

**EL NECESARIO *BIG BANG* EN LA CONTRATACION
PUBLICA: HACIA UNA VISION DISRUPTIVA REGULATORIA Y
EN LA GESTION PUBLICA Y PRIVADA QUE PONGA EL ACENTO
EN LA CALIDAD^α.**

José María Gimeno Feliu.

**Catedrático Derecho Administrativo. Universidad de
Zaragoza**

orcid.org/0000-0001-6760-9222

[\(gimenof@unizar.es\)](mailto:gimenof@unizar.es)

**XI Congreso Internacional sobre Contratación Pública
25 y 26 de enero de 2022**



^α Este trabajo es resultado de las actividades del proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado "La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas publicas y al servicio de una nueva gobernanza", Referencia: PID2019-109128RB-C21.

SUMARIO: INTRODUCCION. I.- CONTEXTO Y CONCEPTOS COMO REFERENTES NECESARIOS EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACION DE LAS REGLAS DE LA CONTRATACION. 1.- Contexto: El contrato como instrumento de política pública al servicio del interés general: la necesaria visión de estrategia integral. 2.- Los conceptos y los principios regulatorios: su correcta interpretación. a) *El valor de la jurisprudencia y la necesidad de su aplicación* . b) *Los límites objetivos del contrato público*. c) *Los parámetros de la interpretación: alcance funcional y límites. Algunos ejemplos de necesaria corrección*. II.- MÁS ALLÁ DE LA INADECUADA POLÍTICA DEL PRECIO. LA CALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO NUEVO PARADIGMA. EL CONTEXTO DE LOS ODS COMO ELEMENTO PARA EL BING BANG. 1.- La calidad de la prestación como nueva brújula en la estrategia del contrato público. 2.- Los retos de futuro de la contratación pública: Los ODS y la experiencia de la pandemia. III.- CONCLUSIONES PROPOSITIVAS.

"Sin sentido crítico de nada sirve el estudio ni hay posibilidad de progreso o avance científico o social". Lorenzo MARTIN-RETORTILLO BAQUER (El vía crucis de las libertades públicas. Ed. Cuadernos para el dialogo, S.A., Madrid, 1976, p. 126).

INTRODUCCION:

Conviene recordar e insistir en la idea de que la 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)¹. El contrato público es, por tanto, desde el adecuado equilibrio de eficacia, eficiencia e integridad una herramienta principal para el derecho a la buena administración².

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

¹ Sobre el fundamento europeo y la nueva regulación española y sus aspectos prácticos me remito, en extenso, a J.M. GIMENO FELIU, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019.

² Desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de “justicia social” sobre las que se cimientan los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030 de Naciones Unidas), que deben ser el impulso para rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente “numérica e insensible” sobre los resultados. Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción”, en libro colectivo dirigido por J. Esteve Pardo *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local núm, 32, Fundación y Democracia Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 67-100

³ Las Instituciones europeas insisten en la visión estratégica de la contratación pública: “Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento

por ciento de los presupuestos públicos según los últimos datos) debe ser re-contextualizada desde la perspectiva de inversión y no de gasto. Y como inversión interesa su correcta articulación como actividad estratégica⁴.

La situación de alerta sanitaria de máximo nivel derivada de la pandemia global ha justificado en la mayoría de los países (entre ellos España) la declaración de “emergencia sanitaria” que ha impactado sobre la ejecución práctica de los contratos públicos vigentes y sobre la necesidad aprovisionamientos sanitarios urgentes. También ha impactado sobre la forma de adquirir productos y servicios para combatir la pandemia. Y, por supuesto, ha impactado en lo que pone de relieve la visión estratégica de la compra pública, tanto por cuanto nos ha permitido ver las debilidades – falta de planificación y anticipación, excesiva burocracia, falta de capacitación, etc.- como por sus fortalezas para servir de escudo jurídico para proteger derechos económicos y sociales.

La realidad nos enseña que urge una nueva visión del contrato público alejada de la estricta función administrativa, limitada a la adquisición de una obra, un suministro o un servicio, para diseñar una nueva arquitectura que permita la articulación armónica de los denominados círculos de excelencia -excelencia de servicios (pensar primero en las personas), excelencia de procesos (hacer lo que toca sin burocracia indebida) y excelencia técnica (tener talento y conocimiento). El actual contexto de pandemia y reconstrucción es una ventana de oportunidad para promover un nuevo liderazgo institucional público a través de una adecuada articulación de la política

inteligente, sostenible e integrador”. En esta línea se posiciona claramente, por cierto, el Consejo de la Unión Europea, en el documento “Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública insiste en la necesidad de su función estratégica.

⁴ J.M. GIMENO FELIU, “ La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad”, *Revista Economía Industrial* núm. 415, 2020, pp. 89-97.

de contratación pública que, además, puede ayudar en la estrategia de mejorar la productividad de nuestro modelo económico y, principalmente, servir de “política palanca” para proteger con eficacia los derechos sociales.

Y ello exige, en primer lugar, una correcta contextualización y depuración de los conceptos con un cambio de la filosofía para ir más allá del precio y caminar por la senda de la calidad de la prestación, fijando el acento regulatorio en la correcta ejecución y no tanto en los trámites previos. Y también, aconseja abandonar la idea del precio como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de compra pública (es especial de prestaciones dirigidas a personas o servicios públicos esenciales). Una inadecuada política de ahorros desproporcionados puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo ineficiencias o “fuego amigo”, como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión Lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo).

En el actual contexto postpandemia y de una “diferente” gestión contractual derivada de los fondos *next generation*, *el contrato público debe servir* para movilizar inversiones sostenibles que permitan la reconstrucción y la resiliencia carece de fundamento jurídico un modelo de colaboración público-privada alejada de lo que son los nuevos canones de una gestión estratégica y responsable de los modelos concesionales como pilar de garantía de los derechos sociales de la ciudadanía. Aunar seguridad jurídica, transparencia, buen gobierno y movilización eficaz y eficiente de las inversiones son esenciales en el “norte” de la nueva brújula en la gestión de los fondos europeos y en la concreta arquitectura de las distintas soluciones de contratación pública que se adopten.

I.- CONTEXTO Y CONCEPTOS COMO REFERENTES NECESARIOS EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACION DE LAS REGLAS DE LA CONTRATACION.

Conocer el contexto y depurar conceptos y principios, comprender su correcto alcance, es un presupuesto necesario para poder articular una correcta política de contratación pública. Nuevas formas de contratación pública que deben implicar también al sector empresarial, que debe asumir y alinearse con el nuevo contexto. Solo así se puede escalar las operaciones contractuales con velocidad y agilidad y permitir también incorporar los cambios del entorno empresarial para que puedan ser adquiridos por los poderes públicos. Para ello los responsables de las empresas deben estar adecuadamente formados en las singularidades de lo que es la contratación pública con la finalidad de conseguir el mejor rendimiento y la función estratégica que tiene para todas las partes afectadas⁵.

1.- Contexto: El contrato como instrumento de política pública al servicio del interés general: la necesaria visión de estrategia integral.

La LCSP 2017 pretende superar la tradicional inercia burocrática (y el mantra del “siempre se ha hecho así”) para hacer la contratación pública un instrumento que permita una más eficaz, eficiente y colaborativa gestión de la contratación pública (lo que exige “innovación” en la práctica de la contratación pública⁶. Sin embargo, las inercias y resistencias al cambio, cierta “indolencia” administrativa y empresarial, la falta de cultura de cooperación, la “confusión” conceptual, la excesiva politización en las decisiones prácticas, la

⁵ Para ello, las empresas deberían contar con personas con habilidades adecuadas que lideren los sistemas de compra. Los responsables de compras deben asumir la oportunidad de una nueva forma de operar para aportar un valor significativo a la organización. Para lo que resultaría conveniente redefinir las políticas de compras públicas con un modelo operativo de objetivos que permita superar la inercia hacia visiones cortoplacistas estrechamente integradas con las finanzas.

⁶ Sobre esta cuestión me remito al trabajo de A. GARCÍA JIMÉNEZ, *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 Oviado), reflexiona sobre como deben adaptarse las Administraciones públicas a un nuevo modelo de gestión de la contratación pública.

inseguridad jurídica derivada de interpretaciones diversas y contradictorias ponen en evidencia claras debilidades en los resultados pretendidos, como esta observando la OIRESCON⁷.

La contratación pública en España necesita de una transformación radical para poder avanzar hacia una nueva cultura de contratación pública con vocación de transformación, abierta, responsable, profesionalizada, tecnológica y proactiva. Lo que exige una clara innovación administrativa y empresarial (en lo organizativo y en las formas de relacionarse) como paso previo y donde lo tecnológico debe servir de herramienta para su correcto impulso. Sin la innovación en la organización ni en los procedimientos (en la burocracia) de nada servirá el mantra de la contratación pública electrónica. Para avanzar hay que “mirar atrás” para detectar errores, pues solo así, más allá de la esfera del confort (o de cierta autocomplacencia) se puede elegir la ruta correcta.

En esta línea de repensar la contratación pública desde una perspectiva estratégica posiciona claramente, por cierto, el Consejo de la Unión Europea, en el documento “Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública insiste en la necesidad de su función estratégica. En este documento se indica que **“Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos** y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los

⁷ El informe anual de supervisión de 2021 analiza y señala los ámbitos de mejora.

procedimientos de contratación pública”⁸. (negrita nuestra). En este nuevo contexto hay importantes retos y desafíos donde hay que articular nuevas soluciones que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger⁹.

Contratación pública estratégica que no debe ser una mera opción sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable¹⁰, como, en el citado contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza¹¹, donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de

⁸ Y para ello se PIDE a la Comisión y a los Estados miembros *que cooperen en la elaboración de directrices y criterios por medio de una metodología común para ayudar al sector público a aprovisionarse a través de cadenas de suministro transparentes, fiables, flexibles y diversificadas con el objetivo de reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública. Y se PIDE también a los Estados miembros que elaboren políticas y estrategias de compra integrales que, en particular, deben centrarse en sectores en los que la demanda pública tiene un impacto significativo, como los medicamentos, los productos sanitarios o las tecnologías de la información, teniendo asimismo en cuenta aspectos relativos a la resiliencia, la gestión de riesgos y la seguridad del suministro. (negrita nuestra).*

⁹ Por ello, estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atiendan a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio único como factor determinante en la compra pública.

