública, al exigir que los Estados velen por la Gobernanza a través de autoridades u organismos a los que se atribuyan estas funciones. En palabras de D. CANALS AMETLLER (“El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública”, *Revista Gallega de Administración Pública* núm. 55, 2018, pp. 427) esta Oficina es la “*cúspide de la organización específica para la gestión de la contratación pública*”.

⁸⁰ En todo caso, como bien advierte J. PONCE, la creación de este tipo de unidades no es sino una más de entre las distintas medidas posibles para luchar contra la corrupción, piezas de un *puzle* complejo que configura el sistema de integridad de un Estado y condiciona su buen gobierno y buena administración. “Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad* núm. 3, 2017, p. 8 de su trabajo. Como advierte, la posible creación de oficinas de este tipo debe ser contextualizada en una estrategia global contra la mala administración y la corrupción y a favor del buen gobierno y la buena administración. La decisión sobre la creación de una oficina de este tipo debe ponderar, por exigencias del derecho a una buena administración, los costes y beneficios concretos, de todo tipo, que la misma pueda generar, y sólo crearla si los segundos superan a los primeros. Es preciso respetar los principios de buena regulación y la evaluación de impacto normativo exigido ahora por la ley 39/2015.

Ministerio de Hacienda, pero formada por personal independiente (plazo de 6 años inamovibles), que asume las funciones de Gobernanza de las Directivas de contratación pública⁸¹. Podrá dictar instrucciones, pero no se le reconocen competencias de “anulación” o sanción⁸². Le corresponde, además, aprobar – a propuesta del Comité de Cooperación en materia de contratación pública- la Estrategia Nacional sobre la Contratación Pública, que es un instrumento jurídico vinculante para todos los poderes adjudicadores de España y con un horizonte temporal de cuatro años (art. 334 LCSP).

Del régimen legal de esta “estructura de gobernanza” destaca su evidente e importante función regulatoria. El apartado 6 del artículo 332 LCSP –precepto formalmente de alcance básico- enumera como competencias de este órgano las siguientes:

“6. Corresponden a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación las siguientes funciones:

a) Coordinar la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público.

b) Velar por la correcta aplicación de la legislación de la contratación pública a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos.

c) Velar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos del sector público y, de modo especial, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación.

d) Promover la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas.

e) Verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación.

En el caso de que la Oficina tenga conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción a nivel estatal, autonómico o local, dará traslado inmediato, en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos el Tribunal de Cuentas y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.

⁸¹ Vid. A. BETANCOR, “Oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación”, en libro col. Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Aranzadi, 2018, pp. 689-714. También el estudio de D. CANALS AMETLLER, “El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública”, ob. cit, pp. 426-428. Este completo trabajo analiza con detalle el actual modelo y propone pensar en el modelo de Agencia Anticorrupción para el caso de España así como opción el crear una Autoridad Europea de Supervisión de la Contratación Pública, de modo similar a las existentes en otros sectores económicos de referencia en el mercado común europeo.

⁸² El funcionamiento de la OLAF en la Unión Europea puede servir de ejemplo para su puesta en funcionamiento. Sobre ello resulta interesante el trabajo de M. FUERTES LÓPEZ, “La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF)”, Revista de Administración Pública. núm.175, 2014, pp. 269-301.

La OIReSCon puede, por tanto, ordenar el sector de la contratación pública, ya sea mediante Recomendaciones o ya sea mediante Instrucciones, que tienen como destinatarios todo el sector público y que no responden a una idea de tutela sino de correcta aplicación de la legislación (y de seguridad jurídica en un mercado tan importante y sensible). Por ello, el ámbito del “sector público” debe ser equivalente al artículo 3.1 de la LCSP y 2 de la Ley 40/2015, lo que significa que incluye (y, por tanto, obliga) a todos los niveles de la Administración territorial (estatal, autonómica y local) e institucional.

Como explica A. BETANCOR en relación al alcance de las Instrucciones, a diferencia del régimen general de la Ley 40/2015, de Régimen del Sector Público, expresamente excluido de éste por el artículo 332.7.d) de la LCSP, las Instrucciones de la OIReSCon no se producen en el contexto de una relación de jerarquía. Son obligatorias para todos los órganos de contratación del sector público sin necesidad de la relación que exige el régimen general y ahí radica la singularidad de las mismas. Y su objeto será el de ofrecer una interpretación común frente a interpretaciones equivocadas o prácticas que distorsionen el mercado de la contratación pública haciéndolo menos competitivo⁸³. Otra interpretación supone vaciar de contenido a la función y alcance con el que el legislador decide impulsar este órgano (que pretende asemejarse a la AIREF). Y aunque la LCSP prevé que Comunidades Autónomas puedan crear en su ámbito Oficinas de Supervisión, su capacidad de actuación se limita a la función de estricta gobernanza para coadyuvar al diseño de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, pero sin competencias regulatorias, cuyo monopolio descansa, de modo coherente, en la OIReSCon⁸⁴.

Por otra parte, desde la vertiente de la gobernanza, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas -además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos- lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas –que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática- conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos pública⁸⁵. Esta Autoridad independiente se “complementa” con una Comisión Mixta con el Tribunal Cuentas, de seguimiento de la contratación pública⁸⁶.

⁸³ A. BETANCOR, “Oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación”, ob. cit, p. 705.

⁸⁴ Por otra parte, aunque el sistema de designación no es, sin duda, el más adecuado para este tipo de órganos (como ya he comentado al hablar del sistema de control), de ello no pueden extraerse consecuencias jurídicas sobre su alcance. Sucede lo mismo con los órganos de recursos contractuales y se ha aceptado con cierta unanimidad que como su función es de legalidad y no de tutela se pueden fiscalizar por los mismos decisiones contractuales de entidades locales o de universidades públicas.

⁸⁵ El titular de la presidencia de la Oficina remitirá a las Cortes y al Tribunal de Cuentas un informe anual sobre las actuaciones y comparecerá en las Cortes para la presentación del informe anual y sus conclusiones.

⁸⁶ Sin duda puede ser una importante herramienta de apoyo a la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la

Esta nueva figura presenta, insistimos, un importante rol regulador más que de supervisión, y debe servir para dotar de seguridad jurídica en la aplicación de la norma en unos momentos de inseguridad jurídica por la existencia de disparidad de criterios. Sin embargo, esta nueva “arquitectura”, en su puesta práctica, presenta importantes “debilidades” en tanto, frente a lo que parecía que pretendía la Ley (y se necesita en un sector de tanta importancia), no se le ha dotado de medios materiales y presupuestarios adecuados⁸⁷. Es más, su adscripción orgánica y no funcional, en tanto órgano y no de organismo público (con personalidad jurídica propia), a la subsecretaría del Ministerio de Hacienda y su consideración de “subdirección general” le dificultan la necesaria *auctoritas* que es exigencia necesaria en todo organismo regulador como elemento inherente a su estatuto jurídico independiente. Además, al carecer de capacidad sancionadora para poder “incentivar” el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley su rol institucional queda claramente debilitado⁸⁸.

b) La visión estratégica en la contratación pública: hacia la contratación socialmente responsable

