

OBSERVATORIO DE LOS
CONTRATOS PÚBLICOS 2021

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

(Director)

M.^a DEL CARMEN DE GUERRERO MANSO

(Coordinadora)

OBSERVATORIO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS 2021

Autores

DANIEL ALONSO	TERESA MEDINA ARNAIZ
MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY	JAVIER MIRANZO DÍAZ
GONZALO CASTRO MARQUINA	JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
CARMEN DE GUERRERO MANSO	BELÉN NOGUERA DE LA MUELA
MAURICIO ANDRÉS FIGUEROA MENDOZA	ÁLVARO ORTIZ
LETICIA FUERTES GINÉ	JOSÉ PERNAS GARCÍA
ISABEL GALLEGU CÓRGOLES	ARTURO CRISTIAN RODRÍGUEZ CORBALÁN
MANUEL J. GARCÍA RODRÍGUEZ	MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU	MARTÍN-RETORTILLO
SERGIO JIMÉNEZ	GABRIEL G. ROZAS CAAMAÑO
JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS	PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Primera edición, 2022



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS

Incluye versión en digital

Este trabajo se enmarca en las actividades del proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, titulado “LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ESTRATEGIA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y AL SERVICIO DE UNA NUEVA GOBERNANZA” PID2019-109128RB-C21

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2022 [Thomson Reuters (Legal) Limited / José María Gimeno Feliu (Dir.) y M.^a del Carmen de Guerrero Manso (Coord.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1124-913-3

DL NA 1359-2022

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 – Pamplona

Índice General

Página

PRESENTACIÓN: 10 AÑOS DE OBSERVATORIO DE CONTRATOS PÚBLICO	27
--	----

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

RETOS DE LA COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA: RESERVAS DE CONTRATOS, INTEGRIDAD, MEDIO AMBIENTE

1

RETOS Y DESAFÍOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN TIEMPOS DE INCERTIDUMBRES Y LA NECESIDAD DE GARANTIZAR EL PRINCIPIO DE “HONESTA EQUIVALENCIA”	35
--	----

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

I. Hacia una interpretación “dinámica” del derecho público de la contratación pública	35
II. Reivindicación de la necesidad de aplicar los principios clásicos del derecho público: el principio de “honesta equivalencia” de lo pactado	39

2

RESERVA DE CONTRATOS A CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO Y EMPRESAS DE INSERCIÓN 47

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

- I. **Introducción. Compra pública socialmente responsable y la reserva como excepción a los principios generales de la contratación pública 48**
- II. **Regulación en la directiva 2014/24 y la LCSP de la reserva de contratos y su carácter obligatorio 51**
- III. **Reserva de los contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social y no a los de iniciativa empresarial 62**
- IV. **El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 6 de octubre de 2021, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 66**
- V. **A modo de conclusión 70**

3

MECANISMOS DE DETECCIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS: PRIMEROS FRUTOS AL HILO DE LA OBLIGACIÓN DE SUBROGAR A LOS TRABAJADORES DEL ARTÍCULO 130 DE LA LCSP 71

PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ

- I. **La competencia: un principio básico de la contratación pública con múltiples lecturas. La relación entre el Derecho de la contratación pública y el Derecho de la competencia 72**
- II. **Evolución del principio de competencia en la normativa de contratación pública: del mero fomento de la participación de licitadores al reforzamiento de la sana y leal competencia entre operadores económicos 76**

III.	El gran cambio de perspectiva operado por la Ley 9/2017: integración efectiva de problemas de Derecho de la competencia en la regulación sobre contratación pública	82
1.	<i>Búsqueda de una solución para las prácticas anticompetitivas en la fase de adjudicación contractual a través de la Ley 9/2017: un cambio muy consciente</i>	<i>82</i>
2.	<i>Alcance de la previsión del artículo 150.1.3.º de la LCSP</i>	<i>84</i>
3.	<i>Alcance de la previsión del artículo 69.2, 2.º párrafo de la LCSP</i>	<i>88</i>
4.	<i>Alcance de la previsión del artículo 132.3 de la LCSP</i>	<i>92</i>
IV.	Primeras consecuencias prácticas del cambio operado: la utilidad del artículo 132.3 de la LCSP, por ejemplo, para defender los derechos laborales como la obligación de subrogación a la que se refiere su artículo	93
1.	<i>Exégesis básica del artículo 130 de la LCSP</i>	<i>93</i>
1.1.	<i>Finalidad del precepto</i>	<i>93</i>
1.2.	<i>Alcance de la información que ha de añadirse en los pliegos</i>	<i>95</i>
1.3.	<i>Obligaciones que se derivan para el órgano de contratación</i>	<i>98</i>
1.4.	<i>Obligaciones que se derivan para el contratista saliente</i>	<i>100</i>
2.	<i>La resolución 3/2021, de 11 de noviembre, de la Comisión Galega da Competencia</i>	<i>101</i>
V.	Reflexiones finales	105
VI.	Bibliografía citada	105

4

LOS CANALES INTERNOS DE DENUNCIA (A. K. A. “CANALES INTERNOS DE INFORMACIÓN”) EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 107

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

- I. La denuncia como elemento del sistema de cumplimiento normativo 107**
- II. Sobre la obligatoriedad de establecer canales de denuncia de irregularidades en el ámbito de la contratación pública 109**
 - 1. *La contratación pública en el Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción 111*
 - 2. *La denuncia de irregularidades y el recurso especial en materia de contratación 114*
 - 3. *La exclusión de las denuncias en determinados contratos públicos 116*
- III. Los canales de denuncia interna 116**
 - 1. *Modalidades de recepción de denuncias por vía interna 117*
 - 2. *La gestión del canal interno de denuncia: ¿gestión interna o gestión externa? Los límites formales y materiales de la gestión externa del canal interno de denuncia 119*
- IV. “El coronel no tiene quien le escriba”: sobre la necesidad de promover la cultura de la denuncia en materia de contratación pública 122**

5

LA INCIDENCIA DE LOS OBJETIVOS CLIMÁTICOS Y MEDIOAMBIENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 123

TERESA MEDINA ARNAIZ

- I. Introducción 124**
- II. El apoyo a la transición ecológica desde el mecanismo de recuperación y resiliencia 127**

10

	<i><u>Página</u></i>
III. Los objetivos climáticos y medioambientales de la Unión Europea	128
IV. Conclusión	132
V. Bibliografía	132

6

ORIGEN, CAUSAS Y ESPÍRITU DEL PROYECTO DE LEY DE USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN	135
---	------------