¹⁰ Por todos, J.A. MORENO MOLINA (2018): *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Tirant lo Blanch, Valencia.

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

motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito (así se ha venido destacando, también, por el Foro de Compra Pública Responsable)¹². Para ello hay que superar interpretaciones rígidas y un tanto descontextualizadas para, por ejemplo, integrar como regla general en las cláusulas de los contratos públicos requisitos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, superando una estricta vinculación directa al objeto del contrato para combatir la precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación. Igualmente, medidas para facilitar la participación de las pymes en la contratación pública y promover la innovación. Todo ello con una total garantía de integridad salvaguardada por la transparencia y la competencia. Y en esta línea las condiciones sociales y ecológicas son uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública desde la perspectiva de la sostenibilidad, claramente amparada por varios de los ODS. Y, en consecuencia, podemos ya afirmar que están admitidos y fomentados por las instituciones supranacionales, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una “potestad” al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, calidad ambiental, integración social) y que en

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

modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE.

Así, la [sentencia de 30 de enero de 2020, \(asunto C-395/18\)](#) TIM, apartado 38, se reafirma en la necesidad de una visión estratégica del contrato advirtiéndolo que:

*"Los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, (...) **un requisito de este tipo constituye, en la configuración general de la citada Directiva, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros**" (negrita nuestra).*

Por ello, en el diseño y selección de los proyectos a financiar con estos fondos europeos se debe "pensar en verde" y en "sostenibilidad social"¹³, no como exigencia estética, sino como herramienta generadora de valor¹⁴. Asimismo, la dimensión cualitativa de la compra pública en relación a los aspectos sociales (a los que se refiere claramente la LCSP)¹⁵, en palabras de O. MOLINA HERMOSILLA, se convierte en una exigencia de la correcta gestión contractual¹⁶. En todo

¹³ Por todos, 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 y J.M. GIMENO FELIU, "La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad", Revista Economía Industrial núm. 415, 2020, pp. 89-97.

¹⁴ J. PERNAS, con acierto, nos recuerda que la implementación de políticas activas de economía circular puede suponer un beneficio económico neto de 1,8 billones de euros de aquí a 2030, la creación de más de un millón de nuevos puestos de trabajo antes del 2030 y, además, una notable reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. "La "contratación circular": el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos", en: <http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-contratacion-circular-el-papel-de-la-compra-publica-en-la-realizacion-de-una-economia>.

¹⁵ 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.

¹⁶ O. MOLINA HERMOSILLA, *Dimensión cualitativa de la contratación pública en la era COVID-19*, Comares, Granada, 2021. Al respecto resulta de especial interés, por su amplia visión, el libro de V. AGUADO I CUDOLA (2021): *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor.

caso, su utilización exige una adecuada ponderación y que se preserve la identidad de la prestación licitada¹⁷.

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 contrato¹⁸.

2.- Los conceptos y los principios regulatorios: su correcta interpretación

La aprobación de las Directivas de contratación pública (23 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero), vienen a consolidar un proceso de armonización/uniformización jurídica a nivel nacional, conformando un derecho propio de los contratos públicos¹⁹. Pero, además, no puede

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 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,

desconocerse la existencia de un derecho pretoriano que vertebraba el sistema²⁰.

a) El valor de la jurisprudencia y la necesidad de su aplicación

En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea 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 Europea²¹. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con

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.

²⁰ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CORCOLES, “Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en libro colectivo dirigido por M. Almeida e I. Martín, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. M. COZZIO, “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; pp. 89-116. Más recientemente, el libro colectivo (A. Benachio, M. Cozzio y F. Titomanlio) *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea, Tomo I*, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici. Universidad de Trento, 2016. De especial interés el trabajo de D. BERBEROFF AYUDA, “La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo”, *libro col. Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp.163-200.

²¹ En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013.

la doctrina fijada por el TJUE²². Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos interpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, en especial por el Tribunal Supremo²³, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos²⁴. Esta aplicación del valor de la jurisprudencia del TJUE en la jurisprudencia del Tribunal supremo se constata, por ejemplo, en la STS 2757/2021- (ECLI:ES:TS:2021:2757, sección Tercera y ponente el Excmo. magistrado Calvo Rojas), que resuelve el recurso de casación, ex art. 88 LJCA, donde se analiza los requisitos relativos a la exigencia de acumulación de solvencia en la contratación pública con fundamento en el derecho europeo de la contratación pública (utilizando lógicamente la jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión: entre ellas la reciente la STJUE de 3 de junio de 2021 -asunto C-210/20-),

²² Vid. C. CHINCHILLA MARÍN, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79; y M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102.

²³ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, 1329/2018, de 19 de julio de 2018, rec. 2181/2016, recuerda la importante doctrina del TJUE sobre los principios generales de la contratación pública y cita la STJUE de 16 de diciembre de 2008, en el asunto C-213/07, que estableció que los principios mencionados “implican, en particular, la obligación de que los licitadores se encuentren 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 de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C 19/00, Rec. p. I 7725, apartado 34, y de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C 448/01, Rec. p. I 14527, apartado 47), constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 91, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I 6351, apartado 73); en el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I 7213, apartado 81, y de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C-21/03 y C-34/03, Rec. p. I 1559, apartado 26)”.

²⁴ Para conocer como se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por M. SANCHEZ MORON: *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

recuerda que el **concepto de «operador económico» debe interpretarse en un sentido amplio y desde una perspectiva funcional y no formal²⁵. Y, además, que resulta de aplicación en la decisión de valorar la exigencia de solvencia el principio de proporcionalidad. Así, se afirma que:**

"A modo de recapitulación, bien puede decirse que en el Derecho de la Unión Europea se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos, contemplándose para ello mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa (principio de complementariedad de las capacidades y principio de funcionalidad), dejando claro la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en la interpretación de esos mecanismos por parte del poder adjudicador debe imperar el principio de proporcionalidad. Aunque, según hemos visto, esa misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite que en determinados casos -y siempre dentro del margen que permita el citado principio de proporcionalidad- el contrato sea considerado indivisible y se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos".

Existe, en consecuencia, una "armonización" a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)²⁶. Esto

²⁵ El artículo 2 de la Directiva 2014/24 define el concepto de "operador económico" de forma funcional: "una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios "

²⁶ Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARIN ("La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...", ob. cit., pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de "excluir" su aplicación.

explica porque los órganos de control nacionales, en tanto “juez comunitario” aplican esta jurisprudencia²⁷. Esta jurisprudencia del TJUE viene, en la práctica, a “codificar” la regulación de la contratación pública en Europa, dotando de seguridad jurídica y predictibilidad a un sector de tanta relevancia como el de los contratos públicos²⁸.

²⁷ Esta jurisprudencia es parámetro interpretativo de los derechos nacionales, pero su influencia se extiende también al cuerpo normativo. Lo destaca bien M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II)...”, ob.cit., p.82.

²⁸ Este valor de derecho pretoriano se puede predicar ahora también de la sentencias dictadas por el Tribunal Supremo consecuencia del recurso de casación de interés objetivo (se asemeja más al modelo norteamericano). Las virtudes del nuevo recurso de casación, como bien se ha explicado por la doctrina, son evidentes en tanto permite a la Sala contencioso-administrativa superar el rol del Tribunal Constitucional de “legislador negativo” (decir lo que no se puede hacer) para convertirse en “legislador positivo”, al interpretar normas en conflicto y colmar lagunas jurisprudenciales así como unificar criterios. La finalidad expresa del nuevo sistema casacional es reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. Para ello, la reforma amplía el número de sentencias que teóricamente pueden ser recurridas en casación, si bien permite al Tribunal Supremo admitir solamente aquellos recursos en los que aprecie que concurre un «*interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*». Con ello se pretende guardar el debido equilibrio entre la función homogeneizadora en la aplicación del derecho y el riesgo de que el recurso de casación se convierta en una mera tercera instancia. Por todos O. BOUZZA, *La casación en el contencioso-administrativo*, Civitas, Cizur Menor, 2020. Por lo demás, en relación a la compatibilidad del modelo de casación español con las previsiones de las Directivas “recursos” resulta de interés la STJUE de 22 de diciembre de 2021 (asunto C-497/20). Se trata de una cuestión prejudicial italiana sobre la compatibilidad con el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales, y con la Directiva 89/665/CEE sobre contratación pública, de que se limite a motivos tasados el acceso al recurso de casación contra una sentencia contenciosa en que ya se han examinado las cuestiones de fondo y forma –en este caso, relativas a la exclusión de un licitador por no obtener su oferta económica la puntuación mínima establecida-. El Tribunal de Justicia no considera contrario al Derecho de la Unión una norma nacional que limita los motivos de casación a cuestiones estrictamente jurisdiccionales, siempre que el interesado haya tenido ocasión de cuestionar el acto administrativo que considera contrario al ordenamiento comunitario ante un tribunal independiente e imparcial. Interesa la afirmación de que “*corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, configurar la regulación procesal de los recursos a los que se refiere el apartado 56 de la presente sentencia, a condición, sin embargo, de que dicha regulación no sea menos favorable en las situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión que en situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)*” (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de marzo de 2021, *Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N.*, C-949/19, apartado 43 y jurisprudencia citada).”.

En la interpretación de los conceptos y principios de la contratación pública no es admisible la práctica de “lectura” formal descontextualizada o la que, mediante juicios de valor, propone soluciones jurídicas claramente alejadas de los fines públicos de la regulación. A través de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha establecido la obligación de las administraciones y de los órganos jurisdiccionales nacionales de aplicar plenamente el Derecho de la Unión dentro de su esfera competencial y de proteger los derechos que éste otorga a los ciudadanos (aplicación directa del Derecho de la Unión), descartando para ello cualquier disposición contraria del Derecho nacional, ya sea anterior o posterior a la norma de la Unión (primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho nacional)²⁹. La jurisprudencia explicada, con clara vocación codificadora, confirma su importancia práctica en tanto consolida un derecho pretoriano, a modo de legislador positivo, que aporta certeza jurídica a través de una interpretación “armónica”. Y lo que es más importante, permite depurar conceptos a escala europea, aclarando interpretaciones nacionales contradictorias que deben así alinearse con lo dictaminado por el TJUE. Y el juez nacional, en especial el Tribunal Supremo, en tanto juez comunitario, están, aplicando la jurisprudencia del TJUE, consolidando la correcta interpretación práctica de la normativa de contratos públicos.