La **visión estratégica**, tan importante para impulsar políticas de desarrollo sostenible, impulso a la innovación o consolidación de tejido empresarial de las PYMEs⁸⁹, que aparecía un tanto diluida dentro del texto remitido inicialmente al Congreso, se convierte en el principal eje de la contratación, avanzando hacia una visión “más cercana” a la consideración del contrato público como inversión y no como gasto (superando la tradicional aplicación burocrática y economicista de los procedimientos de licitación pública en España)⁹⁰. El artículo 1.3 LCSP supone

personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. Vid. A. PEÑA OCHOA, “El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción”, en libro col. *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 83-108. En especial resulta de interés el estudio de J. A. FERNANDEZ ASENJO, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

⁸⁷ Sobre la debilidad del modelo, recomendando la dotación de más medios personales y materiales se ha pronunciado la Comisión europea en su Documento de 27 de febrero de 2011 sobre la Prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos – España – Informe España 2019-. El “fortalecimiento del marco de funcionamiento” que sugiere la Comisión europea debe ser la consecuencia de un decidido avance en el cumplimiento de los objetivos y principios desarrollados por la LCSP, debe concretarse en, al menos, las siguientes acciones: a) avanzar (“todavía pendiente”) en la Estrategia nacional de contratación pública, que debe ser preparada por el Comité de Cooperación, donde están representados todos los niveles de gobierno y la Oficina Independiente; b) necesidad de corregir la ausencia de recursos materiales y personales de la Oficina Independiente para que en el cumplimiento de sus objetivos pueda llegar a una posición prominente, que ahora no tiene. Esta acción es fundamental puesto que la Oficina, a través de su Supervisión debe aportar a la Estrategia a los “análisis profundos de los problemas que se detecten” en el desarrollo de la supervisión; y c) la participación activa en la preparación de la Estrategia y “su propiedad” por todos los niveles de gobierno que, es una clave para la mejora de la contratación pública en España.

⁸⁸ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “Las novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público tras su aprobación en el Congreso de los Diputados”, publicado en www.obcp.es (julio de 2017) y J. A. MORENO MOLINA, *Hacia una compra pública responsable y sostenible*, ob. cit., p. 214.

⁸⁹ Por todos, D. CANALS AMETLLER, “Divisibilidad del objeto contractual y otras medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública”, Cuadernos de Derecho Local núm. 48, 2018, pp.221-246.

⁹⁰ Sobre esta visión estratégica de la contratación pública, eje de la política europea, existe una importante literatura jurídica y económica tanto en España como en Europa. Por todos, el libro colectivo Dirigido por J. Pernas, *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013; J. M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la*

una clara “innovación” sobre la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las PYMES. Se abandona así una visión presupuestaria de la contratación pública, que se reorienta a una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas⁹¹. En especial, se refuerza la posición de los trabajadores en los contratos, estableciendo obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y de retribución, cuyo incumplimiento puede justificar la resolución del contrato. Y se elimina la posibilidad de “dumping” social mediante precarización de condiciones laborales al establecer la obligación de respetar los convenios sectoriales⁹². Esta visión estratégica aconseja, en todo caso, analizar también para un mejor cumplimiento de estos objetivos la mejor forma de agregar necesidades con el fin de obtener mejores resultados⁹³.

Como complemento a esta visión estratégica de la contratación pública destaca también la previsión respecto a las especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas, lo que facilita una mejor respuesta jurídica a prestaciones alejadas a la lógica del mercado. Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, del mismo⁹⁴. Se habilita que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, así como que se diseñe un régimen singular de contratación⁹⁵. Esta opción se justifica en que las Directivas europeas de 2014 permiten que exista un régimen especial de servicios dirigidos a ciudadanos (educativos, sociales, sanitarios), ya desvinculado

burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Aranzadi, Cizur Menor, 2014 (en especial p. 24, donde se incluye la idea incorporada, de manera casi literal, por el artículo 1.3 LCSP).

⁹¹ Se avanza, pues, en la cultura de la contratación socialmente responsable. Cuestión en la que ya se había venido trabajando desde el Foro de contratación socialmente responsable (<http://www.conr.es>)

⁹² F. BLANCO LOPEZ, “La doctrina social de los tribunales administrativos de recurso ante la contratación pública estratégica”, libro col. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XVIII, *La Ley de Contratos del Sector Público*, 2018, pp. 139-168.

⁹³ Sobre esta cuestión me remito al libro colectivo coordinado por P. Valcárcel *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, trabajo que aporta importantes y bien construidas reflexiones sobre la problemática y posibilidades de la compra agregada y compra conjunta.

⁹⁴ Esta opción ha sido «validada» por las Sentencias TJUE de 11 de diciembre de 2014, *CroceRossa Italiana y otros* (asunto C-113/13) y de 28 de enero de 2016, *CASTA y otros*, Asunto C-50/14, que reconocen incluso la posibilidad de adjudicación directa. Opción adoptada, por ejemplo, en Aragón por la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario y por Valencia Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario).

⁹⁵ Me remito a mis trabajos “*Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)*”, Revista Derecho y Salud, Vol. 26, núm. 2 de 2015, pp. 65-85 y “*La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales*” Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 52, 2018, pp. 12-66.

de la idea de contrato de gestión de servicios públicos⁹⁶. 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 distinta⁹⁷. El paradigma de esta necesaria contextualización y “readaptación” de las reglas de la contratación pública son los servicios sociales, educativos o sanitarios, en tanto se prestan servicios “dirigidos a ciudadanos” y vinculados a prestaciones básicas que forman parte del “núcleo” del Estado social. Y aquí la eficiencia no puede ser interpretada desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio.

Esto explica porque la normativa europea habilita, por tanto, que los Estados puedan diseñar un régimen legal *ad hoc* para la provisión de los servicios de salud a las personas mediante sistemas singulares de contratación pública, de reserva de contratos e, incluso, de acuerdos directos con especial atención a las notas de calidad, profesionalización, solidaridad y cohesión social⁹⁸. Así, se pueden reservar contratos (Disposición Adicional 48) e incluso, como admite la Disposición Adicional 47 es posible establecer unas normas “distintas” de contratación pública en el ámbito de los contratos sanitarios o sociales a las personas, que pongan el acento en aspectos técnicos y de calidad (obviamente, la opción que se adopte, en su diseño concreto, no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, donde los propios matices de la prestación en los últimos años aconsejan una especial atención a cómo se viene desempeñando, y se debe desempeñar, esta actividad). Se presta la atención a criterios vinculados a la mejor calidad de la prestación desde la perspectiva del ciudadano, donde el precio, *per se*, debe tener poca incidencia. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación⁹⁹.

⁹⁶ Resulta de especial interés el Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “Calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales. El riesgo asumido por el contratista como elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público. Posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios”.

⁹⁷ Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).

⁹⁸ La Comisión de la Unión Europea ha intervenido de forma activa en el fenómeno y establecimiento de un marco jurídico de la colaboración público-privada para la promoción de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, buscando en esta fórmula el menor impacto en las cuentas públicas, así como la participación del sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras y servicios públicos. En el ámbito sanitario esta colaboración, bien diseñada, y siempre desde la lógica del carácter público del modelo, puede aportar mejoras en la prestación del servicio y mayor eficiencia (al no existir ánimo de lucro). En estos casos nos encontramos ante cierta “publificación” de la actividad privada al servicio del interés general. Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *ob.cit.*, pp. 12-66.