GONZALO CASTRO MARQUINA

I. La importancia en Aragón de la contratación del sector público como causa indirecta de la redacción del proyecto de ley de uso estratégico de la contratación pública	136
II. Las razones directas detrás de la elaboración del proyecto de ley de uso estratégico de la contratación pública, de acuerdo con su exposición de motivos	147
1. <i>Obsolescencia sobrevenida y nuevas oportunidades</i>	147
2. <i>La necesidad de dar un mayor impulso a determinados aspectos ligados al uso estratégico de la contratación pública</i>	155
3. <i>La generalización de los medios electrónicos en la contratación pública</i>	160
4. <i>La dispersión normativa y la seguridad jurídica</i>	164
III. El espíritu del proyecto: un concepto propio de uso estratégico de la contratación	168
IV. Bibliografía	178

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y NEXT GENERATION

7

«POR UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA TRANSPARENTE Y ABIERTA EN EL MARCO DE LOS FONDOS NEXT GENERATION (NG EU): ALGUNAS MANIFESTACIONES»	183
---	------------

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

I. Introducción	184
-----------------------	-----

	<i>Página</i>
II. La transparencia en la contratación del sector público hoy	187
1. <i>Funcionalidad y alcance del principio de transparencia en general</i>	<i>187</i>
2. <i>El cuarto paquete de Directivas de contratación pública: la relevancia de los principios generales de la contratación pública. Especial referencia al principio de transparencia en la jurisprudencia del TJUE</i>	<i>193</i>
3. <i>Algunas de las manifestaciones de la transparencia en la contratación pública</i>	<i>198</i>
3.1. Transparencia (publicidad) activa en materia de contratación pública desde la perspectiva de los datos abiertos y reutilizables	199
A. Información sobre contratación pública a través del Portal de Transparencia	200
B. Información sobre contratación pública a través del perfil de contratante	204
3.2. Transparencia y rendición de cuentas: avanzando hacia la «contratación abierta». Los Pactos de integridad	213
3.3. La transparencia y la fase de ejecución de los contratos públicos	217
A. La publicación de los modificados contractuales, ¿y del resto? Especial referencia a la subcontratación. Mecanismos de control	219
III. A modo de conclusión	227

8

TRANSPARENCIA, CONTRATACIÓN PÚBLICA Y GESTIÓN DE FONDOS DEL MECANISMO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA	229
--	------------

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

I. Introducción: gestión de los fondos europeos para la recuperación, contratación y transparencia	230
II. Especialidades en materia de contratación pública y transparencia	235

	<i>Página</i>
1. <i>Planteamiento</i>	235
2. <i>El fomento de la transparencia antes de la licitación: consultas preliminares al mercado y anuncios de información previa</i>	236
3. <i>Especialidades procedimentales</i>	238
3.1. <i>Tramitación de urgencia de los procedimientos de contratación</i>	238
3.2. <i>Elevación de umbrales de utilización los procedimientos abiertos simplificados</i>	241
3.3. <i>La utilización de procedimientos sin publicidad</i>	243
3.4. <i>Novedades en el ámbito de los encargos a medios propios</i>	246
III. Fórmulas de colaboración público-privada y transparencia	248
1. <i>Planteamiento</i>	248
2. <i>Elección del socio privado de las sociedades de economía mixta cuyo objeto sea la ejecución de una concesión</i>	249
3. <i>Nuevos retos, nuevas fórmulas: los “Proyectos estratégicos para la recuperación y transformación económica”</i>	252
IV. Medidas de transparencia ligadas al Buen Gobierno	254
1. <i>“Nuevas” obligaciones de transparencia activa y otros instrumentos de rendición de cuenta</i>	254
2. <i>Documentación preparatoria del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y derecho de acceso a la información pública</i>	256
V. Reflexiones finales	258

9

LOS PILARES DEL MECANISMO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA Y LA ADAPTACIÓN DEL MARCO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOL PARA LOGRAR SUS OBJETIVOS	261
---	------------

DRA. D.^a CARMEN DE GUERRERO MANSO

I. La oportunidad de transformación de europa ofrecida a través de los fondos <i>Next Generation EU</i>	263
1. <i>Actuaciones y objetivos susceptibles de ser financiados con los fondos NGEU</i>	264

2.	<i>El amplio enfoque del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, articulado en torno a seis grandes pilares</i>	265
2.1.	Hacia una Europa más verde	268
2.2.	Hacia una Europa digital	269
2.3.	Hacia una Europa más inteligente, sostenible e integradora	271
2.4.	Hacia una Europa más cohesionada, tanto social como territorialmente	273
2.5.	Hacia una Europa resiliente	274
2.6.	Hacia una Europa para las próximas generaciones	275
3.	<i>La exigencia de lograr resultados transformadores</i>	276
II.	Adaptación del marco normativo de la contratación pública en España para hacer frente a las necesidades derivadas de la articulación de los fondos NGEU	277
1.	<i>Modificación puntual de la LCSP mediante el Real Decreto-ley 36/2020, posteriormente modificado por el Real Decreto-ley 6/2022</i>	280
1.1.	Primera medida de simplificación administrativa: la excepción de autorización del Consejo de Ministros para los poderes adjudicadores del sector público estatal	281
1.2.	Recordatorio de la posibilidad de tramitar de urgencia los procedimientos de licitación, si se cumplen los requisitos establecidos para ello	282
1.3.	Mayor margen de aplicación del procedimiento abierto simplificado abreviado debido a la ampliación de sus umbrales	285
1.4.	Ampliación de la posibilidad de utilizar el procedimiento abierto simplificado ordinario atendiendo al valor estimado del contrato y a los criterios de adjudicación	285
1.5.	Excepcional posibilidad de ampliar el plazo de vigencia de los contratos de suministro y de servicios de carácter energético	286
1.6.	Promoción de la elaboración de pliegos-tipo como vía para homogeneizar y agilizar los procedimientos de contratación	287

	<u>Página</u>
1.7. Ejecución directa de prestaciones mediante encargos a medios propios	288
1.8. Forma de calcular el período de recuperación de la inversión en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios	289
1.9. Recuperación de las Instrucciones de la Junta Consultiva de Contratación Pública	289
1.10. Reducción de plazos en relación al recurso especial en materia de contratación	290
2. <i>La sorprendente falta de previsión de medidas aplicables a la ejecución de los contratos</i>	291
III. Reflexión final	292
IV. Bibliografía	293

10

EL PRINCIPIO DNSH DEL MECANISMO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA Y SU INCIDENCIA EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA	297
---	-----

JOSÉ PERNAS GARCÍA

I. El objetivo de la “transición ecológica” y su impacto en la gestión contractual de los fondos del mecanismo de recuperación y resiliencia. Consideraciones generales sobre el condicionamiento ambiental del Reglamento (UE) 2021/241, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia: el principio DNSH y el “etiquetado verde”	299
II. Los principios ambientales de gestión específicos del plan de recuperación, transformación y resiliencia: principio DNHS y etiquetado verde	304
1. <i>Consideraciones generales</i>	304
2. <i>El cumplimiento de los “principios o criterios específicos” de la Orden 1030/2021 en la ejecución contractual del PRTR</i>	305

