

LOS DESAFIOS DE LA CONTRATACION PUBLICA EN EL AMBITO DE LA SALUD: DEL PRECIO AL VALOR

JOSE MARIA GIMENO FELIU

Catedrático de derecho administrativo

Facultad Derecho. Universidad Zaragoza.

Director Observatorio de Contratación pública

IV CONGRESO del Observatorio de Contratación Pública

2-4
NOV
2022

SAN
SEBASTIÁN

PALACIO
KURSAAL



OBSERVATORIO DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA

IVAP
HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA



Universidad
Zaragoza

0

Previo

0. Previo

Se pretende aportar ideas que permitan superar a inercias o conceptos interpretados formalmente. Conviene analizar como debe funcionar la regulación de la compra pública de salud. Frente a posturas economicistas vinculados a una filosofía de reducción del gasto se propone un nuevo modelo que, pivotando sobre el paciente, y nos obre la organización pública, ponga especial atención al valor, garantizando, por supuesto, transparencia y rendición de cuentas.

0. Previo

En especial se postula un nuevo modelo de provisión de medicamentos que proteja el nivel óptimo de calidad frente al elemento precio y donde, además de ciertas “singularidades”, son posibles soluciones diferente a la contratación pública en competencia.

LO QUE INTERESA ES EL MEJOR RESULTADO DESDE LA PERSPECTIVA DEL PACIENTE Y NO AHORROS PRESUPUESTARIOS

0. Previo

La compra pública en el marco del Sistema Nacional de Salud debe permitir preservar las notas de sostenibilidad financiera **como la equidad del modelo, lo que exige una visión transversal del “mercado público de la salud”** que se aleje de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial.

El “ahorro” en la compra de servicios y suministros sanitarios debe contribuir a mantener e incluso a ampliar la cobertura, no a erosionar su calidad y sostenibilidad.

0. Previo

“Sólo el necio confunde valor y precio”.

Francisco de Quevedo

1

Contexto de la contratación pública

1. Contexto de la contratación pública

El sector de los contratos públicos en el ámbito salud es de máxima actualidad por los retos de la pandemia y la recuperación económica.

VENTANA DE OPORTUNIDAD PARA:

- a) Romper con la idea de “siempre se ha hecho así”.**
- b) Evitar la tendencia a la autocomplacencia y la estricta visión “administrativa”.**
- c) Pensar en el resultado como inversión y no en la adquisición como gasto**

1. Contexto de la contratación pública

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...**- como por sus fortalezas para servir de escudo jurídico para proteger derechos económicos y sociales.

2. Contratación pública como estrategia

La actual normativa europea (y española) permite un cambio de “cultura” que habilite una gestión diseñada desde la estrategia y no desde la burocracia: (“Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”). 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.

2. Contratación pública como estrategia

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

2. Contratación pública como estrategia

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 procedimientos de contratación pública”. (negrita nuestra).

2

COMPRA PUBLICA Y SALUD

3. La contratacion publica en el ambito salud: contexto

En todo el mundo los sistemas sanitarios afrontan importantes desafíos clínicos y económicos, puestos en evidencia por la pandemia COVID-19. Esto obliga a una **revisión del modelo –no mera actualización– para conseguir mejor calidad y mayor eficiencia.**

De no afrontarse de forma adecuada, este contexto puede socavar el crecimiento y el desarrollo globales. Los objetivos de mejora de los resultados clínicos, ampliación del acceso a los tratamientos y la optimización de costes y eficiencia son fundamentales para todos los sistemas sanitarios

3. La contratacion publica en el ambito salud: contexto

Los servicios de asistencia sanitaria, como servicios de interés general, deben responder a los principios de universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad de las prestaciones, transparencia y calidad. Resultándoles también de aplicación el Protocolo núm. 26 del Tratado de Lisboa que declara que «las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros, para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico» (art. 2). **Luego, los Estados son competentes para organizar sus servicios sanitarios determinando el grado de protección de la salud pública que pretenden garantizar y la manera de alcanzarlo (art. 168.7 TFUE).**

3. La contratacion publica en el ambito salud: contexto

Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública”. (negrita nuestra).