⁹⁹ Vid. X. LAZO, “La figura del ‘concierto social’ tras las Directivas europeas de contratación pública”, publicado en www.obcp.es.

El régimen de acción concertada (que no concierto, como modalidad contractual), es una opción organizativa (como sucede con el sector educativo), que exige la previsión legal expresa que determine el alcance y significado de esta acción concertada, que determine las modalidades de servicios y prestaciones, así como el sistema retributivo (opción adoptada en Aragón por la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, en Valencia por la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario) y en la Ley 12/2018, de servicios a las personas en el ámbito social en las Islas Baleares¹⁰⁰.

Lógicamente, la nueva normativa, desde esta perspectiva estratégica de carácter transversal, incluye medidas a favor PYMEs incorporando las soluciones incluidas en el «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos» (SEC (2008)2.193, de 25 de junio de 2008)¹⁰¹. En especial destaca la nueva regulación de la división en lotes de los contratos. Así, se invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que, solo si no se divide, hay que justificarlo (sin que sirvan las cláusulas de estilo). Se regula la oferta integradora y se puede limitar número de lotes. La incorporación de la regla general de la “declaración responsable”, como medida de simplificación, ha de

¹⁰⁰ Por supuesto, tal y como se viene realizando, los centros que opten a un modelo de acción concertada deberán disponer de autorización administrativa e inscripción en el registro oficial de centros y establecimientos correspondiente, y superar un proceso de acreditación sustentado en rigurosos estándares de calidad previamente establecidos por la Administración competente; asimismo, implica el cumplimiento de un conjunto de obligaciones de gestión y control fijadas legalmente y desarrolladas reglamentariamente. Corresponderá a la Administración competente, dentro de las directrices de planificación, establecer los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos en esta materia, y su alcance. En concreto, el número máximo de centros concertados, la tramitación de la solicitud para acogerse a tal modalidad, la duración máxima del concierto y las causas de extinción; las obligaciones de la titularidad del centro concertado y de la Administración; el sometimiento del concierto al derecho administrativo, y, en su caso, las singularidades del régimen del personal adscrito al servicio. Existirán unas Bases de Acción Concertada que determinarán los derechos y obligaciones derivados de la citada selección, estableciéndose las condiciones técnicas y económicas para la prestación de la concreta actividad concertada. Los centros que accedan al régimen de concertación deberán formalizar con la Administración el correspondiente acuerdo. La elección de centro sanitario privado concertado no implicará en ningún caso un trato menos favorable, ni una desventaja, para los ciudadanos, y deberá respetarse la equivalencia de prestación de la cartera de servicios. La cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las prestaciones sanitarias objeto de acción concertada, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes. Vid. mi trabajo “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, Anuario de Derecho Local 2017, Fundación y democracia local, pp. 272-284.

¹⁰¹ En España, según estos últimos estudios de la OCDE, solo el 28% de la contratación pública se adjudica a éstas (Estudios Económicos de la OCDE, España, noviembre 2018). Sobre la cuestión de las PYMES y la contratación pública puede consultarse: J.M. GIMENO FELIU, “La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMEs como estrategia de reactivación económica”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 59 a 84, y los trabajos de G. BARRIO GARCIA, “Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación Pública”, en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 133-160 y J.M. MARTINEZ “Fomento del acceso de PYMES a la contratación pública”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 143, 2016, pp. 92-103.

favorecer la participación de las PYMEs. Especial interés tiene que la Ley (Disposición Adicional 41), permita la acción directa de los subcontratistas¹⁰² y que, previa previsión en los pliegos, el poder adjudicador compruebe el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más rigorista que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

c) El nuevo paradigma de la calidad en la contratación pública.

Por último, la LCSP incorpora, en la nueva lógica estratégica, como **nuevo paradigma la calidad**¹⁰³. Esta perspectiva cualitativa de la prestación y del contrato se integra, por ejemplo, con la finalidad exigida por nuestra LCSP 2017, de que objetivos sociales, ambientales o de investigación, sean un elemento intrínseco y de especial valor, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales.

La calidad no es un mayor gasto, ni cuestiona en si misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda licitación pública (no hay que confundir precio con valor)¹⁰⁴. 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 servicio¹⁰⁵. 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. Así, la mejor calidad

¹⁰² Cuestión que fue de especial análisis por F. BLANCO LOPEZ en su muy interesante trabajo “La subcontratación administrativa y el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código civil”, Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 38, 2011, pp. 221-258.

¹⁰³ La justificación de esta nueva visión de la contratación pública obliga a repensar la política de contratación pública, que debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir vía contrato público y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un principio irrenunciable de la decisión a adoptar. Es más, conforma 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. Como obra de carácter general que aborda la cuestión de la calidad como elemento de toda decisión administrativa me remito al libro col (Dir. J. Pintos), *Calidad, transparencia y ética pública*, INAP; Madrid, 2017.

¹⁰⁴ J.M. GIMENO FELIU, “La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 159, 2019, pp. 14-19. También, y J. VÁZQUEZ MATILLA, “El concepto de mejor relación calidad precio. La imposibilidad de que el precio sea el factor determinante”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 157, 2018.

¹⁰⁵ Me remito al documento **50 criterios de calidad y excelencia en la contratación pública** : <http://www.agoraceg.org/banco-conocimiento/50-criterios-de-calidad-y-excelencia-para-la-prestacion-del-servicio-que-aportan->.

se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia (y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental). Interesa, a estos efectos, recordar que desde el Derecho europeo de la contratación pública el precio no parece el elemento esencial para su configuración como contrato público. El artículo 2.1.5) de la Directiva 2014/24/EU establece que son “*contratos públicos: los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios*”¹⁰⁶. Esto explica, por lo demás, que las escasas referencias que contienen las Directivas europeas al precio de los contratos públicos se realizan para precisar otras cuestiones que tienen que ver con el respecto de los principios de publicidad, transparencia y competencia, a los efectos de consagrar un auténtico mercado interior de la contratación pública o para reconocer que el precio es un elemento que puede formar parte de los criterios de adjudicación de los contratos públicos. Que el Derecho de la Unión europea no haya prestado especial atención a la regulación del precio de los contratos públicos se explica si atendemos a que la finalidad de las Directivas de contratación pública no es regular de forma “completa” todos los contratos públicos. El legislador europeo pretende regular únicamente aquellas cuestiones que considera trascendentes en orden a promover y fomentar la creación del mercado interior de la contratación pública, pero con respeto a otros intereses sectoriales. Y es que, el precio, *per se*, no es un elemento esencial del contrato público y que en mercados regulados -como sucede, por ejemplo, con el del medicamentos- podría incluso ser sustituido por el de rentabilidad y decidir la adjudicación con otros criterios como plazos, seguimiento, etc. Interesan estas precisiones en tanto puede ayudar a determinar cual 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 finalidad¹⁰⁷.

La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisonal 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.

La calidad de la prestación es, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato

¹⁰⁶ Y es necesaria una interpretación también funcional. La STJUE de 18 de octubre de 2018, asunto C-606/17, indica que un acuerdo por el que un operador económico se compromete a elaborar y suministrar un producto a diferentes administraciones como contrapartida de una financiación destinada íntegramente a la consecución de este objetivo, debe ser considerado un contrato «oneroso» en el sentido de las directivas sobre contratación pública.