III.	El cumplimiento y seguimiento del “etiquetado verde” en la gestión y ejecución del PRTR	309
IV.	Significación, implicaciones y metodología del principio DNSH en la gestión contractual de fondos <i>Next Generation</i>	311
1.	<i>Referencia genérica al significado del principio DNSH de acuerdo con las previsiones del Reglamento de “taxonomía”</i>	<i>311</i>
2.	<i>La necesaria “elegibilidad ambiental” de las inversiones financiadas con cargo al MRR</i>	<i>312</i>
3.	<i>Orientaciones técnicas sobre la aplicación del principio de “no causar un perjuicio significativo en virtud del Reglamento relativo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia”</i>	<i>315</i>
3.1.	Consideraciones generales	315
3.2.	“Referencias de gestión” o documentos técnicos de apoyo para facilitar el cumplimiento del principio DNSH	318
A.	Guía técnica de la Comisión Europea sobre la aplicación del principio de “no causar un perjuicio significativo en virtud del Reglamento relativo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia”	318
B.	Guía para el diseño y desarrollo de actuaciones acordes con el principio de no causar daño significativo al medio ambiente del MITERD	320
C.	Orientaciones para la incorporación de criterios transversales para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, del Comité Técnico del PRTR	321
D.	Reglamentos delegados del Reglamento de “taxonomía”	322

4.	<i>La consideración del principio DNSH en la preparación contractual de prestaciones del PRTR y su incidencia en las diferentes fases del proceso de contratación (preparación, adjudicación y ejecución)</i>	323
4.1.	Los procesos de preparación contractual deben de garantizar la coherencia entre las cláusulas o criterios DNSH utilizadas en los pliegos y las previsiones en este mismo sentido del PRTR y de la Decisión de Ejecución del Consejo	323
4.2.	Recomendaciones para el cumplimiento del principio DNSH en el proceso de preparación de los pliegos contractuales	323
A.	Especificar la obligatoriedad de cumplir el principio DNSH para todos los objetivos medioambientales, en quién recae esa exigencia y las consecuencias de su incumplimiento	323
B.	Identificar a qué componente, medida y sub-medida del PRTR está vinculada la prestación que se pretende contratar, y qué condiciones o exigencias DNSH o de etiquetado verde deben respetarse	325
4.3.	La cuestión clave del cumplimiento del principio DNSH y del etiquetado verde durante todas las fases de gestión contractual y los medios de prueba o acreditación	327
4.4.	Los criterios comunes de “contratación pública verde” como herramienta complementarias facilitadoras del cumplimiento del principio DNSH	332
V.	Reflexiones finales	334
VI.	Bibliografía	339

11

PLANIFICACIÓN, GESTIÓN DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN Y DIGITALIZACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: EL IMPULSO TRAS LA COVID-19 Y LA EJECUCIÓN DE FONDOS NEXT GENERATION	343
JAVIER MIRANZO DÍAZ	
I. El lento pero firme camino hacia la cultura de gestión de riesgos de corrupción	344
1. <i>Las iniciativas institucionales o administrativas</i>	345
2. <i>El marco normativo</i>	347
II. Los retos planteados por la pandemia	348
III. El impulso a la integridad tras la pandemia	352
1. <i>Los fondos Next Generation: las medidas administrativas de prevención</i>	352
1.1. Las Declaraciones de Ausencia de Conflicto de Interés (DACI)	354
1.2. Los procedimientos de declaración de conflicto de interés	355
1.3. Los Planes Antifraude	357
2. <i>El reto de la identificación de riesgos en los contratos extraordinarios: la digitalización</i>	361
2.1. La consolidación y coordinación de proyectos existentes	362
2.2. Retos pendientes: problemas de recopilación y acceso y la necesidad de generar nuevos indicadores	365
IV. Reflexiones conclusivas	370
V. Bibliografía	371

12

EL USO DE BANDERAS ROJAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. REFLEXIONES A LA LUZ DE LA NUEVA ORDEN HFP/1030/2021	379
--	------------

LETICIA FUERTES GINÉ

I. Novedades del sistema de gestión del plan de recuperación, transformación y resiliencia: los planes de medidas anti-fraude	380
1. <i>Aproximación conceptual a las banderas rojas y a su uso en la Orden HPF/1030/2021</i>	<i>382</i>
II. La definición de las banderas rojas	385
III. La recopilación y el análisis de datos derivados de las banderas rojas	388
IV. Diseño de estrategias ante la detección de una bandera roja	393
V. Comunicación de las banderas rojas al personal que está en posición de detectarlo	397
VI. Reflexiones finales	399
VII. Bibliografía	402

COMUNICACIONES CUENCA

1

LA CONTROVERSIAS SOBRE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS NO PÚBLICOS: CONCESIONES Y CONTRATOS DE SERVICIOS VERSUS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO Y OTRAS FIGURAS PATRIMONIALES	409
---	------------

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS

I. Introducción	411
II. Las directivas 2014/23, 24 y 25/UE	412
III. De los anteproyectos de Ley de contratos del sector público de 2015 y 2016 a la Ley de contratos del sector público de 2017	414

1.	<i>Esquema general de la Ley de contratos del sector público (LCSP)</i>	414
2.	<i>La centralidad del concepto de servicio público y su continuidad</i>	418
3.	<i>La dispersión de los criterios delimitadores de los contratos y la heterogeneidad de sus objetos</i>	419
4.	<i>La dualidad de objetos en la concesión de servicios, públicos y no públicos, y sus correlativos regímenes jurídicos</i>	424
5.	<i>Extensión de los equívocos y carencias de la regulación de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía</i>	428
IV.	El RD Ley 3/2020, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales	431
V.	Pronunciamientos de juntas consultivas de contratación administrativa y de tribunales administrativos y de la jurisdicción contencioso-administrativa	432
VI.	La reconducción del régimen jurídico público de la gestión contractual de los servicios no públicos	442
VII.	La dimensión económico-financiera y sus constreñimientos en el caso de los contratos de AENA	445
VIII.	Poderes adjudicadores, claves y criterios sobre la gestión contractual de los servicios no públicos	453
1.	<i>Aena, SME, S. A.: naturaleza jurídica y características</i>	453
2.	<i>Otras claves y criterios sobre la gestión contractual de los servicios no públicos</i>	455
IX.	Bibliografía	463

2

MEJORAR LA GESTIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN: LOS ALGORITMOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS DATOS EN ABIERTO DE LA PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO	473
--	------------

MANUEL J. GARCÍA RODRÍGUEZ

I. Introducción	474
II. La transparencia y los datos en abierto de la contratación	477
III. La plataforma de contratación del sector público (PLACE)	479
1. <i>Órganos de contratación que publican en PLACE</i>	<i>479</i>
2. <i>Fuentes de datos de PLACE</i>	<i>480</i>
3. <i>Formato de los datos en abierto de PLACE</i>	<i>481</i>
4. <i>Calidad de los datos en abierto de PLACE</i>	<i>482</i>
5. <i>Programa para analizar los datos en abierto de PLACE</i>	<i>482</i>
IV. Algoritmos de inteligencia artificial aplicados a la contratación	483
V. Conclusiones	487
VI. Bibliografía	488