“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),

3. La contratacion publica en el ambito salud: contexto

PIDE 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.

3. La contratacion publica en el ambito salud: contexto

*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;*

3. La contratacion publica en el ambito salud: contexto

PIDE 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.

3. La contratacion publica en el ambito salud: contexto

Los fondos NEXT GENERATION tienen como pilar:

e) **La salud y la resiliencia económica**, social e institucional, incluso con miras a aumentar la capacidad de reacción y la preparación ante crisis;

La rapidez en su implementación es importante, pero lo principal es obtener la **mayor rentabilidad** de estos fondos como inversión.

3. La contratacion publica en el ambito salud: contexto

*Uno de los pilares de los fondos europeos next generation es el referido a “**La salud y la resiliencia económica, social e institucional, incluso con miras a aumentar la capacidad de reacción y la preparación ante crisis**”. Para lo que España acaba de aprobar el PERTE denominado [Para la Salud de Vanguardia](#), que desarrolla el proceso de promoción y protección de la salud sustentado en el desarrollo e incorporación de productos, procedimientos innovadores y soluciones digitales que añaden valor.*

3. La contratacion publica en el ambito salud: contexto

*La compra pública en salud **NO PUEDE OLVIDAR:***

***a) ¿Con quien se compra?** La política europea de relocalización de empresas en el ámbito salud y medicamentos. **NO OLVIDAD EL FACTOR GEOPOLITICO** (Reglamento (UE) 2022/1031, ICI).*

***b) La sostenibilidad social y ambiental ES PARTE ESENCIAL en la compra pública en salud.** Tener en cuenta la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en ingles para “Environmental, Social and Governance”) promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)*

4. La atención sanitaria y la compra pública: el carácter “singular”

La atención sanitaria –la salud, en suma– no es una materia que deba estar sometida en todo caso al principio de tensión competitiva. Los objetivos de mejorar los resultados clínicos, ampliar el acceso a los tratamientos y optimizar costes y eficiencia son fundamentales para **todos los sistemas sanitarios**. Para ello, es necesario un cambio de cultura colaborativa entre empresas, hospitales y administraciones públicas para diseñar nuevos modelos de atención sanitaria basados en el valor, mediante procesos integrados capaces de incorporar nuevas tecnologías y soluciones innovadoras capaces de brindar mejores resultados a los pacientes y, al mismo tiempo, mantener o reducir los costes preservando la sostenibilidad del SNS.

4. La atención sanitaria y la compra pública: el carácter “singular”

El Derecho a la Salud implica un mayor esfuerzo presupuestario de inversión y otra perspectiva en la consecución de mejores resultados: el énfasis no debe estar en la asunción como gasto, sino en las inversiones que pueden rendir más que un recorte de costes en la atención sanitaria o en la reducción de precios a los proveedores.

La nueva era de la asistencia sanitaria es una realidad que obliga a replantear nuestro modelo público de “compra de salud”.

4. La atención sanitaria y la compra pública: el carácter “singular”

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 el principio tradicional de tensión competitiva inherente al mercado ordinario de los contratos públicos.

En la situación actual, en la que la crisis provocada por el COVID-19 aconseja obtener conclusiones **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 valor añadido.

4. La atención sanitaria y la compra pública: el carácter “singular”

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 producción.

4. La atención sanitaria y la compra pública: el carácter “singular”

Resulta de especial interés que las condiciones, especificaciones o criterios de adjudicación contribuyan a determinar o valorar las características del producto, aunque no sean “visibles” (no siempre es necesario que genere una ventaja económica directa para el poder adjudicador).

Y para ello tampoco hay que desconocer el entorno, caracterizado, en la salud, por el envejecimiento, la cronicidad de las patologías, la presión presupuestaria (de especial intensidad en épocas de crisis) y la innovación disruptiva.

4. La atención sanitaria y la compra pública: el carácter “singular”

El derecho a la salud resulta prevalente al de mejor eficiencia económica.