¹⁰⁷ Interesa destacar, no obstante, que este precio no es en todo caso una retribución económica en metálico, sino que, a efectos de la necesaria onerosidad de un contrato público, por precio se entiende cualquier contraprestación con un valor que preserve la equivalencia de las prestaciones (propia de cualquier relación sinalagmática). Lo que hay que conseguir es un valor razonable. Vid. J.C. GÓMEZ GUZMÁN, *La determinación del precio en los contratos públicos con base en el coste*, La Ley, 2018.

público¹⁰⁸. 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 distinta¹⁰⁹.

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), 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. Dening).

Este factor cualitativo de la prestación se puede tener en cuenta en varias fases y presenta distintas posibilidades. En primer lugar, es muy importante “valorar” este aspecto cualitativo a la hora de determinar la necesidad a satisfacer y, en concreto, al fijar el objeto de la licitación y calcular su valor estimado. Una inadecuada dimensión de cualquiera de estos dos aspectos impedirá cumplir de forma correcta el objetivo de la licitación. De ahí la importancia de conocer el mercado, tanto en su estado técnico como en su dimensión económica, para evitar adquirir productos, servicios u obras que se resienten en su aspecto de calidad y que cumplen peor con los fines públicos.

La perspectiva “cualitativa” de la contratación pública aconseja, por ejemplo, que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente “asumibles”, en clave de rentabilidad (pues esta debe analizarse desde la óptica efectiva del cumplimiento de objetivos públicos esenciales de nuestro país). Estas exigencias de “calidad”, con respeto a los principios europeos de la contratación pública puede servir para evitar la precarización de las condiciones laborales¹¹⁰ y desincentivar la deslocalización empresarial (puede servir para no penalizar a las empresas

¹⁰⁸ Interesa destacar ya en este momento la importancia de la planificación, tanto de necesidades como de desarrollo del procedimiento de contratación. Al respecto, vid. J. GONZALEZ GARCIA, “Ley de Contratos del Sector Público y Entidades Locales: la exigencia de planificación de la contratación”, Cuadernos de Derecho Local núm. 48, 2018, pp. 247-264.

¹⁰⁹ Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).

¹¹⁰ Debe recordarse que las normas fundamentales de trabajo de la OIT prohíben el trabajo forzado (Convenciones 29 y 105) y el trabajo infantil (Convenciones 138 y 182) y establecen el derecho a la libertad de asociación y la negociación colectiva (Convenciones 87 y 98) y a la no discriminación en términos de empleo y ocupación (Convenciones 100 y 111). Las bases legales de las normas fundamentales de trabajo son las ocho convenciones centrales de la OIT arriba mencionadas, que han sido ratificadas por todos los 27 Estados miembros de la UE.

europas, ni a las PYMEs y ayudar al fomento los objetivos europeos de la economía circular).

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 artículo 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.

El paradigma de esta necesaria contextualización y “readaptación” de las reglas de la contratación pública a la prestación de calidad, son los servicios sociales, educativos o sanitarios, en tanto se prestan servicios “dirigidos a ciudadanos” y vinculados a prestaciones básicas que forman parte del “núcleo” del Estado social. Y aquí la eficiencia no puede ser interpretada desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio. Esto explica que **es posible establecer unas normas “distintas” de contratación pública en el ámbito de los contratos sanitarios o sociales a las personas, que pongan el acento en aspectos técnicos y de calidad** (obviamente, la opción que se adopte, en su diseño concreto, no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, donde los propios matices de la prestación en los últimos años aconsejan una especial atención a cómo se viene desempeñando, y se debe desempeñar, esta actividad). Se presta la atención a criterios vinculados a la mejor calidad de la prestación desde la perspectiva del ciudadano, donde el precio, *per se*, debe tener poca incidencia. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

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 artículo 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 trate. Se utiliza, por tanto, el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la oferta más ventajosa. El cambio es de gran relevancia y explica que la nueva regulación del artículo 146 LCSP ya no incluya el concepto precio como concepto principal sino el de costes o rentabilidad, así como que se ponga en valor los servicios intelectuales (opción reclamada desde los servicios de ingeniería y arquitectura). Así, existe una doble distinción de criterios: Criterios

relacionados con coste (se incluye mejor relación coste-eficacia) y criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio. La regulación de la anormalidad de oferta (artículo 149 LCSP/2017) permite, además, poner en valor la calidad de la prestación (y evitar la precarización de las condiciones laborales).

Asimismo, la calidad se puede concretar en el valor técnico de la prestación y también en la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato. Y esto explica porque en determinados servicios profesionales (como la asesoría o los servicios de arquitectura) se impone la exigencia de una mayor puntuación de los aspectos técnicos y no del precio.

En definitiva, el marco normativo de la contratación ha optado por incorporar a la calidad como un nuevo paradigma que debe ser objeto de adecuada valoración (incluso promueve la adquisición de la innovación en ese convencimiento de que la mejora permanente en la satisfacción de interés público es esencial en la propia justificación institucional de los poderes públicos).

La calidad de la prestación, desde una perspectiva transversal, explica la exigencia de tener en cuenta en las licitaciones el ciclo de vida, que abarca todas las etapas 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 o la finalización. Los costes que deben tenerse en cuenta no incluyen solo los gastos monetarios directos, sino también los costes medioambientales externos, si pueden cuantificarse en términos monetarios y verificarse. En los casos en que se haya elaborado un método común de la Unión Europea para el cálculo de los costes del ciclo de vida, los poderes adjudicadores deben estar obligados a utilizarlo.

En consecuencia, los poderes adjudicadores podrán hacer referencia a todos los factores directamente vinculados al proceso de producción en las especificaciones técnicas y en los criterios de adjudicación, siempre que se refieran a aspectos del proceso de producción que estén estrechamente relacionados con la producción de bienes o la prestación de servicios en cuestión. Esto excluye los requisitos no relacionados con el proceso de producción de los productos, las obras o los servicios a los que se refiera la contratación, como los requisitos generales de responsabilidad social corporativa que afectan a toda la actividad del contratista (en tanto son criterios de solvencia) ¹¹¹.

Igualmente, los poderes **adjudicadores podrán exigir que las obras, los suministros o los servicios lleven etiquetas específicas que certifiquen determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo, siempre que acepten también** etiquetas equivalentes. Esto se aplica, por ejemplo, a las etiquetas ecológicas europeas o plurinacionales o a las etiquetas que certifican que un producto se ha fabricado sin trabajo infantil. Pero se podría aplicar a otros aspectos vinculados a una mejor calidad. Obviamente, estos regímenes de certificación deben referirse a características vinculadas al objeto del contrato y

¹¹¹ Conviene advertir, en todo caso, que la valoración de la calidad, como criterio de adjudicación no está necesariamente vinculada a su valoración conforme a criterios de juicio de valor (discrecionales) y puede ser objeto de valoración mediante criterios reglados o automáticos.

estar basados en información científica, establecida en un procedimiento abierto y transparente y accesible para todas las partes interesadas¹¹². Con este sistema se pretende introducir un modelo de certificación sobre criterios de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos (ya admitido y fomentado por la Comunicación de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos de 15 de octubre de 2001 - COM(2001) 566 final-)¹¹³, protección del medio ambiente (admitidos como válidos por la Comunicación de la Comisión sobre contratación pública y cuestiones medioambientales de 28 de noviembre de 2001 - COM (2001) 274 final-).