3

PREDICCIÓN DE OFERTAS PARA CONTRATOS PÚBLICOS: APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LOS DATOS DE CONTRATACIÓN	491
--	------------

SERGIO JIMÉNEZ, ÁLVARO ORTIZ Y DANIEL ALONSO (GOBIERTO)

I. Introducción	492
II. Planteamientos iniciales	492
1. <i>Los problemas de las ofertas en la contratación pública</i>	<i>492</i>
2. <i>El problema a la hora de anticipar ofertas</i>	<i>493</i>
3. <i>Obtención de los datos</i>	<i>493</i>
4. <i>Los retos a la hora de construir el proyecto</i>	<i>494</i>

	<i>Página</i>
III. La construcción de los modelos	494
1. <i>Preparación de datos</i>	495
1.1. Obtención inicial de datos	495
1.2. Manipulación y transformación de datos	496
1.3. Encoding de variables categóricas	497
2. <i>Modelado</i>	498
2.1. Preparación de los modelos	499
2.2. Train-Validation-Test split	500
3. <i>Modelo de clasificación</i>	501
4. <i>Modelo de regresión</i>	502
4.1. Arquitectura del modelo	502
4.2. Capacidad predictiva del modelo	503
IV. Conclusiones y futuras acciones	504

4

PARADIGMA AMBIENTAL Y DESARROLLO SOSTENIBLE COMO BASE FUNDAMENTAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SUSTENTABLE: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL CASO DE CHILE	507
--	-----

MAURICIO FIGUEROA MENDOZA

I. Antecedentes de la preocupación ambiental	508
1. <i>Problemática ambiental asociada al contexto actual</i>	508
2. <i>Reacción del derecho ambiental ante la urgencia</i>	509
II. El paradigma ambiental como fundamento de cambio	511
1. <i>Implicancias del paradigma ambiental</i>	511
2. <i>La sustentabilidad</i>	512
2.1. Rasgos evolutivos del desarrollo sostenible	513
2.2. La sustentabilidad a partir de los ODS	514
III. La incorporación de criterios de sustentabilidad en la actividad estatal: énfasis en la contratación pública	515
1. <i>La contratación pública verde o sustentable</i>	515

	<i>Página</i>
2. <i>Estado de avance de la contratación pública sustentable en Chile</i>	517
2.1. Regulación legal de la contratación pública sustentable	517
2.2. Criterios de sustentabilidad a través d actos de la administración	518
IV. Consideraciones finales	519
V. Bibliografía	519

5

LA BUENA COMPRA PÚBLICA EN LA LEY CHILENA N.º 19.886 SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS	523
---	-----

ARTURO RODRÍGUEZ CORVALÁN

I. Introducción	524
II. La buena administración pública	525
1. <i>Conceptualización</i>	525
2. <i>Hacia una teoría de la buena administración en Chile</i>	527
III. Principios generales de la contratación pública en la Ley 19.886	528
IV. Hacia una “buena compra pública” bajo los principios de la buena administración	530
1. <i>La buena compra pública en La Ley N.º 19.886</i>	530
2. <i>La buena Compra Pública en la etapa de decisión de iniciar un proceso de compras regidas por la Ley N.º 19.886</i>	531
2.1. Descripción de la etapa de decisión de iniciar un proceso de compras públicas en la regulación chilena	532
2.2. Análisis de los elementos de Buena Administración en el proceso de decisión de iniciar un proceso de compras de la regulación chilena	534

V. Conclusiones	536
VI. Bibliografía	537

6

LA DELACIÓN COMPENSADA COMO ATENUANTE/ EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE COHECHO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, UNA MIRADA DESDE LA LEGISLACIÓN CHILENA	539
--	------------

GABRIEL G. ROZAS CAAMAÑO

I. Introducción	540
II. La problemática	540
III. Las posibles soluciones	543
1. <i>Delación compensada</i>	<i>543</i>
2. <i>Cooperación eficaz</i>	<i>545</i>
IV. Propuesta final	547

7

NUEVOS RETOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: DESPO- BLACIÓN, CAMBIO CLIMÁTICO Y NEXT GENERATION	549
--	------------

MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO

I. La despoblación	550
II. Normativa autonómica	556
1. <i>Galicia: Ley 5/2021, de 2 de febrero, de impulso demográfico de Galicia (LIDG)</i>	<i>556</i>
2. <i>Castilla-La Mancha: Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha</i>	<i>558</i>
3. <i>Otras normas de comunidades autónomas en tramitación: Extremadura</i>	<i>562</i>
4. <i>Aragón</i>	<i>564</i>

III. Cambio climático. Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. Aspectos contractuales (LCCTE)	565
1. Aspectos contractuales	565
2. Contratación pública	566
3. Licitaciones de redacción de proyectos, de contratos de obra o concesión de obra	568
4. Contratos de arrendamientos de inmuebles. Edificación con consumo de energía casi nulo	570
IV. Contratación y Next Generation. Plan de recuperación, transformación y resiliencia	570
1. Especialidades en materia de contratación R. D. Ley 36/2020	571
2. Aplicación de las especialidades previstas en materia de contratos al ámbito de aplicación del libro primero del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores (Disposición adicional tercera)	580
3. Instrucción de 23 de diciembre de 2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia	581
4. Control de la ejecución y justificación de la inversión de los contratos financiados con cargo al PRTR	582

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

Presentación: 10 años de Observatorio de Contratos Público

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

El mes de octubre de 2021 **se cumplieron 10 años** del inicio de la trayectoria del Observatorio de Contratación Pública (www.obcp.es) que venía a ser una iniciativa a los monográficos anuales iniciados en el año 2011 con el libro Observatorio de los Contratos Públicos 2010, publicado en 2011 por la editorial Civitas.

Pasado diez años, donde la idea inicial se ha consolidado, quiero recordar que esta iniciativa surgió como resultado de un Proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con el grupo de investigación formado por José Antonio Moreno Molina, Isabel Gallego Córcoles, Miguel Ángel Bernal Blay, Teresa Medina Arnaiz y yo mismo (constituidos como asociación sin ánimo de lucro con esta denominación y sede en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza) y de la colaboración con la consultora multinacional everis (ahora NTT DATA), que, vía convenio de mecenazgo, da el soporte material de la web y de la gestión técnica con Marta Cano. Estructura redimensionada con la incorporación de otras personas al grupo de investigación y al comité científico técnico. El propósito principal consistía en integrar al mayor número de conocedores de la contratación pública, tanto profesionales como académicos, comprometidos con el objetivo de implantar una nueva cultura de la contratación pública con el fin funcionar como “laboratorio de ideas” y presentar propuestas de mejora de la actividad contractual del sector público, desde el convencimiento de su valor como instrumento para un mejor desarrollo de las políticas públicas.