La LCSP, por tanto, no puede “leerse” en clave nacional desconociendo (o inaplicando) la jurisprudencia europea que es, hay que recordar, derecho aplicable. Las sentencias del TJUE tienen carácter vinculante en los Estados miembros a efectos de

²⁹ Sobre la posición de la jurisprudencia del TJUE en el sistema de fuentes resulta de interés el trabajo de M. RODRIGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, “La posición de las sentencias del tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sistema constitucional de fuentes”, en Teoría y Realidad Constitucional, núm. 39, 2017, pp. 483-514.

preservar el principio de primacía³⁰. Como ya se expuso en prontas sentencias (por ejemplo la sentencia de julio de 1964, Costa vs. ENEL) el TJUE es el garante de un ordenamiento jurídico propio asistido y aplicado también por los sistemas jurídicos nacionales³¹. En consecuencia, cualquier interpretación nacional contraria a lo concluido por el TJUE implica un claro incumplimiento del derecho europeo de los contratos, pues no existe “libertad nacional” para condicionar esta jurisprudencia.

b) Los límites objetivos del contrato público.

En concreto es necesaria cierta depuración conceptual para determinar si determinada relación jurídica tiene o no la consideración de contrato público³². Y es que, recordando la película Airbag³³, el concepto es el concepto. Y del mismo deben extraerse las consecuencias concretas. No todo es contrato público y existen

³⁰ El principio de primacía del derecho de la Unión debe entenderse, como condición de la existencia del ordenamiento jurídico comunitario, que se basa en la propia naturaleza de los Tratados constitutivos, ordenamiento jurídico que prevalece sobre el derecho nacional. Principio expresamente aplicado, por ejemplo, en la STC 232/2015, de 5 de noviembre.

³¹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que "los órganos jurisdiccionales están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 267 del TFUE) a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno" (Sentencias de 14-12-82, asunto Waterkeyn, y de 5-3-96, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93. Y que Los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (STJCE 9-3-78 asunto Simmenthal, 106/77; STJUE 22-6-10, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10; y de 5-10-10 asunto Elchinov, C-173/09).

³² Me remito a mi trabajo *“Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo”*, *Revista Española de Derecho administrativo* núm.205, 2020, pp. 19-60.

³³ “El concepto es el concepto” decía Pazos (interpretado por Manuel Manquiña) en la película Airbag, (Juanma Bajo Ulloa, 1996).

negocios jurídicos que pueden gestionarse al margen de dicha técnica³⁴.

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 (artículo 2 Directiva 2014/24). Es decir, existe una clara metodología jurídica de carácter funcional –y no formal–, no solo en el ámbito subjetivo, si no, también, en el plano objetivo, que obliga, en primer lugar, a determinar si un negocio jurídico es, o no un contrato público³⁵.

Materia que presenta perfiles no suficientemente claros, y donde la inercia dogmática del contrato administrativo puede contaminar la decisión interpretativa extendiendo de forma indebida unas reglas que no son propias para determinados negocios jurídicos. Esto es lo que sucede, como se explicará, con la adquisición pública de medicamentos, donde se observa “cierta confusión” conceptual y de preferencia en la aplicabilidad de las distintas técnicas de intervención del derecho público³⁶.

³⁴ Y es que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador tiene la consideración de contrato público, como bien ha advertido, la STJUE de 2 de junio de 2016, *Falk Pharma*. Como explica, M. FUERTES LOPEZ, en relación a la sentencia TJUE de 2 de junio de 2016, Dr. Falk Pharma GmbH, asunto C-410/14, no hay que aplicar la normativa de contratación pública cuando no hay problemas de competencia o porque se trata de modalidades contractuales no acogidas todavía en el Derecho europeo. “Contratos excluidos de las Directivas europeas”, en *administraciónpublica.com* (junio 2016). Sobre los efectos prácticos de la técnica *open house* reviste interés el trabajo de S. DIEZ SASTRE, “Contratos «open-house»: comprar sin licitar”, *REALA nueva época* núm. 15, 2021 y G. GARCÍA-ALVAREZ GARCIA, “Regulación y compra pública de medicamentos”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 205, 2020, pp. 61-96.

³⁵ Es lo que sucede, por ejemplo, con la acción concertada. 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 que habilita la propia LCSP. 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” *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 52, 2018, pp. 12-66.

³⁶ No se alinea bien con la mejor salud el pensamiento economicista vinculado a reducción de precios en la provisión de servicios sanitarios o de medicamentos, pone en riesgo la propia esencia del modelo. Sirva de ejemplo la adquisición de vacunas, donde, por indebida aplicación de principios que guardan mala relación con el bien jurídico superior (como lo es la tensión competitiva) o por la falta de adecuada planificación en un

El concepto de contrato público exige abandonar las premisas de ámbito subjetivo como elemento principal. La perspectiva fundamentalmente subjetiva de nuestra LCSP (que gravita sobre el concepto de sector público y no de contrato público, como prevén las Directivas y las normas de desarrollo de otros países europeos) distorsiona el alcance de los conceptos jurídicos. Así, como la otra cara de la moneda de tratar de huir de las reglas contractuales mediante el subterfugio de personificaciones instrumentales, se observa una inadecuada interpretación de negocios jurídicos como contratos públicos, desvirtuando la propia naturaleza causal de la relación jurídica existente.

Para resolver este fenómeno, derivado de inercias, conviene una depuración conceptual desde las categorías propias del derecho administrativo y su interpretación desde la óptica europea. Lo que obliga a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el TJUE. Como advierte 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

“mercado” imperfecto y limitado de escala mundial que requiere de predictibilidad, se produce un efecto *bumerán*, impidiendo la rápida o completa inmunización de los ciudadanos (vid. J.M. GIMENO FELIU, “La adquisición masiva de vacunas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 93-94, 2021, pp. 80-88). Se confunde el procedimiento con el fin y se imponen rutinas sin valorar su impacto efectivo sobre la salud real. Lo mismo sucede con la gestión “de la salud”, a veces lastrada por falta de cooperación (o con demasiada atomización administrativa en la toma de decisiones, que requieren una escala de mayor nivel), o de la autocomplacencia del “siempre se ha hecho así”, que impide migrar hacia nuevas ideas, como la de trabajar en procesos y en modelos que pongan en valor el resultado. Existen ya interesantes experiencias que han validado este nuevo camino que nuestros responsables políticos deberían asumir desde la función de liderazgo que se les presupone.

nacional –y de los conceptos y las instituciones– conforme al Derecho europeo. Y, como se expondrá, no toda prestación realizada por un poder adjudicador, aun siendo bilateral y onerosa (o de gasto para la entidad contratante), merece por ello la consideración de contrato público, al ser éste un concepto claramente delimitado y con fronteras propias³⁷. Es decir, la interpretación funcional en derecho europea alcanza al elemento objetivo y no sólo al subjetivo. Si olvidamos, claro, **que en la calificación de un contrato (así como en su diseño) y en la interpretación de la normativa debe estarse a la causa del mismo**³⁸.

El considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública de forma clara: *"Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público"*. Para ello la prestación debe estar incluida entre los distintos tipos contractuales: obras, suministros o servicios. Lo que obliga a delimitar las fronteras del contrato público pues no toda relación jurídica bilateral onerosa implica la existencia de contrato

³⁷ Un ejemplo de la incoherencia conceptual lo es la interpretación dada por alguna Administración pública en relación a las compensaciones y dietas. Esta compensación, regulada por el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, determina el derecho de los funcionarios a ser compensados de los gastos realizados por razón del servicio, en las cuantías y condiciones que reglamentariamente se determinen, tiene naturaleza indemnizatoria y, por ello, no resulta de aplicación la normativa de contratación pública (ni los trámites de factura electrónica, al no ser un proveedor el solicitante). Obviamente, en la gestión de dichas compensaciones deben respetarse los principios de simplificación administrativa, eficacia y eficiencia de gestión de los recursos, preservando la equidad compensatoria con unos límites máximos de compensación.

³⁸ Las ofertas anormales es un elemento "recurrente", tal y como lo califica S. Muñoz Machado, quien advierte que la aparición de ofertas excesivamente bajas que pueden dar lugar, a posteriori y cuando ya se está en la fase de ejecución del contrato, a incumplimientos de las condiciones de ejecución establecidas en los pliegos previamente aprobados o propiciar procesos de modificación del contrato o de revisión de los precios establecidos que podrían no estar suficientemente justificados. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIII Contratos del Sector Público*, 2ª edición, Madrid, BOE, 2018, p. 145.

público. Y es lo que sucede con la adquisición de medicamentos (o vacunas, aunque estas tienen también ciertas singularidades)³⁹ o con los supuestos de cooperación horizontal, donde hay que recordar que el considerando 33 de la Directiva 2014/24 de contratación pública señala que *"Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores.*

*Con el fin de cumplir esas condiciones, la cooperación debe estar basada en un concepto cooperador. Mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público"*⁴⁰.

Existen, pues, relaciones jurídicas que van más allá del contrato público, en tanto tiene un fundamento normativo diferente. Y se

³⁹ J.M. GIMENO FELIU, *"La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema"* Revista Española de Derecho Administrativo núm. 202, 2019, pp. 325-340 y G. GARCIA ALVAREZ GARCIA, *"Regulación y compra pública de medicamentos"*, Revista Española de Derecho Administrativo núm.205, 2020, pp. 61-96.

⁴⁰ Vid. por todos, R. FERNANDEZ ACEVEDO, *"Negocios y contratos excluidos"*, en libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 294-306, M. VILLALTA REIXACH, *"Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público"*, en libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 325-368 y A. HUERGO LORAS, *"Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos"*, REALA núm. 8, nueva época, 2017.

compromete el interés general con una indebida tipificación y “extensión” del régimen jurídico de la contratación pública.

c) Los parámetros de la interpretación: alcance funcional y límites. Algunos ejemplos de necesaria corrección

La complejidad normativa de la contratación pública, con diversas fuentes, obligan a una correcta hermenéutica que garantice los fines de la regulación. Lo que exige una visión funcional y horizontal de las normas y principios, para preservar, siempre, el efecto útil⁴¹. Esta es la postura, como ya se ha visto, del Tribunal Supremo. También del Tribunal Constitucional en la sentencia 68/2021 sobre la distribución competencial y su interpretación⁴².