Las exigencias de calidad en las prestaciones sanitarias aconseja abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas, en términos de valor, de distintas experiencias, como la del sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario al criterio de Value-Based Health Care (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por volumen o procedimiento (fee-for-service) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, que puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles.

5. La creación de valor en los servicios sanitarios como nueva cultura contractual

La creación de valor en salud (VBHC) debe ser parte de la estrategia de la contratación pública, armonizando tanto el valor clínico de las innovaciones terapéuticas promovidas por la industria, como un valor económico para el propio sistema sanitario. De este modo, cada producto o servicio de salud que se adquiriera ha de proporcionar también un beneficio económico que puede consistir en mayor eficiencia, reducción del gasto para los sistemas sanitarios o la ampliación del acceso a las terapias para más pacientes que se puedan beneficiar de ellas

5. La creación de valor en los servicios sanitarios como nueva cultura contractual

Pensar **en clave de “rentabilidad”**: ¿que tipo de contrato? Suministro o servicios o concesión? **¿y por qué no un modelo de renting de servicios de salud?**

¿Que plazo? **¿Se puede transferir riesgos o son viables modelos de riesgo compartido que aseguran mayor calidad?**

Pensar ventajas en la ejecución que reportan calidad o eficiencia o “cierta innovación”.
¿Debo agregar la demanda? ¿Es mejor la compra centralizada? ¿Se pueden hacer lotes?

6. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor

El sistema de retribución vinculado en el ámbito sanitario al criterio de *Value-Based HealthCare* o de riesgos compartidos, pueden ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles. La utilización de un sistema de retribución vinculado en el ámbito sanitario al modelo del *Value-Based HealthCare*, que pasa no sólo por medir los resultados, sino por medir correctamente las cosas correctas, supondría abandonar en algunos casos el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) a favor de un modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, lo que puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles como son las sanitarias.

Las experiencias prácticas ya consolidadas validan este modelo de gestión de la salud que fija la atención (valor) en el paciente.

5. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor

Los poderes públicos deben poder adquirir los servicios sanitarios y los medicamentos en función de la mejor relación entre calidad y precio, conforme a la fórmula habitual de *value for money*, con la finalidad de “acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo”, como señalase DENING al establecer sus máximas para una óptima gestión empresarial. Máxime en un mercado como el farmacéutico, de precios regulados. Donde incluso es posible la inaplicación de las reglas de contratación pública, como en el citado sistema “open-house” utilizado en Alemania para seleccionar el precio de medicamentos reembolsables sin seleccionar un proveedor único.

5. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor

El valor en la adquisición de productos o tecnología sanitaria puede ir más allá de los criterios ordinarios en la compra pública. **De hecho las Directivas prevén un régimen singular de contratación en servicios a las personas en el ámbito salud!!**

La creación de valor en salud (VBHC) debe ser parte de la estrategia de la contratación pública, armonizando tanto el valor clínico de las innovaciones terapéuticas promovidas por la industria, como un valor económico para el propio sistema sanitario.

La adquisición de valor aconseja migrar del tradicional contrato de suministros al contrato de servicios que frente a la adquisición de cosas permite la compra de soluciones y de innovación al sistema.

5. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor. El elemento subjetivo

Se podrá exigir una cualificación subjetiva especial que acredite la experiencia, calidad y disponibilidad de medios adecuados para cumplir con la prestación. En concreto, se utilizarán indicadores medio ambientales, de entorno social y de buen gobierno (**indicadores ESG**) como requisito de admisión de las empresas contratistas.

Se podrá exigir como requisito de admisión que las empresas acrediten la posesión efectiva de medios y experiencia para la satisfacción de las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios y la corresponsabilización respecto de los usuarios, así como las soluciones de innovación que aporten mayor valor añadido al servicio.

5. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor. Los criterios de adjudicación

Como indicase M. PORTER, la mejora en cualquier campo **requiere medir los resultados**, un principio bien conocido de gestión, lo que aconseja medidas rigurosas de valoración de resultados o “outcomes” y de costes, para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato.