La utilización de criterios sociales, en tanto implican una mayor calidad de la prestación, debe servir para “forzar una comparación de ofertas” global, y no para optar entre modelos sociales o no sociales de la oferta (así lo admite la STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos* que permite establecer como criterio de adjudicación un elemento no intrínseco del producto a suministrar, como es su procedencia del comercio justo-, para apreciar su calidad). Esto explica por qué en ciertas ocasiones la estrategia social del contrato aconseja prestar especial atención a la fase de ejecución, mediante condiciones especiales de ejecución (artículo 202 LCSP/2017) que serán obligatoria para todo licitador que aspire a la adjudicación. Regular las retribuciones mínimas del personal y su forma de acreditación periódica, prever la obligación de subcontratación de ciertos elementos del contrato con determinados colectivos sociales (como empresas de iniciativa social), imponer penalidades contractuales que “estimulen” el correcto cumplimiento de la sensibilidad social del contrato, son, entre otras, previsiones muy eficaces en la consolidación de una contratación socialmente responsable eficaz (sin obviar el importante efecto didáctico para extender estas propuestas al sector privado).

Por otra parte, en la visión de calidad en el cumplimiento de la prestación, las condiciones especiales de ejecución pueden ser el “vehículo” más idóneo para implementar políticas sociales o ambientales de calidad, tal y como ya ha advertido el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 72/2016, donde, con relación a la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, ya que entiende que *“no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato, y que pretende dotar de calidad a la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Justifica su argumento en la citada Sentencia TJUE de 17 de noviembre, Regio Post (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato. Y recuerda*

¹¹² Obviamente, no puede establecerse criterios que bajo la apariencia de objetivos no tengan otra intención que la de la participación final de una determinada empresa, pues se vulnera el principio de igualdad de trato referido en el artículo 18.2 de la Directiva.

¹¹³ El Parlamento Europeo, en su resolución sobre el Libro Verde de la Comisión sobre la contratación pública en la unión Europea: reflexiones para el futuro (COM (96)0583 -C4-0009/97) insiste en la necesidad de incorporar adecuadamente los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública y, en general, en los distintos fines inherentes al proceso de integración comunitaria por referencia a los contratos públicos.

que el licitador que oferta conforme a las condiciones de un convenio colectivo, está obligado a mantener esas condiciones por cuanto la oferta es parte del pliego y los pliegos son lex contractus que vinculan durante su ejecución conforme al principio pacta sunt servanda, sin que la ultra actividad de los convenios pueda interferir en la ejecución de un contrato ya adjudicado, pues se quebraría el principio de equivalencia de las prestaciones, así como el principio de igualdad de trato entre licitadores, al alterarse las condiciones de la adjudicación”.

La calidad en la prestación aconseja también estudiar la conveniencia de nuevos sistemas de retribución de los contratistas, como incentivos a una mejor ejecución. Así, por ejemplo, el sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por Volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles.

Por último, la calidad de la prestación, la visión de cómo se satisface el interés público, debe ser también factor determinante para decidir las fórmulas de gestión de los servicios y la intensidad de colaboración pública privada. En todo caso, conviene insistir en que el debate sobre la forma de prestación de los servicios públicos, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público, es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad. Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión. El alcance sobre las fórmulas de colaboración público privadas y su función en la consecución del interés público, más allá de las personales posiciones ideológicas, exige una respuesta en clave jurídica, que concilie de forma adecuada los distintos principios e intereses en juego, y que preserve, en su decisión final, la esencia del derecho a una buena administración (claramente vinculado a los estándares de calidad). Hay que evitar 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).

Las reflexiones expuestas, tanto desde la perspectiva de integridad como de estrategia en la implementación de políticas públicas, y de la calidad frente al precio, conforman un nuevo escenario más alineado con la finalidad de nueva gobernanza que pueda servir para “atacar” el déficit público desde una nueva gestión (sin necesidad, por ello, de nuevos ajustes, recortes o incremento de la carga fiscal)¹¹⁴. Al margen de las críticas técnicas o decisiones discutibles, lo cierto es que, ahora sí, la nueva regulación de los contratos públicos en España parece

¹¹⁴ Sobre la Gobernanza en la contratación pública me remito al excelente trabajo de J.A MORENO MOLINA “Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017, pp. 343.373.

avanzar en la necesaria regeneración democrática y rediseño de la contratación pública como estrategia de liderazgo público que pivota sobre los principios de eficiencia, transparencia y buena administración¹¹⁵.

III.- EPILOGO REFLEXIVO.

En el contexto de nuevos retos para la gestión de la contratación pública, configurada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas y orientada al objetivo de mayor eficiencia, visión estratégica e integridad en la adjudicación de contratos públicos, el legislador español ha acertado (no sin vacilaciones) al revisar en profundidad nuestro modelo jurídico y práctico de la contratación pública, evitando el riesgo de una oportunidad perdida, y apostando por una mejor y mayor transparencia¹¹⁶.

Para ese objetivo son ineludibles dos escenarios. El primero, **la estabilidad del marco normativo** resulta una exigencia en aras a preservar la seguridad jurídica y dar sentido a las soluciones jurídicas de la nueva legislación, pues no hay nada más contrario a este principio que las reiteradas reformas legales de una norma (como ha sucedido con el TRLCSP, que es un paradigma de norma en “constante movimiento”)¹¹⁷. El “movimiento” de esta normativa en los últimos años es directa consecuencia de lo apuntado, aunque en España presenta efectos «perversos», por la falta de seguridad jurídica y de predictibilidad¹¹⁸, que son un freno a la concurrencia y habilitan efectos que distorsionan los principios de eficacia y eficiencia¹¹⁹. El actual contexto favorece lo contrario de lo perseguido, primando

¹¹⁵ Lo que es muy importante dado el carácter estructurante, como bien advirtiera M. CARLON RUIZ, de la normativa de contratación pública. “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico”, en libro colectivo dirigido por R. GOMEZ-FERRER MORANT *Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1801-1823.

¹¹⁶ La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública. Ya lo advertía Platón –cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad- en el segundo libro de la República, expone el mito del pastor GIGES. (República, L. II, 359c-360d). En este mito se plantea el dilema moral del hombre, que en caso de poseer un anillo de invisibilidad que le brinda todo el poder para actuar en secreto y con total impunidad, va a actuar, desafortunadamente según muestra la experiencia general, en beneficio propio y de forma deshonesto e injusta.

¹¹⁷ Es más, por su ámbito, lo más correcto es -siguiendo el modelo del derecho comparado: Francia, Italia, Portugal, etc.-, elaborar un Código de Contratos Públicos. Código que debería optar por la mayor simplificación normativa, alejándose de la tendencia a textos prolijos y de marcado carácter reglamentista, que burocratizan la gestión y “animan” a eludir la aplicación de esta normativa. Partir de los actuales textos de las Directivas, y complementarlos en lo estrictamente necesario, puede ser una buena opción (como ha hecho Francia). Máxime cuando ya existe una importante “fuente de derecho” como es la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea, que ha conformado un sólido y coherente “derecho pretoriano”, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 25-84.