La correcta aplicación de los principios regulatorios de la contratación exigen su interpretación desde la óptica del resultado⁴³.

⁴¹ La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM(2021) 245 final, referida a su informe «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior». En el Informe se concluye que *"resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE"*. El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión «Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas — 2.a edición» (2021/C 237/01), en la que se incide en que *"Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)"*

⁴² En concreto resulta de interés el trabajo de J.M. PEREZ FERNANDEZ, *"La cuestión competencial en el ámbito de la contratación del sector público: la delimitación de lo básico en la doctrina constitucional (STC 68/2021, de 18 de marzo)"*, Revista de Administración Pública núm. 219, 2021, pp. 189-221.

⁴³ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, 1329/2018, de 19 de julio de 2018, rec. 2181/2016, recuerda la importante doctrina del TJUE sobre los principios generales de la contratación pública y cita la STJUE de 16 de diciembre de 2008, en el asunto C-213/07, que estableció que los principios mencionados “implican, en particular, la obligación de que los licitadores se encuentren 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 de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C 19/00, apartado 34, y de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C 448/01, apartado 47), constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 91, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, apartado 73); en el deber

Así, por ejemplo, la publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como se indicaba en la STJUE de 15 de octubre de 2009, (*Acoset*). Desde esa perspectiva habrá que prestar atención a los supuestos donde solo exista un único licitador⁴⁴.

También hay que insistir en que en la interpretación de las decisiones contractuales. (y, en especial del interés público cuando es la causa del negocio jurídico) debe respetarse el principio de proporcionalidad. Dicho principio, desde la óptica del derecho europeo, exige que los actos de los poderes públicos no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa y otros*, C-331/88, apartado 13, de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y otros*, C-133/93, C-300/93 y C-362/93, apartado 41, y de 5 de mayo de 1998, *As. C157/96, National Farmers' Union y otros*, apartado 60). Aplicado a un procedimiento objeto de Dictamen, debe entenderse que dicho principio obliga al órgano competente a adoptar la decisión más respetuosa y "equilibrada" con los distintos intereses en juego, descartando interpretaciones formalistas contrarias al resultado perseguido por la norma. En este contexto, el principio de proporcionalidad se erige como un parámetro fundamental de fundamentación, primero, y de control, después, de la actuación discrecional de los poderes públicos, que permite examinar la idoneidad, la necesidad y la correcta ponderación de sus decisiones a la luz de la finalidad que con ellas se pretende alcanzar. Este principio

que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, apartado 81, y de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C-21/03 y C-34/03, apartado 26)".

⁴⁴ Sería un supuesto de *red flag*, como se indicará en el Acuerdo 60/2015 del TACPA.

brinda un esquema de razonamiento que ha de ser utilizado tanto por la Administración como por los órganos de control, significativamente los órganos jurisdiccionales, a la hora de adoptar o, en su caso, verificar la conformidad a Derecho de un determinado acto o disposición general que suponga una restricción de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

El principio de proporcionalidad se caracteriza por las siguientes notas básicas⁴⁵:

a) Su carácter relacional, por cuanto compara dos magnitudes, el medio y el fin, que deben ser en todo caso lícitas. Si alguna de ellas es ilícita no procedería realizar un examen de proporcionalidad de la potestad discrecional, sino que estaríamos ante una infracción de los elementos reglados y, en consecuencia, sería necesario analizarla a la luz del principio de legalidad. Ello sin perjuicio de que, una vez comprobada la licitud de la magnitud en cuestión, pueda procederse a la verificación de su contenido material a través del principio de proporcionalidad.

b) Su carácter relativo al no desprenderse del mismo prohibiciones abstractas o absolutas, sino vinculadas al caso concreto. La ponderación de los intereses en conflicto debe ceñirse a las circunstancias concurrentes en cada supuesto, de tal modo que tanto el examen de magnitudes como la conclusión de proporción o desproporción a que se arribe han de ser individualizadas y en ningún caso pueden conducir a la proscripción general de un determinado instrumento jurídico.

Lo anterior permite comprender que **el principio de proporcionalidad se configure como una herramienta que**

⁴⁵ Por todos, en esta materia, B. GOMEZ FARIÑAS, “El principio de proporcionalidad como parámetro de interpretación y control en materia de contratación pública”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2016* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 387-404. Ibidem, en extenso, *El principio de proporcionalidad en la contratación pública*, Marcial Pons, Barcelona, 2021.

genera argumentación y fomenta una mayor racionalidad y coherencia en las decisiones adoptadas por los poderes públicos en el ejercicio de las potestades que tienen conferidas.

En síntesis, estamos ante un principio cuya principal virtud consiste en fomentar la argumentación en la toma de decisiones por parte de los poderes públicos y evitar que las posibles restricciones de los derechos e intereses legítimos del ciudadano sean desproporcionadas en relación con la finalidad que se pretende alcanzar. En este proceso de verificación de la racionalidad de las decisiones adoptadas se articula sobre la base de la estructura tripartita y escalonada del principio de proporcionalidad, que sirve a los órganos de control como guía en el camino de la argumentación que le conducirá a la resolución sobre la proporción o desproporción de la medida administrativa. En efecto, este principio presenta una estructura lógica compuesta por tres subprincipios o niveles de examen: “idoneidad”, “necesidad” y “proporcionalidad en sentido estricto”.

Desde esta perspectiva puede comentarse, por ejemplo, la Resolución del Tribunal de Contratos Públicos de Canarias 347/2021, de 20 de diciembre quien se aleja del principio de proporcionalidad (hay voto particular del presidente) al entender que la propuesta de una empresa como adjudicataria de un contrato de servicios -y no existiendo otros licitadores-, debe ser excluida por no haber abonado su inquilino la tasa municipal de basura (deuda de 163,70€) cuando el arrendamiento le atribuye expresamente a este último la obligación de pago por considerar que existe una prohibición de contratar⁴⁶. El

⁴⁶ Hay que recordar que el no estar incurso en prohibición de contratar es una de las condiciones de aptitud que se requieren para ser contratista público (artículo 65.1 de la LCSP). Prohibiciones de contratar que tienen su fundamento en las Directivas europeas de contratación pública de 2014, cuyo régimen y fines, por tanto, deben ser preservados y observados por los poderes públicos en España. Como ha explicado la profesora T. MEDINA (Las prohibiciones de contratar”, en libro col. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2018. *Ibidem* en su excelente monografía *Las prohibiciones de contratar desde una perspectiva europea*, Aranzadi, 2018)

efecto, desde una interpretación formal, resulta contrario a los fines de la contratación pública y pone en riesgo la correcta satisfacción del interés general⁴⁷. Resultado de exclusión que no resulta proporcional cuando ni siquiera se ofrece la posibilidad de corrección (*self cleaning*) que prevé la normativa europea y que consistiría en pagar dicha deuda (que no es directamente suya ni vinculada a la actividad del operador económico)⁴⁸. Interpretación rigorista y no proporcional, alejada de la finalidad de las prohibiciones que, conviene recordar, se vincula a que los contratistas asuman una serie de valores y objetivos de interés general que se reconducen a garantizar la fiabilidad, la diligencia, la honestidad profesional y la seriedad de quien quiere contratar con el sector público⁴⁹. Y que desconoce la previsión del artículo 72.5 LCSP, que indica que la prohibición de contratar no procede en aquellos supuestos en los que la persona incurso en la causa, acredite el pago o compromiso de pago de multas e indemnizaciones fijadas por la sentencia o resolución administrativa y además adopte medidas

el establecimiento de las prohibiciones de contratar se justifica en base a una serie de valores y objetivos de interés general que se reconducen a garantizar la fiabilidad, la diligencia, la honestidad profesional y la seriedad de quien quiere contratar con el sector público.

⁴⁷ Y tienen un carácter tasado y deben ser interpretadas con un criterio restrictivo (STS de 2 de octubre del 2000, RJ 2000\8598).

⁴⁸ Como es sabido las vigentes Directivas sobre contratación pública prevén la posibilidad de excepcionar la aplicación de una prohibición de contratar – sin distinguir entre obligatorias y facultativas – a través de las llamadas medidas autocorrectoras, de autolimpieza o de «*self-cleaning*» (artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE)

⁴⁹ El TJUE, en su [sentencia de 11 de junio de 2020 \(asunto C-472/19\)](#) Vert Marine SAS, concluye que una norma nacional es contraria al derecho europeo cuando no concede a un operador económico condenado en firme por una de las infracciones contempladas en las Directivas y que es objeto, por esa razón, de una prohibición de pleno Derecho de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos de concesión la posibilidad de presentar pruebas de que ha adoptado medidas correctoras que pueden demostrar la recuperación de su fiabilidad. Sirva de ejemplo, en el ámbito nacional, el Acuerdo 21/2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que advierte, en relación a la imposición de una prohibición de contratar que *“la respuesta legal resulta desproporcionada con la funcionalidad de la prohibición de contratar en sí misma considerada, en cuanto a sus efectos en el plano temporal y objetivo. Pues es evidente que, si la prohibición de contratar tiene una duración temporal de tres meses y el Acuerdo Marco es por dos años, a través de un acto administrativo singular se extiende la prohibición más allá del plazo para el cual fue prevista. En cuanto a su ámbito objetivo, se extiende a entes a los que no alcanzaba dicha prohibición”*.

técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas. La norma española, además de sumar a la adopción de este tipo de medidas el necesario pago o compromiso de pago de multas, identifica con las mismas el programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. Como ha recordado la STJUE de 24 de octubre de 2018, *Vossloh Laeis GmbH contra Stadtwerke München GmbH*, asunto C-124/17, se desprende del considerando 102 de la Directiva 2014/24 que, cuando un operador económico haya adoptado medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias de una infracción penal o una falta que haya cometido y a prevenir eficazmente que esta vuelva a producirse, ofreciendo garantías suficientes, dicho operador no podrá seguir excluido por este único motivo. En virtud de dicho considerando, los operadores económicos deben tener la posibilidad de solicitar que se examinen las medidas de cumplimiento adoptadas con vistas a su posible admisión en el procedimiento de contratación.