En esta línea, **contratos con riesgo compartido permiten eliminar las disfunciones existentes** sobre efectividad de resultados terapéuticos y el precio satisfecho por servicios sanitarios que no han aportado mejoras.

5. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor. Los criterios de adjudicación

Se debe **INSISTIR** como criterio de adjudicación para determinar la oferta con la mejor relación calidad-precio, al mayor valor añadido de la oferta desde la perspectiva de calidad y de garantía de continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad de los servicios.

El **precio** tendrá un carácter accesorio y no podrá valorarse la oferta que no supere el umbral mínimo que se deberá fijar en el pliego para **los aspectos técnicos y cualitativos**. A efectos de adjudicación, la ponderación prevista para tales aspectos no podrá ser en ningún caso inferior al cincuenta por ciento.

5. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor. Los criterios de adjudicación

DIFERENTES criterios de adjudicación que valoran calidad:

- a) un Plan de Gestión en el que, más allá de los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas, se valoren elementos como la determinación de objetivos asistenciales;
- b) los mecanismos para posibilitar la participación de los profesionales en la gestión;
- c) las estrategias de mejora de la gestión y prestación de los servicios;
- d) las políticas de coordinación y potenciación del trabajo en red con otros dispositivos asistenciales;
- e) los planes para mejorar la respuesta a la demanda no urgente de servicios y resolver situaciones de incremento de la demanda y la atención domiciliaria;

5. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor. Los criterios de adjudicación

DIFERENTES criterios de adjudicación que valoran calidad:

- f) los programas de atención a colectivos socialmente vulnerables, y los programas de promoción de la salud, los programas docentes y los programas de investigación;
- g) la implicación y la corresponsabilización respecto de los usuarios, así como las soluciones de innovación que aporten mayor valor añadido al servicio, elementos todos ellos en relación con los servicios objeto del contrato.
- h) el impacto del servicio/producto desde la perspectiva de descarbonización, valorando en positivo procesos de energías renovables y de economía circular (hacia la neutralidad climática en el ámbito salud)

6. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor y su encaje en la LCSP

Un modelo de contrato de servicios centrado en la idea de valor en la salud puede ayudar a una atención que mejore los resultados clínicos al tiempo que reduzca los gastos generales.

La LCSP de 2017 ha introducido importantes novedades que habilitan una nueva forma de contratar alejada de principios economicistas simples, apostando claramente por la calidad, lo que se alinea con el objetivo de creación de valor en el ámbito de las prestaciones sanitarias.

La opción de los artículo 29 LCSP sobre los plazos del contrato vinculado a la amortización, del artículo 99 sobre delimitación del objeto o el artículo 102 sobre retribución facilitan un nuevo de adquisición de soluciones (o procesos) y no de productos que pivota sobre los resultados.

3

Compra pública de salud y distribución competencial en España

1. La contratación pública en Europa

El proceso de transposición de la Directiva europea sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014) a la legislación interna, permite diseñar a los Estados (y, por ende, a las Comunidades Autónomas) un nuevo marco regulatorio alejado del tradicional modelo de contratación pública, pues los artículos 76 y 77, de alcance potestativo para los Estados, habilitan tanto la reserva de contratos como un régimen singular en el ámbito de la salud y de los servicios sociales en servicios a personas (y de educación).

Se permite incluso que haya NEGOCIOS JURIDICOS EXCLUIDOS. El considerando 4 de la Directiva 2014/24 afirma que “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” (pone como ejemplo las licencias de medicamentos).

1. La contratación pública en Europa

El origen europeo de la normativa en modo alguno impone la centralización en la toma de decisión política de a dónde y con qué fines se van a dirigir. Y es que, como es sabido, el derecho europeo es neutro en relación al modelo de toma de decisiones políticas (en que niveles o multiniveles) que adopta cada Estado (En la STC 252/1988, se afirmaba que el derecho comunitario no puede operar como parámetro para elucidar los conflictos competenciales internos, de tal suerte que éstos habrán de resolverse a la luz de la distribución competencial efectuada por el bloque de la constitucionalidad)

Parece oportuno delimitar el significado de la gestión sanitaria pública y de los servicios sociales, así como el alcance de la colaboración con el sector privado (mediante técnicas contractuales u otras) y los límites europeos y nacionales al respecto, en tanto se prestan servicios «dirigidos a ciudadanos» y vinculados a prestaciones básicas que forman parte del «núcleo» del Estado social.