¹¹⁸ Por todos, J.A. SANTAMARIA PASTOR, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, REDA núm. 159, 2013, pp. 25-38. Sobre las distintas reformas normativas de la Ley anterior, por todos, J.A. MORENO MOLINA, *Hacia una compra pública responsable y sostenible...*, ob.cit., pp. 27-37.

¹¹⁹ Lo explica muy bien M. VAQUER CABALLERIA en su trabajo “Corrupción pública y ordenamiento jurídico”, en libro col. *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 125-140. Sobre el problema general de la seguridad jurídica en nuestro sistema jurídico es referente la monografía de

la forma procedimental al resultado de la mejor satisfacción del interés público (verdadera esencia de la gestión administrativa)¹²⁰. Estabilidad especialmente necesaria en una norma que es, como se ha dicho, extensa y complicada, lo que aconseja que los criterios interpretativos de su práctica se puedan consolidar y generar así un clima de certeza jurídica (tan importante en un ámbito económico tan sensible como el de la contratación pública)¹²¹.

El segundo, clave para poder reconducir la práctica de la contratación pública en España, pasa necesariamente por **una estrategia de profesionalización** de la contratación pública. Idea en la que insiste la Unión Europea y que queda muy diluida en la Ley de Contratos del Sector Público¹²². La profesionalización es en estos momentos una de las claves de la nueva gobernanza de la contratación pública impulsada desde la UE, con la finalidad de evitar la “contaminación política”, que puede afectar a la planificación, programación, decisión pública y vigilancia del cumplimiento de las mismas. Esa “contaminación” ha favorecido las prácticas irregulares en los casos de corrupción detectados, por la clara interrelación entre la autoridad administrativa y la organización del partido político o del gobernante. La profesionalización en la esfera de las decisiones públicas puede ser una barrera a la existencia de redes clientelares o de “confusión de intereses políticos”. Sin olvidar, como se ha señalado, con acierto, por J. PONCE, que la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*), pero no lo tiene en la política pública concreta (*policy*) si no supone el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica de gestión¹²³.

J. BERMEJO VERA *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Madrid, 2005.

¹²⁰ El carácter extenso del TRLCSP y sus múltiples modificaciones asemejan el resultado a lo que se cuenta por Cervantes en *El Quijote*: “No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella” (Se alude a la fábula núm. 44 de Esopo (Fedro, I, 3), en que las ranas piden un rey a Júpiter).

¹²¹ Solo así se puede evitar que sea realidad la conocida frase de James Madison “*Será de poca utilidad para las personas que las leyes sean hechas por los hombres de su propia elección, si las leyes son tan voluminosas que no se puedan leer, o tan incoherentes que no puedan ser entendidas*”. *El Federalista* (ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON & JOHN JAY), versión traducida al español, Librodot (digital), p. 240.

¹²² La opción de la Unión Europea sobre esta política de profesionalización de la contratación pública queda muy bien reflejada en la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública - Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. (BOE de 7 de octubre). En esta importante Recomendación se recuerda que los Estados miembros deben elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública, adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónomas o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública. El objetivo es atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles. Para ello se insta a los Estados a elaborar programas adecuados de formación.

¹²³ Vid. J. PONCE, “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 40, febrero de 2016, p. 96. Sobre esta cuestión se insiste en el libro colectivo (F. CAAMAÑO, J. GIMENO, G. QUINTEROS y P. SALA), *Servicios públicos e ideología*.

La profesionalización en la contratación pública se refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación para conseguir una mejor capacitación. Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición “pasiva” que permita “actuar” en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación)¹²⁴.

Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses, y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan¹²⁵. Una adecuada profesionalización, y la consiguiente “descontaminación política” de decisiones estrictamente administrativas¹²⁶, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida¹²⁷. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la

El interés general en juego, ed. Profit, Barcelona, 2017. Una motivación ajena a los intereses públicos (la Sentencia TJUE de 5 de noviembre de 2014, Computer Resources International (Luxembourg) SA. y Comisión Europea, advierte que, “según una jurisprudencia reiterada, el concepto de desviación de poder se refiere al hecho de que una autoridad administrativa haga uso de sus facultades con una finalidad distinta de aquella para la que le fueron conferidas”), puede comportar un vicio de desviación de poder, que invalidará la decisión y que, en sentido amplio, supone un caso de corrupción pública.

¹²⁴ J.M. GIMENO FELIU, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-106.

¹²⁵ Comisión Nacional de la Competencia, *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>.

También. A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 192-198.

¹²⁶ De ahí la importancia de controlar el fenómeno de las “puertas giratorias”, para evitar la “captura del interés público. Vid. A. BETANCOR, “Puertas giratorias: regulación y control”, en libro col. *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 182-184

¹²⁷ A. SANMARTIN MORA, advierte que la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado, y que sea el contratista quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por ello, es necesario que los gestores cuenten no solo con conocimientos especializados relacionados con los aspectos legales, sino también con aquellos que se relacionan con la gestión de proyectos y de riesgos. Asimismo, es importante dotarlos de directrices éticas que les permitan evitar situaciones de conflicto de intereses, pero sin que ello suponga bloquear la eficiencia de la contratación. “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012, pp. 408-409 (este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la “profesionalización” de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa). También. E. MALARET, “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, nº 15, primer semestre/2016, pp. 38 y ss.

integridad¹²⁸ y reconducir prácticas irregulares de financiación de los partidos políticos¹²⁹.

Esta necesidad de profesionalización no incluye solo el sentido de mayor cualificación, sino que implica la re-delimitación de las funciones de políticos y alta función pública. Al político, definición de objetivos y control de resultados. Al manager o alto funcionario, diseño del contrato y seguimiento. Claro, también es necesaria una mayor cualificación y, por tanto, mejor *status* (retribuciones, reconocimiento e independencia). No en vano, al gestor público se le debe exigir una mayor y cualificada diligencia que al gestor privado puesto que *“el gestor de fondos públicos está obligado a una diligencia cualificada en la administración de los mismos, que es superior a la exigible al gestor de un patrimonio privado”*¹³⁰.

Como ejemplo de la profesionalización, debe quedar claro que la composición de la mesa de contratación, como órgano de asesoramiento técnico, impide que participen cargos políticos. Y en todo expediente de licitación, en especial los de concesión o de importe elevado, debe existir con carácter habilitante un informe detallado de conveniencia financiera suscrito por funcionarios. Además, como necesario complemento a la profesionalización debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos.

Con la profesionalización se podrá poner el acento en el correcto diseño del pliego, con prudencia y realismo, pues es este, al final, el mejor instrumento para preservar las reglas de la contratación pública. Lo que, como explica P. VALCARCEL, puede implicar también un importante incentivo para la elaboración de cálculos más rigurosos de las inversiones necesarias en las concesiones¹³¹. El

¹²⁸ La opción de la Unión Europea sobre esta política de profesionalización de la contratación pública queda muy bien reflejada en la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública - Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. (BOE de 7 de octubre). En esta importante Recomendación se recuerda que los Estados miembros deben elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública, adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónomas o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública. El objetivo es atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles. Para ello se insta a los Estados a elaborar programas adecuados de formación. Idea que se desarrolla también en la Recomendación del Consejo OCDE sobre contratación pública [C (2015)2].