También hay que insistir en la necesidad de que la interpretación del marco normativo descansa en una visión armónica, comprendiendo los fines de los cambios normativos y con respeto a los límites de vinculación al principio de legalidad. Hoy el contrato público va más allá de nuestro tradicional (y superado) contrato administrativo. En lo que se refiere a la contratación pública -ya no solo contrato administrativo- se constata como se diluyen las prerrogativas públicas (como paradigma la regulación de los modificados contractuales), se reorienta el problema de la privatización de formas jurídicas, al ser indiferente para la aplicación de los principios y reglas inherentes a la contratación pública y se “escora” la regulación hacia el paradigma del derecho a una buena administración como elemento del control (y de un nuevo sistema de justicia administrativa) y de rendición de

cuentas⁵⁰. El interés público como justificación a los privilegios del contrato administrativo, se subordina al principio de transparencia, libre competencia y eficiencia de los fondos públicos. La ecuación caracterizadora del Derecho Administrativo como “privilegios en más, privilegios en menos” se inclina hacia este último aspecto.

En esta perspectiva la fase de ejecución y cumplimiento adquieren especial relevancia, como bien ha explicado el profesor G. FERNANDEZ FARRERES⁵¹. Y en la resolución de los posibles conflictos interpretativos puede resultar de interés utilizar fórmulas de arbitraje administrativo⁵². Esa es la intención (interpretación auténtica) de que ahora la LCSP no contenga ninguna previsión al respecto (a diferencia de la norma anterior, que lo prohibía para los contratos administrativos), que habilita un espacio de libertad para que cada órgano de contratación opte, o no, por fórmulas de arbitraje en la ejecución contractual⁵³. Así se preveía, de forma expresa, por ejemplo, en la Ley 3/2011 de Contratos del sector Público de Aragón.

⁵⁰ Me remito a J.L. MEILAN GIL, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *Revista de Administración Pública* núm. 191, 2013, pp. 11-41.

⁵¹ G. FERNANDEZ FARRERES, “La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos”, *Revista de Administración Pública* núm. 216, 2021, pp.

⁵² El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en repetidas ocasiones sobre su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, el Tribunal (STC 9/2005, de 17 de enero, que ratifica y amplía otras anteriores, como las STC 176/2006 y 13/1997) ha señalado que ni siquiera los interesados que optan por el arbitraje están renunciando por completo al derecho a la tutela judicial efectiva para esa controversia concreta, pues el control jurisdiccional sobre el laudo, a través de la acción de anulación, sigue garantizado. En efecto, la acción de anulación junto con el necesario auxilio que debe prestar la jurisdicción para ejecutar el laudo garantiza también el respeto a la tutela judicial efectiva.

⁵³ J.M. GIMENO FELIÚ, *La Ley de Contratos del Sector Público. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, donde se señala que en la nueva LCSP de 2017 desaparece la previsión a arbitraje para los contratos de las Administraciones públicas, para que sea decisión de cada Administración pública optar por esta posibilidad (aplicando, claro, las previsiones de la Ley vigente de Arbitraje). La LCSP pretende ser “neutra” frente a la opción de utilización del arbitraje en la ejecución de los contratos públicos, de tal forma que corresponde al órgano de contratación decidir sobre su conveniencia. Lo que es evidente es que el arbitraje en contratos públicos en otros países no es nada excepcional y que en contratos complejos suele ser una muy buena opción.

Esta posibilidad ha sido muy bien explicada por el profesor G. GARCIA-ALVAREZ, que analice el concreto ámbito de esta fórmula de resolución extrajudicial de conflictos⁵⁴. La ausencia de referencia en la LCSP 2017 significa que no existe regla básica y que los arbitrajes en este ámbito han vuelto a regirse por las reglas generales y, por tanto, en el ámbito de la Administración General del Estado esto supone la necesidad de autorización del Consejo de Ministros⁵⁵.

Sin embargo, de forma sorprendente, tal posibilidad ha sigo negada por el TACPA en su Acuerdo 1/2022, considerando que una cláusula a arbitraje en la ejecución es ilegal. Sorprende, en primer lugar, porque de la actual ausencia de previsión legal en la normativa estatal -frente a la situación anterior- infiere, sin ningún tipo de argumentación, que eso implica la prohibición de arbitraje (la jurisprudencia que cita trae causa de una normativa anterior siendo ahora diferente la regulación) . Como se ha explicado, nada más lejos de la intención del legislador, que era la de dejar en manos de cada órgano de contratación la opción que considerase más conveniente y hacer neutra a estos efectos la naturaleza administrativa o privada del poder adjudicador⁵⁶. No existiendo ninguna prohibición o limitación a la opción del arbitraje en la norma estatal de 2017 (como sí existía antes) resulta incongruente concluir que esa opción esta eliminada. Y hay que recordar que este arbitraje -desde la STC núm. 75, de 30 de abril de 1996- no es obligatorio, sino que se fundamenta en la libertad de pactos, por lo que en modo alguno existe merma de garantías

⁵⁴ G. GARCÍA-ÁLVAREZ, “El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos”, José María GIMENO FELIÚ (dir.) y Carmen de Guerrero Manso (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Cizur Menor, 2020, pp. 549-564.

⁵⁵ Así lo explica también C. BALLESTEROS PANIZO, quien señala que la ausencia de previsión expresa en uno u otro sentido no elimina la opción del arbitraje si bien tampoco la favorece. “El arbitraje en la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 200, 2019, pp. 191-218.

⁵⁶ Por ello en Andalucía, para la gestión de los fondos europeos, se habilita la opción de arbitraje. Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, de la Junta de Andalucía.

jurídicas, de ahí que el legislador estatal en 2017 decante la libertad de arbitraje para todo tipo de poder adjudicador.

Sorprende, también, que considere que el arbitraje en derecho público, por existir prerrogativas públicas, no es posible y supone la quiebra el principio de tutela judicial. Como es sabido la posibilidad de solución de conflictos extrajudiciales se encuentra expresamente admitida por el artículo 112 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común⁵⁷. Y, como señalaba A. PEREZ MORENO, la interpretación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales, es un ámbito claro de fórmulas arbitrales⁵⁸. Además, como se ha explicado, el Tribunal Constitucional ha considerado que estas soluciones son conformes con las exigencias del tutela judicial efectiva de nuestra Constitución.

Sorprende, igualmente, la interpretación que se hace de la previsión expresa que a favor del arbitraje por las Administraciones públicas contiene la legislación de Aragón (art. 22 de la Ley 3/2011),

⁵⁷ Destacan muy especialmente los trabajos de J. TORNOS MAS, "Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos", Revista de Administración Pública núm. 136, 1995, pp. 149-178, J.M. TRAYTER JIMÉNEZ "El arbitraje de Derecho administrativo", Revista de Administración Pública núm. 143, 1997, pp. 75-106, J. ROSA MORENO, El arbitraje administrativo, McGraw-Hill, 1998, A. PÉREZ MORENO, "El arbitraje administrativo", Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública núm. 43, 2001, pp. 295-300, M. GARCÍA PÉREZ, Arbitraje y Derecho administrativo, Aranzadi, 2011, V. ESCARTIN ESCUDE, "El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo", Revista Aragonesa de Administración Pública, ISSN 1133-4797, núms. 39-40, 2012, pp. 101-164 y C. BALLESTEROS PANIZO, "El criterio de arbitrabilidad en derecho administrativo", Revista General de Derecho Administrativo, núm. 55, 2020.

⁵⁸ Como bien recuerda G. GARCIA-ALVAREZ GARCIA, el sometimiento a arbitraje de cuestiones relativas a la ejecución de un concreto contrato es claramente diferente de la sustitución sistemática de un determinado tipo de recursos de alzada por un procedimiento arbitral. En este caso, de lo que se trata es de que competente para la interpretación unilateral del contrato, órgano de contratación, decida someter esa potestad unilateral de interpretación a un arbitraje en derecho, incluyéndolo en los pliegos contractuales o acordando el sometimiento a arbitraje de una determinada cuestión con el contratista. De hecho, la sentencia del Tribunal supremo de 17 de noviembre de 2021 (346/2021, rec.3772/2020), aplicando la Ley 30/2007, señala, e que una cláusula de sumisión a arbitraje de derecho privado en un contrato de obra no impide por sí mismo el ejercicio por una Administración Pública de su potestad de revisión de oficio de los actos de adjudicación de dicho contrato.

que decide no aplicar, por entender que existe un desplazamiento de la norma autonómica como consecuencia de la aprobación de la nueva LCSP de 2017. Sin duda, es un claro exceso interpretativo que va más allá de la jurisprudencia constitucional (que no cita, por cierto) que sobre el principio de prevalencia ha fijado nuestro Tribunal Constitucional⁵⁹. No existe ninguna contradicción entre ley estatal y ley autonómica aragonesa, pues no existe ningún precepto de competencia estatal afectado (basta recordar la reciente STC 68/2021). Y desde luego, de los artículos 25 y 26 LCSP, que regulan el régimen jurídico -administrativo o privado- puede deducirse la conclusión alcanzada. El TACPA, así, asume un indebido rol de “control de constitucionalidad” de normas por un eventual conflicto competencial, para lo que, sin fundamento en el principio de prevalencia de la norma estatal, carece manifiestamente de competencia.

Una última interpretación que conviene corregir es la que sobre la anormalidad de ofertas viene realizando el TACRC, que entiende que no es obligado que el pliego determine las reglas de la anormalidad (Resolución [RTACRC 1768/2021](#), de 2 de diciembre, que mantiene el criterio de precedente [RTACRC 345/2020](#), de 5 de marzo, y se separa expresamente de la, a nuestro juicio, acertada, [RTACRC 1187/2018](#), de 28 de diciembre). El artículo 69 de la Directiva de contratación pública es claro al exigir que exista siempre un criterio para determinar la anormalidad de una oferta con el objetivo de proteger el correcto cumplimiento del fin público que es causa del contrato público⁶⁰. La

⁵⁹ La STC 102/2016, de 25 de mayo inicia una serie jurisprudencial que parece revivificar la regla constitucional de prevalencia de la legislación estatal sobre la autonómica en caso de conflicto. El efecto de la cláusula de prevalencia es, por tanto, la simple inaplicabilidad al caso concreto de la norma autonómica que entre en conflicto con otra estatal. Inaplicabilidad puntual, desplazamiento transitorio, casuístico u ocasional, que no implica pérdida general de eficacia”.