2. Distribucion competencial

El artículo 149.1.18 de la Constitución es el que sirve de título competencial para que el Estado aborde la materia de contratación administrativa al reconocerle competencia exclusiva en materia de contratación y concesiones administrativas. Por tanto, a partir de la competencia estatal exclusiva sobre la legislación básica de contratos, se reconoce a las Comunidades Autónomas la de dictar normas de desarrollo en el espacio definido por aquellas (STC 68/1988, de 19 de abril) y su ejecución. Según expresó la STC 142/1983, de 20 de mayo, las Bases vienen “a determinar lo que es competencia estatal y a definir al mismo tiempo el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma la competencia asumida en su Estatuto”.

El concepto constitucional de bases tiene una doble dimensión, formal y material.

2. Distribucion competencial

El núcleo duro de las normas que merecen el calificativo de lo básico de la contratación pública son las disposiciones generales, los elementos estructurales y los procedimientos de selección y adjudicación de contratos (materias, que, por cierto, tienen directo fundamento comunitario). También serán básicas las normas que regulan el régimen jurídico de los contratos calificados como administrativos. Así, por contra, no tendrán carácter de básico en modo alguno las cuestiones de organización administrativa y de gestión contractual (incluyendo las relativas a preparación del contrato ligadas a éstas).

NO HAY COMPETENCIA ESTATAL EX 149.1 18 SI NO HAY CONTRATO PUBLICO. Es incuestionable, desde la lectura de la LCSP, que es competencia autonómica exclusiva la regulación de los contratos que no tengan consideración de administrativos -con salvedad de las prescripciones derivadas de los contratos calificados como armonizados al ser de umbral de Directiva.

2. Distribucion competencial

Se puede afirmar que el Derecho europeo de los contratos públicos es límite, pero también título suficiente para entender que una normativa autonómica que no contravenga el derecho comunitario en su desarrollo no puede contravenir ninguna competencia del Estado.

La reciente STC 68/2021 recuerda que la ejecución del Derecho europeo «corresponde a quien materialmente ostenta la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que "no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario" (SSTC 236/1991 y 79/1992)» (STC 141/1993, FJ 2). **Y la competencia en salud descansa PRINCIPALMENTE, en las Comunidades Autónomas.**

El sistema andaluz, examinado desde la perspectiva de la distribución constitucional de competencias, fue sido considerado conforme a la Constitución en las sentencias del Tribunal Constitucional 210/2016, de 15 de diciembre, y 7/2017, de 19 de enero), pues no habría invadido la competencia estatal.

2. Distribucion competencial

El Tribunal Constitucional ha considerado que la materia de la dispensación de medicamentos se enmarca en la regulación sobre sanidad, materia en la que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen competencias concurrentes. El Estado debe preservar la existencia de una regulación uniforme mínima para todo el territorio, pero las Comunidades Autónomas pueden regular sobre la misma, mejorándola, siempre que no se contravengan las exigencias impuestas por el llamado principio de solidaridad. Basándose en dicho principio, la argumentación del Alto Tribunal se centró en determinar si el establecimiento del sistema de la subasta andaluza suponía una modificación del sistema de dispensación previsto en la Ley de garantía del medicamento y se traducía en una restricción del ámbito objetivo de dispensación de los medicamentos en una parte del Estado.

En palabras de López Guerra (1988, p. 87) el Estado no puede habilitar “esferas” paralelas. Y esto es lo que ha sucedido en la práctica en materia de compra pública en ámbitos de servicios sociales o salud.