¹²⁹ Como advierte M. FUERTES, en su trabajo *“Semilla de la corrupción: los dineros de las formaciones políticas”*, en libro col. dirigidos por A. Betancor, *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 155-188.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal de Cuentas de España 16/2004, de 29 de julio. Siendo preciso lo que se ha venido denominando como *“agotar la diligencia”* como afirma la 4/2006, de 29 de marzo, entre otras.

¹³¹ Así, parece necesario que existan estudios independientes de prefactibilidad de los distintos proyectos de infraestructuras. Cumplido satisfactoriamente este trámite y con la finalidad de introducir toda la *“modernidad”* posible de la técnica, todo proyecto deberá, desde una óptica múltiple y contextualizada, contar con la motivación sobre las razones que justifican la propuesta (y las alternativas rechazadas o no valoradas), su urgencia y necesidad y el contexto territorial, ambiental y económico. Y, por supuesto, deberá aportarse un plan de rentabilidad y viabilidad financiera. Asimismo, debería exigirse un análisis de sensibilidad y, en su caso, de adaptación de la gestión y explotación, a las variaciones de la demanda o a los cambios legislativos previstos en materia de transporte, medio ambiente u otros y la aplicación de método de análisis de la

hecho de que el concesionario ya no tenga garantizada la recuperación en cualquier caso de todas sus inversiones, evitará o al menos dificultará, los ya referidos “elefantes blancos”¹³². Por supuesto, también debería redundar en una gestión más diligente y mejor¹³³.

Como necesario complemento a la profesionalización debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos¹³⁴. Pero esta nueva visión “ética” (y de profesionalización) no solo corresponde a los poderes adjudicadores. El sector empresarial debe dar un paso al frente. Lo advierte C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, al postular la idoneidad de adaptar los programas de cumplimiento «anti-corrupción» al ámbito de público, apuntando “una exigencia legal futura para la contratación pública”. El autor entiende que la experiencia norteamericana parece conducir indefectiblemente a la necesidad de que cualquier empresa que desee contratar con la administración pública debería instaurar de manera efectiva un programa de cumplimiento «anti-corrupción» como exigencia legal. Sin duda, la prevención ética, como ya se ha explicado, es una cuestión exigible a todas las partes de la contratación pública¹³⁵.

accidentalidad de la infraestructura, que permita cuantificar el nivel de riesgo de vidas humanas, especies protegidas y daños irreversibles en el medio ambiente. Una correcta planificación evitará riesgos sobrevenidos.

¹³² P. VALCARCEL, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 52-61. La asignación al sector privado de un nivel de riesgo escaso puede contribuir a que se apueste por la realización de proyectos con poca o nula rentabilidad social, los conocidos como “elefantes blancos”. J.J. GANUZA FERNÁNDEZ y F. GÓMEZ AVILÉS-CASCO advierten que los proyectos públicos innecesarios y faraónicos, que lamentablemente la experiencia ha evidenciado demasiado frecuentes, reciben el nombre de “elefantes blancos” porque “antiguamente, los reyes de Siam, cuando no tenían demasiado aprecio por un súbdito le regalaban un elefante blanco. Como los elefantes blancos eran sagrados en la antigua Tailandia, el regalo no se podía rechazar y el súbdito estaba obligado a alimentar al elefante blanco y permitir que el pueblo acudiese a venerarle, lo que muchas veces terminaba arruinando al presunto beneficiario del favor real”. “El reparto óptimo de riesgos en las relaciones público-privadas”, en *Economía industrial* núm. 398, 2015, pp. 111-115. En esta línea, el estudio de M. FUERTES *Las desventuras del dinero público. Elegía al principio de “riesgo y ventura”*, ob. cit., quien advierte de la importancia de una correcta planificación y de la necesidad de un reparto adecuado de riesgos (p.199).

¹³³ P. VALCARCEL, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 74, 2018, p.59.

¹³⁴ Por todos, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2014 (2ª ed.). También A. SABAN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

¹³⁵ A modo de ejemplo, puede referenciarse el Código de principios y conductas recomendables en la contratación pública. Aprobado por Acuerdo de Gobierno de Cataluña el 1 de julio de 2014. Con la finalidad de contribuir a la excelencia en la actuación administrativa en el ámbito de la contratación pública, la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha recogido en este código los fundamentos y las buenas prácticas que ya tienen integrados en su tarea diaria los departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y las entidades que forman parte de su sector público, incorporando nuevos contenidos para la determinación de las conductas y las recomendaciones que contiene, las cuales también provienen de aportaciones procedentes del Grupo de Trabajo para el impulso y la mejora de los procesos de contratación pública, constituido en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la Oficina Antifraude de Cataluña, de la Autoridad Catalana de la Competencia, del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local de Cataluña, así como

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.

Como respuesta al título de esta ponencia, en mi opinión si se esta avanzando a la visión estratégica de la contratación pública. Y, sobre todo, puede ayudar a fortalecer el derecho a una buena administración que es la esencia de cualquier decisión pública.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 es, aun con sus “debilidades” (e interrogantes de su puesta en práctica), un paso al frente para reconstruir las “murallas del Derecho Administrativo”, concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos (y de la necesaria transformación social). Lo que puede ayudar a corregir el actual *gap* entre ciudadanía e instituciones públicas y para asentar el modelo institucional cimentado sobre el buen gobierno. La idea de *buen gobierno* va más allá de la ausencia de corrupción. Se refiere a unas instituciones transparentes, objetivas y con reglas predecibles para todos, que favorezcan la necesaria seguridad jurídica para que pueda emerger “una economía sana y competitiva”. Desde este contexto la nueva Ley de Contratos del Sector Público es una “ventana de oportunidad” para un nuevo liderazgo institucional público a través de una adecuada articulación de la política de contratación pública que, además, puede ayudar en la estrategia de mejorar la productividad de nuestro modelo económico¹³⁶.

Sin embargo, desde la publicación de la LCSP se ha podido constatar un importante “ruido de fondo” que venía a cuestionar la oportunidad de esta decisión argumentando que suponía trabas “innecesarias” y que eso complicaba determinados proyectos o actuaciones estratégicas en la medida en que ya no existía “flexibilidad” para comprar directamente. Así, con la explicación de preservar una mayor eficacia, y de que la transparencia en la contratación pública es una burocracia innecesaria, desde ciertos grupos se pretende revertir la decisión del legislador para volver al “punto de partida” caracterizado por la libertad de contratar a través de la técnica del contrato menor. Quienes pretenden esta mayor flexibilidad en la contratación parecen olvidar, en primer lugar, que en la gestión

de organizaciones empresariales o sindicales. Con el Código, se quiere consolidar la ética en la contratación como parte de la cultura y los valores de los órganos de contratación. Las buenas prácticas contractuales contenidas en el Código se estructuran en los siguientes apartados: a) La determinación de los principios y de los valores éticos centrales que deben presidir la contratación pública; b) La identificación de determinadas conductas de utilidad para conformar una guía de actuación ante múltiples posibles circunstancias reales concretas; c) La concreción de prácticas contractuales especialmente convenientes y d) La concienciación, la formación y el seguimiento del compromiso ético.