En **estos 10 años la iniciativa se ha consolidado como un referente del *think tank***, con una amplia red de colaboradores, nacionales e internacionales y un notable apoyo y reconocimiento institucional, público y privado (con acuerdo de colaboración con Transparencia Internacional/España). Y las distintas secciones han permitido sumar y ampliar la

estructura con implicación directa a otros compañeros como Patricia Valcárcel, Rafael Acevedo, José Pernas, Carmen de Guerrero, Ximena Lazo, Javier Miranzo, Asunción Sanmartín o Ramon Camp.

Estos diez años de Observatorio deben servir, **en primer lugar**, de agradecimiento. A todos aquellos que creyeron en la iniciativa (en especial quiero recordar a Sergi Biosca, actual CEO España de everis (ahora NTT DATA), o a personas que animaron y consolidaron el proyecto como Alfonso Ruiz de Castañeda, Juan José Pardo, Francisco Blanco, Vicente Lopez-Ibor o Alfonso Peña), a los colaboradores que se han querido sumar al proyecto y, claro, a las instituciones y sociedad civil que han visto en este proyecto cooperativo y de pensamiento proactivo en red una herramienta de transformación de la contratación pública y de las políticas públicas a las que se vincula. Las **más de 600.000 visitas anuales** son un aval del interés y valor que se aporta por el Observatorio.

La actividad desplegada ha sido intensa, tanto desde una perspectiva cuantitativa como, principalmente, cualitativa. En especial, más allá de las colaboraciones de opiniones semanales, las noticias o los monitores, **queríamos destacar las siguientes:**

- Participación en la consulta pública impulsada por la Comisión Europea con motivo de la publicación del Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente COM(2011) 15 final:

- Participación en la consulta pública impulsada por el Gobierno de España con motivo de la publicación del Anteproyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.

- Presentación de comunicación en la 5th International Public Procurement Conference: Exploring New Frontiers in Public Procurement celebrada en Seattle (US), sobre las nuevas propuestas de Directiva en materia de contratación Pública.

- Edición del Observatorio de Contratos Públicos, publicado con la editorial Civitas, correspondiente a las anualidades 2010 a 2020.

- Organización Seminarios específicos en contratación pública, en especial los Congresos Internacionales celebrados en Albacete y Cuenca y los Seminarios del Pirineo aragonés (Formigal y Panticosa).

- **Celebración Congreso anual, (2017), (2018), y 2019.**

- **Celebración del Seminario “Retos jurídicos y oportunidades de transformación en la gestión de los fondos Next Generation EU” (noviembre de 2020).**

– Celebración del I Congreso Internacional “El desafío de la recuperación y el papel de la contratación pública”, en formato presencial en Zaragoza.

En **segundo lugar**, estos 10 años deben servir de **reivindicación del proyecto, con el impulso** a una red global de observatorios de contratos públicos (y de mejora de los canales de comunicación) y de suma de instituciones a este proyecto. Que la contratación pública es importante, tanto desde una perspectiva dogmática como práctica no necesita ya de especial justificación. Basta recordar 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” (DOUE de 30 de octubre de 2020), donde se reafirma al máximo nivel político el carácter estratégico de la contratación pública para el impulso de políticas públicas. 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 cánones 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.

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 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. La compra pública tiene la oportunidad de relanzar un nuevo modelo de servicios públicos inteligentes y circulares, que integren lo social, ambiental y la equidad para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Por ello debe promover proyectos que cumplan con los objetivos de la Agenda Verde Europea, proyectos que permitan descarbonizar la economía, cumplir con los objetivos del

Tratado de París, luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, combatir la contaminación y promover la economía circular. De igual modo, los contratos públicos deben servir como escudo económico para proteger a los sectores productivos más castigados con la crisis Covid-19, en especial pymes y autónomos.

El futuro de la nueva regulación de los contratos públicos aconseja un *big bang* que permita impulsar la necesaria regeneración democrática y rediseño de la contratación pública como estrategia de liderazgo público que pivote 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, 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 importan las nuevas tecnologías, como los modelos *blockchain*), que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización empresarial. Lo que obliga también a una correcta depuración conceptual –con los parámetros del derecho europeo– que permita ver más allá del contrato público (como lo es la cooperación vertical y horizontal, o los negocios excluidos del ámbito de las Directivas de contratación), y superar las inercias del “contrato administrativo”.

Desde el Observatorio **creemos en un futuro de la gestión pública desde una óptima utilización del contrato público** lo que obliga a una nueva cultura de contratación pública que responda a los siguientes tópicos: responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora. Una contratación pública si o si, estratégica y proactiva, que supere la visión economicista anclada en el precio y ponga en valor la calidad de la prestación.

Una última reflexión. Más allá de cambios normativos (sería deseable la “estabilidad” jurídica) conviene “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 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). 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. En ello nos implicaremos desde el Observatorio de contratación pública.

Retos de la compra pública estratégica:
reservas de contratos, integridad,
medio ambiente

Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de “honesta equivalencia”

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. HACIA UNA INTERPRETACIÓN “DINÁMICA” DEL DERECHO PÚBLICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. II. REIVINDICACIÓN DE LA NECESIDAD DE APLICAR LOS PRINCIPIOS CLÁSICOS DEL DERECHO PÚBLICO: EL PRINCIPIO DE “HONESTA EQUIVALENCIA” DE LO PACTADO.

I. HACIA UNA INTERPRETACIÓN “DINÁMICA” DEL DERECHO PÚBLICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La pandemia, la situación bélica derivada de la invasión de Ucrania por Rusia han generado una notable inseguridad económica que pone en riesgo la correcta recuperación. La gestión de los fondos europeos abre nuevos caminos para la gestión pública, donde debe prevalecer una actitud proactiva frente a posiciones de “miedo” ante el cambio. Sin duda **estamos en una encrucijada histórica que nos obliga a repensar la brújula de nuestra dirección en la gestión pública.**

Esta nueva realidad jurídico-económica postpandémica exige de los poderes públicos una visión estratégica en un contexto económico globalizado donde las decisiones públicas deben adecuarse a las reglas europeas. Una correcta posición institucional de las Administraciones públicas, como instrumento dinamizador de la actividad económica al servicio

de políticas públicas, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que e obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo¹. Para ello, mejorar la regulación, la gestión pública y simplificar los trámites procedimentales es y debe ser un rasgo de toda administración pública moderna, que debe ser proactiva y no meramente reactiva procurando siempre la mejor satisfacción del interés general, lo que obliga a articular mecanismos de gobernanza pública de la actividad económica que promuevan un “crecimiento inteligente y socialmente responsable”. Así, **el conocido principio *better and smart regulation* aspira a una mejor y más inteligente regulación y actuación pública**. Y, como finalidad principal, se pretende una mayor seguridad jurídica, eliminando cualquier burocracia innecesaria”.