2. Distribucion competencial

Parece competencialmente viable, conforme al principio dispositivo, que las Comunidades Autónomas adopten estrategias normativas que den adecuada respuesta a las exigencias de las Directivas de contratación pública, para lo que debe servir de parámetro interpretativo la jurisprudencia que el TJUE ha venido dictando en los últimos años que ha conformado un derecho pretoriano.

La propia LCSP, de conformidad con las previsiones europeas expuestas, anticipa la opción de que los poderes públicos (no órganos) puedan, siempre dentro de su ámbito competencial, claro, regular estas fórmulas no contractuales de prestación de servicios sociales a las personas. Lo que, desde la lógica de distribución competencial supone que son las Comunidades Autónomas, de conformidad con las previsiones estatutarias, quienes tienen la opción de desarrollar (obviamente, por Ley), un modelo como el descrito. –lo que se admite en la Disposicional 49 LCSP).

2. Distribucion competencial

Interesa recordar que la propia Exposición de Motivos LCSP indica que:

“debe señalarse que los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por **ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación**”.

Estas condiciones se cumplen, por ejemplo, con la Ley Foral 2/2018 de Contratos Públicos (si no hay contratación pública sino decisión organizativa no alcanza el artículo 149.1.18 CE)

2. Distribucion competencial

La competencia del Estado no es exclusiva ni puede erosionar títulos competenciales de las Comunidades Autónomas.

El Derecho europeo de la contratación pública es, en esencia, las Bases de la contratación pública. O, si se prefiere, no hay incumplimiento de mandatos básicos cumpliendo las exigencias europeas. El Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia sobre esta materia, asimila el contenido básico a los principios y garantías comunitarios, que implica para la Comunidad Autónoma el deber de adecuar su competencia a los mismos, al transponer la normativa, lo haga o no el Estado por medio de leyes de bases.

2. Distribucion competencial

A efectos del ejercicio de la competencia propia de la Comunidad de Autónoma, su referencia sustancial son los principios y objetivos del Derecho comunitario que son, a su vez, los principios de la legislación básica estatal. Parece competencialmente viable, a la vista de los preceptos estatutarios mencionados, que las Comunidades Autónomas adopten estrategias normativas que den adecuada respuesta a las exigencias de las Directivas de contratación pública, para lo que debe servir de parámetro interpretativo la jurisprudencia que el TJUE.

CONCLUSIONES Y EPILOGO

1. La contratación pública en el ámbito de la salud:

conclusiones

Con estas reflexiones se pretende contextualizar de forma adecuada el debate político y técnico sobre el aprovisionamiento en el Sistema Nacional de Salud, pues 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 medicamentos**. 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.

1. La contratación pública en el ámbito de la salud: conclusiones

En la indiscutible misión de mejorar la salud individual y colectiva, es incuestionable el potencial de la tecnología actual y los nuevos servicios farmacéuticos, tanto a corto como a largo plazo, obligando a adoptar una más moderna mentalidad, centrada en el paciente con el aprovechamiento de la experiencia y la aplicación necesarios para marcar la diferencia para los pacientes, los proveedores y los sistemas sanitarios en su conjunto.

La compra de salud y su correcta estrategia (no siempre será contrato público) obliga a repensar la forma de gestión.

1. La contratación pública en el ámbito de la salud: conclusiones

En la interpretación de la Ley de Contratos del Sector Público hay que poner el acento en 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 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.

1. La contratación pública en el ámbito de la salud: conclusiones

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

1. La contratación pública en el ámbito salud: conclusiones

La LCSP posibilita ya esta nueva “lectura” innovadora de cómo adquirir medicamentos o servicios de tecnología sanitaria, ya sea como negocio excluido, ya lo sea como un **proceso** -que pivota sobre el paciente (y no sobre la gestión de la organización)- migrando del contrato de suministros a un moderno contrato de servicios digitalizado (con capacidad de “medir”), **con un MODELO QUE ATIENDE AL VALOR y con plazos largos que garanticen predecibilidad** (no puede desconocerse la complejidad de producción de ciertos medicamentos y en especial de las vacunas).