⁶⁰ El considerando 50 de la Directiva alude igualmente a la *necesaria verificación* de las ofertas que puedan ser anormalmente bajas por incumplimiento de las normas en

regulación de la anormalidad de oferta en la normativa española debe, obviamente, interpretarse en clave europea. Así, de la regulación del artículo 149 LCSP, debe concluirse que debe figurar en todo caso en los pliegos los motivos que pueden determinar (no solo económicos) que una oferta es anormal. Anormalidad que supone en todo caso una presunción que debe decidirse posteriormente sobre el criterio de riesgo de incorrecta ejecución de la prestación del contrato. Se exige, pues, de un debate contradictorio a fin de que el licitador pueda probar que su oferta es viable, quedan cubiertos todos los costes y no se pone en riesgo el cumplimiento del interés público causa del negocio jurídico, así como que se garantiza una “sana competencia” entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, *SAG EV Slovensko a.s.*)⁶¹. Se trata, en definitiva, de conseguir el equilibrio entre precio y calidad, evitando proposiciones alejadas del precio de mercado que pueden comprometer la correcta ejecución. Pero además, y esto resulta relevante, de la previsión de la Directiva (artículo 69.2,) se deduce fácilmente que el legislador europeo en todos los criterios enunciados trata de fomentar una sana competencia a través de mejoras de la competitividad y de la capacidad de innovación de la empresa ofertas y no precisamente a trabajar a “pérdidas”⁶².

Por tanto, frente a la práctica de la normativa anterior (muy anclada en una visión presupuestaria de ahorro), ahora es

medioambientales, sociales y laborales. También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 38/2010, de 24 de noviembre recordaba el límite a las bajas del “*posible riesgo en la ejecución*”.

⁶¹ En el supuesto de presunción de anormalidad se debe solicitar a la empresa afectada una aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones. Por todos, Acuerdo 9/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

⁶² Así lo resalta F. CASTILLO BLANCO, “Las ofertas anormalmente bajas: a propósito de los costes generales y el beneficio industria”, *Revista de Administración Pública* núm. 212, 2020, pp. 347-374.

imprescindible que todo pliego contenga los criterios para determinar la anormalidad de una oferta. Y es que la fijación de precios o condiciones anormales por debajo del valor de mercado, en el equilibrio y tensión que ha de mantenerse entre los principios de eficiencia y competencia, tiene que evitar que la presentación de ofertas en pérdidas ocasione un dumping consistente en la eliminación de competidores. Exigencia europea indisponible por el interprete español, que debe aplicar la primacía de la norma europea.

II.- MÁS ALLÁ DE LA INADECUADA POLÍTICA DEL PRECIO. LA CALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO NUEVO PARADIGMA. EL CONTEXTO DE LOS ODS COMO ELEMENTO PARA EL BING BANG.

La regulación de los contratos públicos no puede ser entendida desde una única visión económica ligada a políticas de “ahorro” presupuestario. En la nueva lógica de la contratación pública estratégica, de la que es ejemplo, insistimos, el documento del Consejo de la Unión Europea “[Conclusiones del Consejo: inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente](#)”, el nuevo paradigma debe ser la calidad, sobre la que debe realizarse la correcta interpretación de los principios regulatorios⁶³. 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

⁶³ En extenso Vid. J.M. GIMENO FELIU, 25. *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019, pp. 102-112.

[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 contrato⁶⁴.

Frente a una incorrecta lectura del principio constitucional de eficiencia, hay que insistir en la exigencia de hacerse equivaler al estándar de calidad más adecuado para la prestación del servicio, en línea de con una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Calidad y eficiencia están estrechamente relacionadas entre sí y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental⁶⁵.

1.- La calidad de la prestación como nueva brújula en la estrategia del contrato público.

Hay que insistir en que la finalidad del proceso de adjudicación no es ya conseguir la oferta económicamente más ventajosa (concepto que desaparece del artículo 145 LCSP), sino conseguir la mejor oferta que presenta la mejor relación calidad/precio para poder conseguir la mejor eficacia de la prestación demandada. No todo, y de forma necesaria, se ha de reconducir al principio de precio y debe aplicarse la regla anglosajona del *best value for money* ⁶⁶.

Esta perspectiva cualitativa de la prestación y del contrato se integra, por ejemplo, con la finalidad exigida por nuestra LCSP 2017 y

⁶⁴ 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. Vid. J.M. GIMENO FELIU, 25. *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019, pp. 102-112.

⁶⁵ Vid. “50 criterios de calidad y excelencia en la contratación pública”, accesible en <http://www.agoraceg.org/banco-conocimiento/50-criterios-de-calidad-y-excelencia-para-la-prestacion-del-servicio-que-aportan->.

⁶⁶ J.M. GIMENO FELIÚ, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 219.

por la [normativa reguladora de los fondos europeos Next Generation](#), 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 públicos⁶⁷.

La calidad no es un mayor gasto, ni cuestiona en sí misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda licitación pública (no hay que confundir precio con valor). El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio⁶⁸. 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 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*”⁶⁹. Esto explica, por lo demás, que las escasas

⁶⁷ J.M. GIMENO FELIU, “Los fondos europeos next generation como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 214, 2021.

⁶⁸ Me remito al documento [50 criterios de calidad y excelencia en la contratación pública](#)

⁶⁹ 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.

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 finalidad.

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. Y aquí radica la importancia de la visión estratégica de la contratación pública. Lo que **guarda directa relación como elemento ineludible**

de lo que es la oferta del licitador que, en todo caso, debe ser un precio de mercado (lo que impide por sí ofertas a pérdidas)⁷⁰.

La calidad de la prestación es, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público (ausencia de planificación que, como explica [P. Valcácel, es una asignatura pendiente](#)). 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 distinta⁷¹.

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. Denning).

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

⁷⁰ Vid. 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.

⁷¹ Sigue este orden de ideas 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. 1402 y ss.

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 laborales y desincentivar la deslocalización empresarial (puede servir para no penalizar a las empresas europeas, ni a las PYMEs y ayudar al fomento los objetivos europeos de la economía circular).

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.

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 trate⁷². 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.

Esta nueva función del precio (valor) vinculado a la calidad ha sido reconocida por el Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 822/2019, al admitir umbrales de saciedad para preservar el correcto cumplimiento⁷³.

⁷² La Directiva 2014/24 introduce el concepto de ciclo de vida en su artículo 2, apartado 20, estipulando que éste incluye «todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización».

⁷³ No se trata de un criterio compartido por otros tribunales. El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco en la Resolución 127/2018, entiende que establecer un umbral de saciedad infringe tanto el principio de igualdad –al valorar igual ofertas potencialmente desiguales– como el de oferta económicamente más ventajosa –debido al desincentivo a ofertar precios competitivo. La saciedad, en mi opinión, debe funcionar como indicio de anormalidad de tal manera que una oferta que supere ese umbral y justifique su normalidad puede ser admitida corrigiendo proporcionalmente la asignación de puntuación. Vid. sobre esta cuestión G. MARTÍNEZ MONTES, “Calidad y precio en la

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 finalización⁷⁴. 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. Y puede ser un elemento clave para determinar una anomalía de la oferta⁷⁵.

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*

contratación pública. Los umbrales de saciedad y su sentido estratégico”, en: <http://www.obcp.es/opiniones/calidad-y-precio-en-la-contratacion-publica-los-umbrales-de-saciedad-y-su-sentido>. Respecto a la legalidad de los umbrales de saciedad, cuestión controvertida dentro del Derecho Administrativo, *interesan las reflexiones de G. DOMÉNECH PASCUAL*, “Umbrales de saciedad y principios de eficiencia, igualdad y libre competencia en las licitaciones públicas”, en: <http://www.obcp.es/opiniones/umbrales-de-saciedad-y-principios-de-eficiencia-igualdad-y-libre-competencia-en-las>.

⁷⁴ Sobre el criterio ciclo de vida Vid. M.R. DELGADO FERNÁNDEZ, “El cálculo del coste de ciclo de vida en la contratación administrativa” *Gabilex* núm. 7, 2016, pp. 116-152. Esta autora advierte que la introducción de un criterio de coste del ciclo de vida demasiado exhaustivo podría incrementar en demasía los costes presupuestarios, encareciendo el procedimiento y limitando la concurrencia al mismo. Es preciso que no valoren los criterios doblemente, como criterio de valoración y asimismo como cálculo del CCV, del mismo modo que la introducción de estos criterios podría provocar una acentuación de la dificultad del procedimiento, pudiendo generarse incluso procedimientos desiertos. Para evitar lo anterior, es preciso que se desarrolle un estudio previo exhaustivo, tanto a nivel presupuestario de la entidad como respecto al mercado, pudiendo incluso acudir a consultas al mercado.

⁷⁵ Vid. M. ALBA PACHECO, “Las ofertas anormalmente bajas: especial referencia a los criterios medioambientales”, en *Compra Pública Verde*, Lazo Victoria (dir.), Atelier, 2018, Barcelona, pp. 145-161.

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 ([al respecto me remito al siguiente trabajo](#)).

Hay que **continuar insistiendo en que la utilización de criterios sociales o ambientales, en tanto implican una mayor calidad de la prestación, deben servir para “forzar una comparación de ofertas” global**, y no para optar entre modelos sociales o no sociales de la oferta (así lo admite la STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos* que permite establecer como criterio de adjudicación un elemento no intrínseco del producto a suministrar, como es su procedencia del comercio justo, para apreciar su calidad). Y hay que superar una interpretación rígida que vincule de forma directa al objeto dichas condiciones.

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) que serán obligatorias 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).

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).

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 (así se insiste en el contexto de gestión de los fondos europeos). En todo caso, conviene recordar 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. 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 gestión⁷⁶. 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

⁷⁶ Por todos, Sobre esta cuestión se insiste en el libro colectivo (F. CAAMAÑO, J. GIMENO, G. QUINTEROS y P. SALA), *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, ed. Profit, Barcelona, 2017.

(no se trata en definitiva tanto del quién, como del cómo, en la mejor satisfacción del interés público) ⁷⁷.

Frente a una incorrecta lectura del principio constitucional de eficiencia, hay que insistir en la exigencia de hacerse equivaler al estándar de calidad más adecuado para la prestación del servicio, en línea de con una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Calidad y eficiencia en la contratación pública, como explica [Julio Gonzalez](#), están estrechamente relacionadas entre sí y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental. La [gestión de los fondos europeos son la oportunidad para la transformación de la gestión pública](#) en clave de la mejor calidad de la prestación.

Un ejemplo donde conviene insistir sería el de la adquisición de salud⁷⁸, donde hay que articular nuevas soluciones que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger –la salud de los pacientes–, lo que desplaza el principio tradicional de tensión competitiva inherente al mercado ordinario de los contratos públicos⁷⁹.