Desde este contexto la respuesta a la cuestión principal es que **las Administraciones públicas DEBEN ser un impulso para el mejor funcionamiento de la economía, por lo que las diferentes medidas de regulación o de actuación sobre al economía deben ser analizadas con el fin de evitar que sean un freno indebido (algo que, sin duda, sucede por interpretaciones rigoristas o excesivamente formales, alejadas de una correcta interpretación de las necesidades de interés general)**.

Un buen ejemplo de esta afirmación lo es la gestión de los fondos NGEU. La arquitectura de distribución y asignación de estos fondos debe garantizar la eficacia de las medidas de desarrollo que se adopten y que deben servir para “hacer más país” y ayudar en la construcción del futuro. **Los nuevos fondos europeos son la gran oportunidad para hacer país e impulsar la necesaria transformación hacia una sociedad comprometida con la sostenibilidad social y ambiental y la justicia social, que aprovecha la digitalización para modernizar la organización y nuestro modelo público**. Los objetivos europeos exigen capacidad de gestión (una de nuestras principales debilidades) y adaptación de las normas jurídicas aplicables para conciliar la *eficacia y rapidez en la gestión* con los principios de *transparencia, seguridad y buena administración* (ejemplo: normativas de contratación y de ayudas públicas, sobre las que necesariamente deben articularse los proyectos seleccionados alineados con este programa de recuperación). Y aconseja, también, a **adoptar una actitud (y aptitud)**

1. 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.

proactiva, para aportar la mejor solución jurídica a las necesidades de la ciudadanía sin olvidar que estos fondos europeos (y su éxito) son la nueva brújula en la toma de las decisiones públicas y de gestión práctica².

Simplificación y agilidad como nuevos referentes en el diseño y puesta en práctica de la gobernanza económica, para consolidar los desafíos de una eficaz política económica-social 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.

La capacidad de incidir y “modular” la actividad económica a través del contrato publico resulta evidente, dada la dimensión económica en la práctica del mercado de la contratación pública (un importante porcentaje del PIB). La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisional tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. Y aquí radica la importancia de la visión estratégica de la contratación pública. Lo que guarda directa relación como elemento ineludible de lo que es la oferta del licitador que, en todo caso, debe ser un precio de mercado (y donde ofertas a pérdidas puede poner en riesgo el interés público). En modo alguno puede asumirse como válida una opción que pongan en riesgo la correcta prestación de los “servicio públicos”.

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). Además, insistimos, sin un claro parámetro de calidad como elemento de homogeneización de las prestaciones a adquirir se rompe la regla

-
2. Las ideas expuestas pueden verse en mis trabajos anteriores: “De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución”, Cuadernos de Derecho Local núm. 55, 2021, pp. 88-114; “El desafío de fondos Next Generation como elemento de transformación de la gestión pública”, en Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoria, Monográfico Revista Aragonesa Administración pública núm. XX., pp. 21-42 y “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.

esencial de adecuada comparabilidad, quebrando el principio de igualdad de trato.

Para mejorar la actividad económica conviene un cambio de cultura de los poderes públicos como compradores (en tanto, indirectamente, vienen a incidir sobre el funcionamiento del mercado) para avanzar hacia nuevos modelos que pongan la atención en el valor de la prestación, y no tanto en el precio, y en una visión alejada de la inercia a ponderar como mejor el ahorro presupuestario frente a la mejor eficiencia y calidad del servicio³. El interés general, como causa del contrato, puede aconsejar soluciones jurídicas distintas a las “ya tradicionales” donde el precio podría no ser un criterio de adjudicación y si criterios referido a mejor oferta técnica y mejor rendimiento (o volumen) de la oferta, resultando indiferente un eventual ahorro, desde la gestión presupuestaria del contrato, lo que podría alinearse con los principios de eficacia y eficiencia (mayor valor)⁴.

Los poderes público tiene, por vocación constitucional una evidente función de liderazgo de regulación e impulso de las actividades económicas, para lo que deben repensar en el actual contexto, una nueva arquitectura de la gestión pública 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). Para ello, más allá de cambios normativos (sería deseable la “estabilidad” jurídica) conviene “re-educar” a los poderes públicos españoles para orientar su “fuerza de gestión” como impulso, y no como freno, en una nueva interpretación finalista y no meramente formal (en una mal entendida burocracia) donde toca 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.

El camino a donde debemos ir en el diseño de una moderna estrategia de contratación pública, insistimos, no es la burocracia (procedimiento), sino la estrategia (proyectos). Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión. De las decisiones reactivas (y en ocasiones improvisadas) a las decisiones proactivas y bien planificadas. No es tampoco el falso debate

3. Aunque referido al ámbito de medicamentos –pero extrapolable a lo que planteamos– me remito a 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. GARCÍA ÁLVAREZ GARCÍA, “Regulación y compra pública de medicamentos”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 205, 2020, pp. 61-96.
4. J. M. GIMENO FELIU, “A propósito de la (in) adecuación a los principios de la contratación pública de ofertas a pérdidas en la contratación pública y en negocios concesionales”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 60, 2022.

de gestión pública frente a la desconfianza en la gestión privada, sino la colaboración conjunta para la mejor satisfacción del interés general.

El rol de la gobernanza pública debe servir como impulso para 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. En ello va el futuro del liderazgo de gestión de las instituciones públicas que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo ideológico.

II. REIVINDICACIÓN DE LA NECESIDAD DE APLICAR LOS PRINCIPIOS CLÁSICOS DEL DERECHO PÚBLICO: EL PRINCIPIO DE “HONESTA EQUIVALENCIA” DE LO PACTADO

Desde las líneas expuesta conviene reflexionar sobre la situación de encarecimiento de productos energéticos y de determinadas materias primas de este año 2022 que pone de relieve la importancia de que los diferentes sistemas de retribución de los diferentes negocios jurídicos que se celebren se ajusten a unas condiciones de mercado que eviten las situaciones de ofertas en pérdidas. Esta misma lógica debería ser de aplicación en la contratación pública (muy especialmente en contratos complejos), en la que la perspectiva estratégica del contrato público al servicio de políticas públicas debe prevalecer sobre una interpretación que ponga el acento de forma preferente en aspectos económicos⁵. Y es que el contrato público es, desde el adecuado equilibrio de eficacia, eficiencia e integridad, una herramienta principal para el derecho a la buena administración⁶. Esto es algo

5. Me remito a mi trabajo *“El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”*, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 59, 2022.

6. 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*

que ha quedado de manifiesto con la pandemia sanitaria que comenzó en 2020, que ha obligado a repensar las soluciones jurídicas a aplicar para acreditar que el derecho es una herramienta para solucionar problemas y que para ello se debe adaptar a la realidad (tan cambiante) y no al revés.