1. La contratación pública en el ámbito salud: conclusiones

Esta “**relectura**” exige un cambio de mentalidad de los distintos actores implicados para abandonar la práctica del precio más bajo como factor determinante para la selección de un único proveedor y **avanzar hacia un modelo multi-criterio, apoyado en el valor, y multi-adjudicatario**, donde la decisión final se debe compartir entre el gestor público y el médico prescriptor con la mirada final en el paciente y su mejora atención.

1. La contratación pública en el ámbito de la salud: conclusiones

No se trata de “privatizar” la salud como derecho subjetivo de los ciudadanos, sino de mejorar la calidad “sumando” a la empresa privada, lo que permite alinear el valor tanto en interés del socio privado como del sistema sanitario y “caminar más lejos todos juntos”. Esta propuesta descansa en 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.

Sin “privatizar” el modelo se puede optimizar la atención, reducir el gasto y reinyectar tiempo y dinero al sistema de salud.

Un modelo de contrato de servicios centrado en la idea del valor en la salud puede ayudar a una atención que mejore los resultados clínicos (excelencia) al tiempo que reduce los gastos generales (sostenibilidad).

1. La contratación pública en el ámbito de la salud: conclusiones

Especial repercusión ha de tener el internet de las cosas (IoT) en el ámbito sanitario, que ha de permitir que la asistencia sanitaria sea más eficiente, rápida y concreta y que los profesionales de la salud puedan extraer datos de dispositivos médicos, aplicaciones móviles e incluso chips integrados en nuestros cuerpos para ayudar a diagnosticar la salud del paciente de manera más rápida. Los datos clínicos agregados ayudan a llenar los vacíos en la memoria de eventos de los pacientes.

La postcrisis sanitaria es la oportunidad para impulsar este modelo.

1. La contratación pública en el ámbito de la salud: conclusiones

Hay que impulsar una transición “no ruidosa” hacia esta nueva **gobernanza de la contratación pública** que supere la “presión política” **de hacer más por menos y a corto plazo**. Y de avanzar, por tanto, a una forma distinta de hacer contratación pública, que se cimiente en una adecuada planificación, la calidad de la prestación (y de su resultado), una eficaz cooperación interadministrativa, una innovadora visión del procedimiento en cuanto a su función y objetivos –con la calidad como paradigma irrenunciable– pensado en el mejor cumplimiento del fin público, que es la causa del contrato. Y, sobre todo, a **una nueva cultura de la “colaboración público-privada” basada en la lógica del *win to win*** que permita alinear el valor en interés del “socio privado” y del sistema sanitario.

1. La contratación pública en el ámbito de la salud: conclusiones

El interés general, como causa del contrato, puede aconsejar soluciones jurídicas distintas a las “ya tradicionales” en la adquisición de los modelos de salud (en especial de medicamentos) 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).

2. Epilogo reflexivo

Todos los participantes del sistema sanitario tienen una función que desempeñar y deben implicarse en este proceso de cambio: trabajando conjuntamente se podrían alcanzar mejores resultados en la salud de los pacientes y preservar la sostenibilidad financiera del sistema público de salud. Lo importante, lo definitivo, es que en la decisión que se adopte prevalezca la idea del nivel óptimo de gestión.

2. Epílogo reflexivo

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.

La sostenibilidad, como concepto paraguas, debe ser la nueva brújula: la incorporación de los criterios ESG.

2. Epilogo reflexivo

Hoy se necesita una visión transversal del “mercado público de la salud” que se aleje de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial.

Se confunde el procedimiento con el fin y se imponen “rutinas” sin valorar su impacto efectivo sobre la salud real. Los retos derivados de la gestión de los fondos *next generation* son la oportunidad para migrar del modelo formal del procedimiento a un modelo que ponga el foco en el proyecto y sus resultados.