⁷⁷ J. ESTEVE PARDO, “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39. Ibídem, *Estado garante. Idea y realidad*. Innap Investiga, Madrid, 2015. Frente a la óptica prestacional directa prevalece la función ordenadora y reguladora de las instituciones públicas, como bien advirtió el profesor S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Thomson Civitas, 2004, pp. 1172 y ss.

⁷⁸ En extenso me remito al Informe Especial “[Retos y desafíos de la compra pública de salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos \(y vacunas\) y la necesidad de actualizar la solución jurídica](#)”. En extenso se aborda esta nueva visión en el libro de J.M. GIMENO FELIU y G. GARCIA ALVAREZ *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor*, Aranzadi, 2020.

⁷⁹ El Segundo Informe “Spending Review” de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF) de junio de 2019 **esta misma orientación, en medicamentos, mantiene el Informe de 2020** ha abierto un importante debate técnico-jurídico sobre cómo deben aprovisionarse de medicamentos (extrapolable a otros suministros y servicios sanitarios) las entidades integradas en el Sistema Nacional de Salud y en qué medida existe un margen de mejora desde la perspectiva de la sostenibilidad financiera del modelo público de prestaciones de farmacia, pronunciándose a favor de mecanismos que parecen tener un cierto apoyo popular y público. El Informe, desde una perspectiva quizá muy económica, tiene por objetivo de reducir el gasto público

Por otra parte hay que reseñar que en el ámbito de la contratación de servicios y suministros en salud, para un correcto desarrollo existen distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger – la salud de los pacientes –, lo que desplaza, insisto, el principio tradicional de tensión competitiva inherente al mercado ordinario de los contratos públicos⁸⁰.

Por otra parte, como ha recordado A. CATALAN, la selección de procesos de compra pública debe prestar atención también a las cuestiones relativas a demanda garantizando: a) Diversidad de fabricantes (competencia sana) que aseguren el suministro, especialmente en mercados complejos como el de los medicamentos oncológicos inyectables; b) Refuerzo de la resiliencia de la cadena de suministro con diversidad de API que permita superar las complejidades y vulnerabilidades de la fabricación, y c) Predictibilidad del volumen que suministrar que permitan una adecuada planificación de la producción⁸¹.

En la situación actual, en la que la crisis provocada por el COVID-19 aconseja obtener soluciones jurídicas nuevas que permitan una mejor anticipación y una respuesta más eficaz ante las crisis sanitarias, es oportuno delimitar el significado para la gestión sanitaria pública de las nuevas formas de adquisición de servicios y tecnología sanitaria con

farmacéutico tensionando el precio a la baja pero señala alguna solución al margen de la propia legislación de contratación pública. En este Informe se señala un 70 por ciento de “compra pública no normalizada”. Muy interesantes las reflexiones de G. GARCÍA-ALVAREZ GARCIA, “Regulación y compra pública de medicamentos”, Revista Española de Derecho Administrativo núm. 205, 2020, pp. 61-96.

⁸⁰ Existen elementos que distorsionan indebidamente el modelo de compra de salud como son una planificación inadecuada, un uso indebido de técnicas que pivotan sobre el precio y marcada tendencia o preferencia por el adjudicatario único. Lo que se traduce en una ausencia de predictibilidad de la demanda e insuficiencia de pliegos de licitación, un desequilibrio en los criterios de adjudicación que no sea línea con el paradigma de compra con criterios preferentes de calidad y una clara reducción de licitadores con concentración de ofertas que afectan a la competencia y, principalmente, a la mejor disponibilidad de soluciones terapéuticas.

⁸¹ A. CATALAN, “[Los contratos públicos para un sistema de salud moderno](#)”, ponencia I. Congreso Internacional El desafío de la recuperación y el papel de la contratación pública.

valor añadido. La necesaria eficiencia del modelo prestacional público debe preservar el adecuado equilibrio con otros principios y exigencias regulatorias y, en especial, con la mejor asistencia pública a todo los ciudadanos, seña de identidad del modelo de Estado social, lo que aconseja abandonar la idea del precio como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de compra pública tanto de servicios sanitarios como de medicamentos⁸². Una inadecuada política de ahorros desproporcionados o una indebida transparencia que afecte a la confidencialidad y a la protección de secretos comerciales en los precios de medicamentos puede perjudicar la eficiencia del sistema. La revisión del modelo de compra pública en salud, de la que el paciente es el principal pilar del sistema, resulta necesaria para conseguir una mejor calidad, una rápida respuesta terapéutica, una flexibilidad de soluciones atendiendo al resultado y una fácil incorporación de las innovaciones. El objetivo es conseguir la mayor eficacia sanitaria, en un contexto también de necesidad de sostenibilidad económica. Con este objetivo hay que defender la oportunidad de cambios tanto en la adquisición de servicios y tecnología sanitaria (superando los límites del contrato de suministro) como en la adquisición de medicamentos (o vacunas)⁸³. Estos dos ámbitos son el principal caballo de batalla para avanzar en una nueva

⁸² La necesidad de servicios sanitarios innovadores (también en su tramitación y gestión) aconsejan nuevas fórmulas de colaboración público-privada propias de las exigencias de un Estado garante. Frente a la vieja concepción del Estado **prestacional hay que avanzar en una nueva cultura de colaboración entre poderes público y empresa en las que ambos puedan verse favorecidos**. Más allá de apriorismos ideológicos, es necesario impulsar modelos de colaboración público-privada orientados a satisfacer el interés general: el ejemplo de muchas de muchas empresas en la crisis generadas por la pandemia no puede ser cuestionado, llegando allí donde la organización administrativa no podía.

⁸³ Las vacunas se configuran normativamente como un medicamento especial. Vid. AGRAZ PÉREZ-ENRIQUEZ, Medicamentos especiales, en la obra colectiva *Tratado de derecho farmacéutico*, Faus-Vida (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 215 y ss.

cultura de compra pública en los ámbitos de la salud que atienda al concepto de valor y fije la atención en el mejor servicio al paciente⁸⁴.

De todo lo expuesto se puede concluir la exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisional tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. Y aquí radica la importancia de la visión estratégica de la contratación pública. La calidad de la prestación debe ser, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual⁸⁵, como en la propia gestión del concreto modelo o fórmula concesional en aras a la satisfacción óptima de la eficiencia social (así debe entenderse las previsiones y principios del artículo 1.3 LCSP)⁸⁶.

Esta visión cualitativa, frente a una indebida visión burocrática en su gestión, debe ser la nueva brújula en el diseño del contrato público, que obliga a las administraciones, gestores y empresas a “cambiar” de cultura, con vocación de alcanzar la mejor “rentabilidad”.

⁸⁴ La salud no tiene precio, es cierto, pero debemos cambiar ciertas rutinas e inercias para repensar nuevas formas de gestión de la sanidad que, desde una perspectiva holística centrada en el paciente como principal actor, permitan avanzar hacia modelos más eficientes, equitativos y con dinámica transformadora. Y el ámbito de la salud es una oportunidad para avanzar al cambio: del precio al valor, de la concepción como gasto a la de inversión, de la desconfianza al win/win, del suministro al proceso, del procedimiento al proyecto con resultados. **Anticipación, cooperación y colaboración, simplificación y agilidad como nuevos referentes, para consolidar los desafíos de una eficaz política de compra pública y salud.**

⁸⁵ Sobre la importancia de la planificación vid. M.R. DELGADO FERNÁNDEZ, “La necesidad de la planificación de la contratación como garantía de transparencia, del uso estratégico de la contratación pública y del uso adecuado de los procedimientos de contratación”, Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, núm. Extra 2, 2019 (Ejemplar dedicado a: Un año de compra pública con la LCSP), págs. 545-566.

⁸⁶ 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. 24..

Sólo así se puede “acertar” con la correcta eficacia, en clave de país, de los fondos europeos y los retos derivados de la pandemia.

2.- Los retos de futuro de la contratación pública: Los ODS y la experiencia de la pandemia

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, agendados en el horizonte 2030 (aprobados el 25 de septiembre de 2015 y con vigencia desde enero de 2016), con la finalidad de promover la convergencia entre los países de la UE, en el seno de las sociedades y con el resto del mundo, han tenido una indudable repercusión en las agendas públicas de todos los poderes públicos. Los 17 objetivos, bajo el lema “Transformar Nuestro Mundo”, presentan un carácter integrado e indivisible, que abarcan las esferas económica, social y ambiental (son una estrategia de futuro sumamente ambiciosa y transformativa). Agenda de Naciones Unidas que se propone, entre otros objetivos, el de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible como algo esencial para lograr la prosperidad. Asimismo, la Agenda aborda los factores que generan violencia, inseguridad e injusticias, como las desigualdades, la corrupción, la mala gobernanza, entre otras⁸⁷.

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

⁸⁷ Como es conocido estos retos se agrupan en cinco ejes: planeta, personas, prosperidad, paz y alianzas.

que interesa es sus consecuencias prácticas y su capacidad de transformación⁸⁸.

Frente a posibles planteamientos que pivotan sobre el criterio precio frente al de valor, interesa recordar que el principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio. 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 administración.

Asimismo, transparencia, rendición de cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura del contrato público en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética⁸⁹. Brújula que señala como norte una visión estratégica y horizontal de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales y postulados economicistas⁹⁰. 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 para preservar la mejor calidad en la prestación de los “servicios públicos” desde esta lógica de los ODS, que son también brújula ética del sector privado. Frente a empresas

⁸⁸ Incluso con dimensión propia en la organización de la estructura de gobierno: Orden DSA/819/2020, de 3 de septiembre, por la que se regula la composición y funcionamiento del Consejo de Desarrollo Sostenible (creado por Orden PCI/169/2019, de 22 de febrero), que se concibe como un espacio ciudadano de carácter consultivo y de seguimiento de la implementación de la Agenda 2030 desde un enfoque participativo, incluyente y transparente. Porque la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, se presenta, ante todo, como un nuevo contrato social global y local que obliga a todos los actores sociales y a todas las Administraciones públicas a trabajar de forma coordinada.

⁸⁹ Justicia social (que forma parte del artículo 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del artículo 9.2 de la Constitución española. 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.