¹³⁶ Lo explican GARCÍA SANTANA y coautores, en el estudio *Growing like Spain*. http://www.garciasantana.eu/Home_files/mis_mar_2015-v20.pdf. Idea en la que se insiste en el informe de Ernst & Young, *La crisis del sistema de contratación pública de infraestructuras en España. Razones para el cambio y 25 propuestas de actuación* (mayo de 2017), que tiene como objetivo promover un entorno jurídico estable y adecuado en la materia. El informe, identifica los problemas actuales de la contratación pública y advierte que la falta de transparencia y la corrupción están paralizando la inversión pública y dificultando la reactivación económica.

de los recursos públicos juega, como mandato constitucional, la mejor eficiencia de los mismos (lo que de por sí avala la máxima transparencia), y que en modo alguno puede justificarse la flexibilidad personal de “con quien relacionarse” para adquirir servicios o productos, con la lógica de la satisfacción del interés público, cuya dimensión práctica, en tanto se debe preservar el derecho fundamental a la buena administración que tienen todos los ciudadanos, no es, evidentemente, la del interés del gestor en no tener controles ni justificar determinadas decisiones.

La contratación pública, cuya finalidad estratégica es desarrollar las políticas públicas que necesita nuestro país, no puede ser “simplificada” (como pretenden algunos, con cierta nostalgia de situaciones de otros tiempos donde la adjudicación directa de contratos era la regla general), a una mera capacidad de gasto de libre decisión por quien gestiona esos recursos públicos, argumentando que la transparencia o la concurrencia derivada de la misma son reglas burocráticas innecesarias. Sin transparencia, no como exigencia legal, sino como convicción de ser la principal seña identitaria de una administración pública moderna, no hay buena administración y, en consecuencia, no hay regeneración democrática. Por eso, más que nunca, necesitamos una contratación pública abierta, caracterizada por la mayor transparencia, la extensión práctica de los medios electrónicos como herramienta ineludible en la gestión de las decisiones públicas, la adecuada cooperación administrativa para desarrollar “economías de escala organizativas” y, por supuesto, una estrategia de profesionalización horizontal en la contratación pública, delimitando de forma adecuada los distintos roles y funciones en la gestión contractual. Las exigencias de eficiencia y de integridad en las decisiones públicas, como nuevos paradigmas del liderazgo institucional público, exigen la mejor transparencia en la contratación pública y, en consecuencia, la reducción a su mínima expresión de los espacios de opacidad o inmunidad, incompatibles con las exigencias de ética y ejemplaridad de nuestros tiempos. Por ello, debemos aprovechar la oportunidad que ha dado la nueva Ley de contratos públicos para avanzar en una efectiva cultura de la transparencia.

Por último, desde la óptica de un adecuado estándar de buena administración, **creo conveniente una reflexión de alcance general sobre la gestión pública en España**. El reciente informe *Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España* (Fundación BBVA, octubre de 2018), continúa advirtiendo sobre los costes de la corrupción en España, afirmando que *“En el contexto de las economías avanzadas, España presenta un déficit institucional que se concentra en los aspectos de calidad regulatoria, respeto a la ley y los contratos y, sobre todo, el control de la corrupción. El cálculo del efecto que tendría una mejora de la calidad institucional sobre el nivel de renta en España admite distintos escenarios y resultados. Ahora bien, todas las calibraciones realizadas dan lugar a un notable impacto potencial positivo”*.

Con este análisis parece evidente que hay que superar cierta tendencia hacia el conformismo o autocomplacencia en la materia (no en vano el CIS continúa señalando a la corrupción como segundo problema para la ciudadanía). Para ello, hay que revisar los sistemas de control existentes, lo que pasa por una mejora regulatoria (la hiperinflación normativa nunca es la solución), una efectiva simplificación de las decisiones administrativas (la burocracia formal tiende a agravar los problemas de fondo) y una decidida utilización de los medios electrónicos, pues permitirán una gestión de información a tiempo real que puede

ayudar a detectar las irregularidades. En este contexto, en la Comunidad Valenciana se ha aprobado una reciente Ley que incorpora con este fin el *Security Administrator Tool for Analyzing Network* (denominado como SATAN)¹³⁷. Se trata de un *software* que cruzará bases de datos en manos de la administración para generar alertas sospechosas y detectar “si existe vida corrupta administrativa”. SATAN analiza en tiempo real millones de datos y permite alertar sobre posibles conflictos de intereses: si hay prórrogas irregulares o modificaciones de las especificaciones de contratos públicos después de adjudicarlos, si se han obtenido varias ofertas en la tramitación de un contrato o solo hay un único licitador, o el número de contratos menores sobre una misma prestación. Así, cuando detecta indicios de riesgos de corrupción (o de ineficiencia) categoriza las alarmas según lo importante o llamativas que puedan ser y envía una alerta que reciben los inspectores encargados de analizar y validar la información. El tratamiento automatizado de datos mediante la tecnología es ya el presente (en Europa ya existen herramientas como ARACHNE, que vigila los posibles fraudes en la Unión Europea) y debe ser asumido por las Administraciones Públicas como un instrumento indispensable para avanzar en la cultura de una Administración transparente, convencida de la importancia de la mejora continua. Para ello es ineludible asumir en las organizaciones públicas nuevas metodologías organizativas basadas en Ciclo PDCA (o círculo de Deming), que es la sistemática más usada para implantar un sistema de mejora continua y cuyo principal objetivo es la autoevaluación, destacando los puntos fuertes que hay que tratar de mantener y las áreas de mejora en las que se deberá actuar. Este ciclo lo componen cuatro etapas cíclicas de forma que una vez acabada la etapa final se debe volver a la primera y repetir el ciclo de nuevo: a) planificar, b) hacer, c) comprobar o verificar y d) actuar.

Junto a ello, conviene repensar la propia organización pública (muy atomizada en nuestro país y escasamente cooperativa), y decidir a quién corresponde esta función de vigilancia y prevención (por vocación parece lógico atribuirle a las autoridades de prevención de la corrupción, evitando duplicidades innecesarias).

Finalmente, y como se dice en el Informe BBVA citado, “*la mejora de la calidad de la gobernanza debe constituir una pieza clave de la estrategia de crecimiento a largo plazo de la economía española*”. Y para ello las Administraciones públicas deben liderar la revisión del sistema de control de las decisiones públicas para reducir los espacios de impunidad y favorecer una nueva cultura de la transparencia y compromiso ético en todos los niveles, tanto administrativos como empresariales. El ejemplo de SATAN, como herramienta contra la corrupción y la ineficiencia, debe servir para superar inercias o resistencias y poner en valor la tecnología (y de los sistemas de inteligencia artificial y *machine learning*) en una gestión pública propia del siglo XXI.

¹³⁷ La Comunidad Valenciana se ha aprobado Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental, que incorpora el *Security Administrator Tool for Analyzing Network* (denominado como SATAN). Se trata de un *software* que cruzará bases de datos en manos de la administración para generar alertas sospechosas y detectar “si existe vida corrupta administrativa”.

En todo caso, desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración **no pueden desconocerse las exigencias de “justicia social”**. Es **tiempo de 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. Como bien advirtió la Abogado General J. KOKOTT en un procedimiento judicial en la Unión Europea, *“Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social”*. Educar el paladar de instituciones públicas y privadas y de los ciudadanos, para que pongan en valor la sostenibilidad social, es el gran reto para poder consolidar un Estado de Derecho que puede enarbolar como principal bandera la de la justicia social, objetivo fundamental del derecho a la buena administración en el siglo XXI.