2. Epilogo reflexivo

El nuevo enfoque sobre la salud -especialmente impulsado como consecuencia de la pandemia- implica un **mayor esfuerzo presupuestario de inversión y otra perspectiva en la consecución de mejores resultados**: el énfasis no debe estar en la asunción como gasto y sino en las inversiones que pueden rendir más que un recorte de costes en la atención sanitaria o en la reducción de precios a los proveedores. **SIN OLVIDAR EL OBJETIVO DE CERO EMISIONES EN SALUD!!!**

2. Epilogo reflexivo

Una contratación pública de salud que articule de forma armónica 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).

**CAMBIAR DEL PROCEDIMIENTO (expediente administrativo)
AL PROCESO (proyecto y resultados).**

2. Epilogo reflexivo

Debemos saber que camino elegir tal y como Alicia, la del país de las maravillas del famoso cuento de Lewis Carroll, al preguntar al gato de Cheshire en un cierto punto qué camino debía tomar la respuesta que se le da es que *“Eso depende mucho del lugar adonde quieras ir. Si no sabes adónde quieres ir, no importa qué camino sigas”*. El camino a donde debemos ir no es la burocracia sino la estrategia. Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión. En ello va el futuro de un derecho público que piensa en las personas (y en la transformación) y no en los privilegios ni en el inmovilismo del “siempre ha sido así”.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

bibliografía

José María Gimeno Feliu y Gerardo García-Alvarez, Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor, Aranzadi, 2020

José María Gimeno Feliu, “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”, Congreso internacional: el desafío de la recuperación y el papel de la contratación(Dir.), Aranzadi, 2022, pp. 35-70.

José María Gimeno Feliu, “La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema” en la Revista española de Derecho Administrativo núm. 202, 2019, pp. 325-340.

Gerardo García-Alvarez, “Regulación y compra pública de medicamentos”, Revista Española de Derecho Administrativo núm. 205, 2020, pp. 61-96.

José María Gimeno Feliu, “El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, Revista General de Derecho administrativo núm. 59, 2022.

1. La calidad en la contratación pública como nuevo paradigma. El contexto de los fondos europeos como elemento para el bing bang
2. Los retos de futuro de la contratación pública: Los ODS y la experiencia de la pandemia
3. La adquisición anticipada de vacunas para la COVID-19: una opción distinta a la contratación pública “ordinaria”
4. Las fronteras del contrato público: el caso de la adquisición de medicamentos
5. Retos de la contratación pública en el ámbito de la salud: Hacia un nuevo modelo de valor y eficiencia que pivote sobre el paciente
6. La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema
7. Hacia la compra pública socialmente responsable

1. [El informe trienal de la JCCPE sobre la contratación pública en España 2018-2020 y la contratación social y estratégica](#)
2. [La confidencialidad en la fijación de precios en el SNS y en la compra pública de medicamentos](#)
3. [La planificación, asignatura pendiente en la cultura de una buena gestión de la contratación pública](#)
4. [Las adquisiciones conjuntas de productos médicos en la estrategia europea de lucha contra el Covid-19](#)
5. [El principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente \(conocido como "DNSH"\) y su impacto en la gestión contractual de los fondos Next Generation](#)
6. [Oportunidades para afrontar el COVID-19 y crisis similares a través de la Compra Pública de Innovación - una perspectiva legal y económica -](#)
7. [Blockchain, Administración y contratación pública](#)
8. [La figura del "concierto social" tras las Directivas europeas de contratación pública](#)
9. [¿Es posible la incorporación del comercio justo a los contratos públicos?](#)
10. [Reflexiones sobre la transparencia y la integridad en contrataciones relacionadas con el Covid-19](#)
11. [La imposición de límites para el acceso a los contratos públicos por parte de licitadores, bienes y servicios de países terceros: evitar la "competencia desleal" para reforzar el mercado interior](#)
12. [Próximos recursos de casación que afectan a la contratación pública](#)

Muchas Gracias por su atención



Dr. José María
Gimeno Feliu

Catedrático de
Derecho Administrativo

Mail: gimenof@unizar.es
www.unizar.es/gimenof



GRUPO DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN
MIGUEL SERVET OFTALMOLOGÍA



Instituto de Investigación
Sanitaria Aragón



OBSERVATORIO DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA



Universidad
Zaragoza