La actual situación aconseja, desde el Derecho y sus principios regulatorios (más que desde la literalidad de la letra de un precepto) una correcta contextualización y un cambio de 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 pues la esencia es y debe ser la correcta ejecución de la prestación (como ha recordado el maestro Joaquín Tornos Mas, en su última lección impartida en la Universidad de Barcelona el 16 de mayo de 2022)⁷. Y también aconseja abandonar la idea del precio como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de compra pública (en especial de prestaciones dirigidas a personas o servicios públicos esenciales), donde debe primar el resultado (y no el mero ajuste presupuestario). 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 de inversión (lo que afecta directamente a una política esencial, como es la de empleo) o, peor, una inadecuada, por insuficiente, prestación de la necesidad pública.

Tampoco resulta comprensible una visión “estática” del contrato público, máxime en momentos de incertidumbre, como los actuales, donde el alza de las materias primas y de los costes energéticos ponen en riesgo la viabilidad de contratos públicos ya celebrados o los que pudieran derivar para la gestión de los fondos europeos NGEU. En todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar satisfacer el interés general (que es la causa del mismo), y para ello las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir deben resultar equivalentes desde el punto de vista económico⁸. La necesidad de la correcta

administraciones locales. *Serie Claves del Gobierno Local* núm., 32, Fundación y Democracia Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 67-100

7. También el libro colectivo *La Gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Barcelona, Cámara de Comercio, Navegación e Industria de Barcelona/ESADE, 2018.

8. Y es que, como bien indicara el Conseil d'État francés: «*Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión*” (*Arrêt Compagnie générale française des tramways*, de 21 de marzo de 1910).

ejecución de la necesidad pública exige unas reglas claras para la relación jurídica que preserven la equivalencia de las prestaciones de ambas partes, prestaciones que se deben diseñar pensando en la correcta ejecución del contrato (para lo que debe exigirse en modelos concesionales un adecuado plan económico-financiero) que dé seguridad a los potenciales licitadores sobre la viabilidad del negocio jurídico y dé, al propio tiempo, las garantías o certezas suficientes sobre el cumplimiento de lo pactado en sus propios términos.

Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus*⁹. El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando en modelos concesionales falla durante la ejecución del contrato el reparto de riesgos pactado⁹. En general, se trata de la obligación de mantener la «equivalencia honesta del contrato administrativo» que funda el derecho del contratista al perfecto restablecimiento de la ecuación financiera del contrato como contrapartida de los poderes de la Administración¹⁰. Además, atendiendo al principio de equidad y buena fe –STS de 27 de octubre de 2009– bien pudiera afirmarse que los hechos imprevisibles que, aun actuando con la debida diligencia, alteran la regla natural del reparto de riesgos rompen la causa del contrato original¹¹. En

9. Me remito a mi trabajo “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, 2016, Cizur Menor, pp. 31-138.

10. Así se ha afirmado expresamente en diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que pueden citarse las de 9 de abril de 1968 (Ar. RJ 1968, 3748), 22 de junio de 1970 (Ar. RJ 1970, 3493), 6 de junio de 1975 (Ar. RJ 19753228), 8 y 27 abril, 25 mayo y 9 diciembre 1976 (Ar. RJ 1976, 2324, RJ 1976, 2407, RJ 1976, 3018 y RJ 1976, 5778), 30 de diciembre de 1983 (Ar. RJ 1983, 6843), de 2 de diciembre de 1988 (Ar. RJ 1988, 9451), 5 de octubre de 2004 (Ar. RJ 2004, 7683), entre otras muchas.

11. desde una interpretación teleológica **se puede justificar que existe ruptura del equilibrio contractual, cuando “el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado”** (tal y como lo califica el Consejo de Estado, entre otros, en su dictamen de 26 de julio de 2001, número de expediente 1075/2001) **con independencia de que “la gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (*factum principis*), bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor”**, continúa afirmando el Consejo de Estado, lo que debe permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario, tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados. En el mismo sentido, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Aragón, para la aplicación de la obligación de reequilibrio

este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 ha admitido la técnica del equilibrio financiero cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obra pública¹². En todo contrato, debe preservarse la “equivalencia de lo pactado”, que no es una modificación de las condiciones de explotación, sino un ajuste de las mismas a una realidad fáctica o jurídica no prevista, que corrige o adapta la regla del *pacta sunt servanda* (estar a lo pactado) y que obliga a, sin alterar la idea del riesgo, limitar éste cuando es claramente desproporcionado para una de las partes. Es, en palabras de M. HAURIOU, un principio de justicia distributiva¹³. Desde esta lógica procedería una interpretación dinámica de los contratos públicos para “adaptar” (que no modificar), desde la lógica del principio civil *rebus sic stantibus*, las prestaciones a un escenario como el actual, claramente imprevisible y alejado de lo que es la concepción ordinaria del riesgo y ventura.

El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, si durante la ejecución del contrato *falla el reparto de riesgos pactado* por causas imprevisibles y no imputables a una falta de diligencia del concesionario¹⁴. En consecuencia, en todo contrato, con independencia de su

«debe existir una desproporción objetiva y evidente, además de extraordinaria y no justificada» (Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón, núm. 52/2013, de 30 de abril de 2013).

12. Sobre este concepto de riesgo y ventura en los contratos públicos es de especial relevancia el trabajo, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949, del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 21950, pp. 83-108.
13. M. HAURIOU, “L’imprevision et les contrats dominés par des institution sociales”, en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, vol. 23.1933, vol. 23, pp. 129 y ss.
14. Teoría del riesgo imprevisible, introducida en Derecho francés por el Arrêt del Conseil d’État de 24 de marzo de 1916, *Compagnie générale d’éclairage de Bordeaux*. En este supuesto, la sociedad concesionaria de dicho servicio estaba ligada al municipio de Burdeos por un pacto formal que, si bien preveía una correlación entre el precio del gas y el del carbón como materia prima, sin embargo fijaba un tope máximo que el precio del gas no podría rebasar en ningún caso. La guerra de 1914-1918 implicó un alza enorme en el precio del carbón, por encima de todo cálculo, hasta el punto de que la compañía concesionaria se vio obligada a declarar que no podría seguir asegurando el servicio en tales condiciones si el municipio no venía en su ayuda. Llevado el asunto ante el Consejo de Estado, éste no sólo no condenó a la compañía concesionaria a continuar el suministro de gas al precio máximo establecido en la concesión, sino que tampoco admitió que el municipio pudiera rescindir el contrato. En lugar de ello, el Consejo de Estado declaró en el célebre *arrêt* de 30 de marzo de 1916 que el municipio de Burdeos tenía el deber de seguir soportando a la compañía concesionaria y, más aún, en el de abonarle una indemnización capaz de compensarla del aumento del precio del carbón, a menos que ambas partes no prefiriesen celebrar un nuevo convenio acordando la elevación del precio de los suministros de gas

naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico¹⁵.