⁹⁰ 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)*, ob. cit., p. 18.

que ponen el acento en una estricta visión mercantil que vincula el éxito al mayor beneficio, existen cada vez un mayor número de organizaciones empresariales que hacen de la responsabilidad social corporativa su principal identidad, fijando su éxito más allá de la lógica del mayor rendimiento económico (y sin atajos fiscales o de corrupción), vinculando su propia justificación al compromiso social, tal y como sucede con muchas empresas del tercer sector. Una sociedad que tenga clara la dirección ética debe reconocer y poner en valor esta forma de gestión empresarial, fomentando las relaciones con estas frente a empresas “especuladoras”.

Por otra parte, el actual contexto de crisis económica derivada de la pandemia de 2020 refuerza la necesidad de avanzar hacia una nueva gestión económica mediante el contrato público que “piense en verde” y en “sostenibilidad social”, no como exigencia estética, sino como herramienta generadora de valor⁹¹. Esta exigencia de sostenibilidad ambiental debe articularse en la priorización de los proyectos de infraestructuras a financiar, que deberán cumplir, en España, los objetivos de la Agenda Verde Europea y acomodarse a las directrices dictadas por las instituciones comunitarias (no puede olvidarse la exigencia de neutralidad climática)⁹². Desde esta perspectiva, parece oportuno que la norma legal a la que nos venimos refiriendo determine de forma clara los objetivos que se pretender fomentar, con la finalidad de dar seguridad jurídica a las propuestas de inversiones que se propongan: entre otros, proyectos que permitan

⁹¹ J. PERNAS, con acierto, nos recuerda que la implementación de políticas activas de economía circular pueden suponer un beneficio económico neto de 1,8 billones de euros de aquí a 2030, la creación de más de un millón de nuevos puestos de trabajo antes del 2030⁹¹y, además, una notable reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. “La “contratación circular”: el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos”, en: <http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-contratacion-circular-el-papel-de-la-compra-publica-en-la-realizacion-de-una-economia>.

⁹² Un análisis exhaustivo del contenido ambiental de la LCSP y la aplicación de sus disposiciones por los Tribunales administrativos de recursos contractuales en la obra colectiva, (X. LAZO VITORIA (Dir.), *Compra pública verde*, Atelier, Barcelona 2018.

descarbonizar la economía, para cumplir con los objetivos del Tratado de París, para luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, para combatir la contaminación y para promover la economía circular.

En definitiva, las condiciones sociales y ecológicas son uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública claramente amparada por varios de los ODS. Y, en consecuencia, podemos ya afirmar que están admitidos y fomentados por las instituciones supranacionales, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una “potestad” al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, calidad ambiental, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE. Así, la sentencia de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, apartado 38, afirma: *“Los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, (...) un requisito de este tipo constituye, en la configuración general de la citada Directiva, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros”*⁹³.

La necesidad de reactivar un nuevo modelo económico (utilizando el contrato público) atendiendo a la lógica de los objetivos ODS, debe ser una oportunidad para avanzar hacia un nuevo modelo productivo más sostenible y más “inteligente”. Corresponde a los poderes públicos liderar la nueva “cultura verde” que permita, desde la planificación, un nuevo escenario económico y social respetuoso con el medio ambiente. Los ODS son la oportunidad para relanzar este nuevo modelo de servicios públicos inteligentes y “circulares”, que

⁹³ Existe ya experiencias y guías sobre cómo introducir estos criterios. En la literatura más reciente destaca el libro de M. PARDO LÓPEZ, Y A. SÁNCHEZ García, *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

integren 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.

Para cumplir estos objetivos, más allá de apriorismos ideológicos, es necesario revisar e impulsar modelos de colaboración publico-privada orientadas a satisfacer el interés general. El ejemplo de muchas de muchas empresas en la crisis no puede ser cuestionado y su compromiso social debe ser la seña de identidad de un modelo productivo cimentado en la mejor prestación de servicios o suministros a los ciudadanos. Por ello, una correcta lectura de los ODS aconseja atender a la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público).

El objetivo de la transformación que pretende la Agenda de Naciones Unidas obliga a una actitud (y aptitud) proactiva, para aportar la mejor solución a las necesidades de la ciudadanía, necesidades que no son de simple ideología.

III.- CONCLUSIONES PROPOSITIVAS.

Vuelvo a insistir en el mensaje de transformación administrativa a través del *big bang* de la gestión de la contratación pública que permita superar la inercia del “siempre se ha hecho así” y avanzar hacia una gestión “inteligente” diseñada desde la estrategia y no desde la burocracia⁹⁴.

⁹⁴ Se trata de evitar, como aconsejan las instituciones europeas, la sobre-regulación: avanzar en simplificación efectiva. “La Comisión debe introducir directrices detalladas sobre simplificación a fin de informar a los Estados miembros y a sus regiones acerca de su cometido de eliminar, o al menos de reducir significativamente, la carga administrativa y la sobre-regulación que se observan, a escala nacional y local, en los procesos de contratación pública, [...] intentando evitar cambios frecuentes en las normas, simplificar el lenguaje y uniformizar los procedimientos”, como se dice en la *Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2015 [2015/2772 (RSP)]*. Vid. J. TEJEDOR

La nueva regulación de los contratos públicos debe 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 administración. Por eso, más que nunca, necesitamos una contratación pública abierta, caracterizada por la mayor transparencia, la extensión práctica de los medios electrónicos como herramienta ineludible en la gestión de las decisiones públicas, la adecuada cooperación administrativa para desarrollar “economías de escala organizativas” y, por supuesto, una estrategia de profesionalización horizontal en la contratación pública, delimitando de forma adecuada los distintos roles y funciones en la gestión contractual. Las exigencias de eficiencia y de integridad en las decisiones públicas, como nuevos paradigmas del liderazgo institucional público, exigen la mejor transparencia en la contratación pública y, en consecuencia, la reducción a su mínima expresión de los espacios de opacidad o inmunidad, incompatibles con las exigencias de ética y ejemplaridad de nuestros tiempos.

Frente a inercias o dogmatismos -también la función interpretativa en Derecho tiene, pues límites, que si se superan conducen a que la argumentación no sea ajustada a derecho-, la situación “global” obliga a repensar soluciones jurídicas en la contratación pública que promuevan la eficacia de las políticas públicas y que concilien los intereses públicos en juego, diseñando procedimientos eficaces y eficientes (que importante las nuevas tecnologías, como los modelos *blockchain*)⁹⁵, que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización

BIELSA, *La contratación pública en España ¿sobre-regulación o estrategia?*, Civitas, Cizur Menor, 2018.

⁹⁵ Sobre esta cuestión es un referente en España el profesor M. A. BERNAL BLAY. Puede consultarse su trabajo “Licitación electrónica y tecnología de registro distribuido”, *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Aranzadi, 2019, pp. 229-251 y su opinión “Blockchain, Administración y contratación pública” en www.obcp.es. Sobre esta cuestión interesa igualmente la opinión de J. VALERO, “Inteligencia Artificial y contratación del sector público”, en www.obcp.es (2020).

empresarial (lo que obliga a tener en cuenta el principio de reciprocidad)⁹⁶.

En definitiva, necesitamos una nueva cultura de contratación pública: responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora⁹⁷. Una contratación pública estratégica y proactiva y no meramente reactiva, que ponga en valor la calidad de la prestación. Y, además, como advierte HERNANDEZ, F. (2021), *“debemos garantizar un régimen de contratación que permita dar respuesta a las apremiantes necesidades públicas y que actúe como dinamizador de un modelo económico más sostenible, inteligente y resiliente que nos prepare mejor para afrontar futuras crisis sanitarias, climáticas, alimentarias, tecnológicas o energéticas”*⁹⁸.

Una última reflexión. Más allá de cambios normativos (sería deseable la “estabilidad” jurídica) conviene “re-educar” en una nueva interpretación finalista y no meramente formal (en una mal entendida burocracia). Los desafíos de la utilización de los [fondos europeos next generation deben servir para esta nueva visión](#). El interés general, como parte del ADN de cualquier Administración pública, descansa en el mejor resultado de las prestaciones a los ciudadanos, que no debe

⁹⁶ Así lo advierte, por lo demás, la Comisión europea en su Comunicación sobre *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE -Bruselas, de 24 de julio de 2019. C (2019) 5494 final*-. Hay que recordar igualmente la importante Comunicación de la Comisión europea *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa. Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017 COM(2017) 572 final*.

⁹⁷ En definitiva, la administración electrónica debe servir, asumiendo el importante rol de las nuevas tecnologías disruptivas, para mejorar la transparencia y la eficiencia (social) en la contratación pública, cuya transversalidad o carácter de política pública horizontal es cada vez más evidente. Sobre los diferentes roles del principio de transparencia, puede verse P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del big data”, *Observatorio de contratos públicos 2018, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor*, pp. 93-129.

⁹⁸ F. HERNÁNDEZ GONZALEZ, “Una ley de contratos para tiempos de crisis”. En www.obcp.es (enero 2021).

confundirse con la tramitación y sus principios que, siendo importantes, son instrumentales al servicio del interés público. Toca, por ello, tensar al máximo las costuras de nuestra gestión pública y del derecho público, para ir más allá de la inercia y del mantra de siempre se ha hecho así y utilizar interpretaciones finalistas y no formales en la utilización del contrato público. Frente a la amenaza de riesgos de corruptelas (y donde no tendría justificación la tramitación de emergencia) puede ser suficiente una moderna política de rendición de cuentas *ex post*, realmente transparente, y la articulación de un mecanismo funcional de seguimiento del cumplimiento de los hitos y objetivos de cada proyecto. Simplificación y agilidad como nuevos referentes, para consolidar los desafíos de una eficaz política en la utilización del contrato público dirigida a la recuperación, reconstrucción y resiliencia, que pivote sobre la sostenibilidad social y ambiental, que piense en pequeña escala (como son las PYMEs) y donde el desafío de fijar inversión productiva estable pueda ser una realidad.

El contrato público (y su necesaria interpretación en una dimensión funcional) debe ser el instrumento para reconstruir las murallas del Derecho público, concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos (y de la necesaria transformación social)⁹⁹. 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 y la integridad¹⁰⁰.

⁹⁹ Idea defendida por C. CHINCHILLA MARÍN, derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo, *Revista de Administración Pública* núm. 200, 2016, pp. 361-383.

¹⁰⁰ Por todos, J. MIRANZO DIAZ, *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, 2020 y A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2 ed. 2018.