Desde esta perspectiva resulta claramente insuficiente la respuesta dada por el Estado español a través del Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo,

a pagar por los usuarios. El tenor literal de esta importante decisión jurisprudencial, que abrió un camino nuevo en la contratación administrativa, expresa certeramente los términos concretos del conflicto que la teoría de la imprevisión trata de resolver, así como las condiciones precisas en que tal doctrina puede ser legítimamente aplicada. Resulta por ello obligado transcribir aquí uno de sus considerandos:

“Considerando que, como consecuencia de la ocupación por el enemigo de una gran parte de las regiones productoras de carbón en la Europa continental, de la dificultad cada vez más considerable de transporte por mar en razón a la requisita de las naves hecha con motivo de la guerra marítima, ese alza sobrevenida en el curso de la guerra actual en el precio del carbón, que es la materia prima de la fabricación del gas, ha alcanzado una proporción tal que no solamente tiene carácter excepcional, sino que entraña en la fabricación del gas un aumento que sobrepasa ciertamente los límites extremos de aumento que hubieran podido ser previstos por las partes en el momento de contratar; que como consecuencia del curso de las circunstancias indicadas, la economía del contrato se encuentra absolutamente trastocada; considerando que resulta de todo lo anterior que la compañía pretende no poder ser obligada a soportar ningún aumento de precio del carbón por encima de 28 francos la tonelada, siendo esta cifra, según ella, considerada como la correspondiente al precio máximo del gas, previsto en el mercado, y sería por completo excesivo admitir que hay lugar a la aplicación pura y simple del “cahier de charges” (pliego de condiciones), como si se encontrase en presencia de un aspecto ordinario de la empresa; que importa, por el contrario, buscar para poner fin a estas dificultades temporales una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía con ayuda de todos los medios de producción y las condiciones especiales en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal; que a este efecto conviene decidir, de una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido y, de otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de este período transitorio, la parte de las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor más arriba descrita que la interpretación razonable del contrato permita dejar a su cargo; que hay lugar, en consecuencia, anulando la decisión impugnada, a reenviar a las partes ante el Consejo de Prefectura, al cual corresponderá, si ellos no llegan a ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales en las cuales la compañía podrá continuar el servicio, determinar teniendo en cuenta todos los hechos en causa, el montante de la indemnización, a la cual la compañía tiene derecho en razón a las circunstancias extracontractuales, en las cuales ha tenido que asegurar el servicio durante el período considerado”.

15. Y es que como bien indicará el Conseil d'État francés: «*Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión*” (Arrêt Compagnie générale française des tramways, de 21 marzo 1910).

de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, donde se habilita (directamente para la Administración General del Estado y mediante Acuerdo, en su caso, de las Comunidades Autónomas)¹⁶, “una revisión excepcional de los precios de los contratos de obras del sector público” cuando el incremento del coste de los materiales empleados para la obra adjudicada haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante el ejercicio 2021. Y a estos efectos, se considera que existe impacto directo y relevante: cuando tras la aplicación de la fórmula de revisión de precios o la que corresponda conforme al RD 1359/2011, de 7 de octubre, exista un incremento de coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre que exceda del 5% del importe certificado en el ejercicio de 2021.

Previsión insuficiente, porque no se extiende a todos los contratos públicos celebrados y porque habilita una visión “rígida” de lo que sería el principio de “honesta equivalencia de lo pactado”. Máxime cuando Portugal, por un reciente Decreto Ley ha realizado una interpretación más amplia y acorde con lo que son los principios de la contratación pública permitiendo el ajuste de precios a un contexto claramente excepcional. Línea adoptada también previamente por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2022 por el que se adoptan medidas de carácter extraordinario en materia de contratación donde autoriza la revisión de precios también fuera de los contratos de obras: «En el ámbito de la contratación pública, los contratistas se ven forzados a cumplir unas condiciones que suponen asumir pérdidas o abandonar la ejecución de los contratos ante la imposibilidad de hacerse cargo de los incrementos de los costes... El incremento desmesurado de los precios de la energía y de las materias primas ha sido totalmente inesperado y, por lo tanto, imprevisible en el momento de la licitación de buena parte de los contratos vigentes, lo cual pone en riesgo la correcta ejecución del contrato». Igualmente, mejor alineado con la situación, el Decreto Ley 3/2022 de Aragón extiende la revisión de precios también a los contratos de suministros y servicios necesarios para la

16. Previsión un tanto sorprendente, en tanto se considera un precepto no básico (pese a que la revisión de precios en la LCSP lo es) y se permite su “aplicación supletoria” mediante decisión administrativa de las Comunidades Autónomas.

ejecución de la obra pública, de manera que da cabida a los contratos de conservación y mantenimiento de carreteras, a la conservación y mantenimiento de edificios públicos y al suministro de los materiales necesarios (además, se establecen otras medidas complementarias para abarcar todos los problemas surgidos con los contratistas de obras públicas, tales como la posibilidad de sustituir los materiales por otros siempre que no se altere ni la funcionalidad de los mismos ni la seguridad de la obra).

La situación actual, de evidente imprevisibilidad no imputable a la “debida diligencia empresarial”, exige una adaptación de lo pactado en todo contrato público (también en los derivados de la gestión de los fondos NGEU) que adapte –no modifique ni revise– lo pactado para una correcta aplicación del principio de honesta equivalencia. Negar la evidencia fáctica y aplicar la letra de la norma (que no fue pensada para esta situación) puede conducir a un claro efecto distorsionador sobre nuestro tejido productivo, desincentivando inversiones y laminando las expectativas de la mejor y más rápida recuperación económica. Y ello se alejaría del canon de buena administración constitucionalmente exigible.

En el fondo, esta obligación de “reequilibrio” para adaptar el contenido de los contratos públicos se fundamenta en principios generales del Derecho administrativo, como la interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa, el derecho a la buena administración, la seguridad jurídica, la buena fe, la protección de la confianza legítima y la responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial de la Administración Pública¹⁷. Por ello, desde una interpretación teleológica se puede justificar que existe ruptura del equilibrio contractual en la actual situación donde no resulta proporcional una interpretación formal, rigorista y descontextualizada del principio de riesgo y ventura y que puede poner en riesgo los objetivos de recuperación económica, lo que determina la necesidad de adaptar los costes y retribuciones de lo pactado (sin que pueda ser utilizado para alterar otros elementos de la oferta ni limitar riesgos diferentes). Los principios y conceptos del derecho público (que también forman parte del ordenamiento jurídico) dotan de suficiente cobertura esta propuesta interpretativa.

Y, en la medida que supone un evidente esfuerzo presupuestario no previsto para muchos poderes adjudicadores, el Estado, como garante del correcto funcionamiento de la actividad económica, debería habilitar una línea presupuestaria para tal fin (para lo que bien podrían destinarse los mayores ingresos derivados de la actual situación de inflación).

17. Sobre el alcance del principio de confianza legítima es de especial interés el trabajo de S. MUÑOZ MACHADO, “Regulación y confianza legítima”, *Revista de Administración Pública* núm. 200, 2016, pp. 141-172.