

Contratación pública y buena administración: un cambio de paradigma*

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU**

*Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza (España)*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA PREMISA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA ACTUACIÓN PÚBLICA MODERNA. II. CONTEXTO DE UNA NUEVA CULTURA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: INVERSIÓN, CALIDAD Y RESULTADO *VERSUS* AHORRO PRESUPUESTARIO Y PRECIO. III. HACIA UNA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA «GLOBAL» SOSTENIBLE ALINEADA CON LA BUENA ADMINISTRACIÓN. IV. POR UNA ECUACIÓN DE LA INTEGRIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN. LA PREMISA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA ACTUACIÓN PÚBLICA MODERNA

La nueva realidad jurídico-económica exige de los poderes públicos una visión estratégica en un contexto económico globalizado donde las decisiones públicas deben, por lo demás, adecuarse a las reglas sectoriales y

*. Trabajo realizado en el grupo de investigación reconocido por el Gobierno de Aragón ADESTER (Derecho Administrativo de la Economía, la Sociedad y el Territorio), proyecto S22_23R (BOA n.º 80 de 28/04/2023) y el proyecto de investigación PID2019-109128RB-C21: La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza.

** ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6760-9222>.

alinearse con exigencias del derecho a una buena administración, como bien viene argumentando desde hace tiempo el profesor J. PONCE¹. Esta perspectiva del buen gobierno obliga, como recuerda el profesor J. RODRIGUEZ ARANA, a superar la estricta visión «administrativa» de la actuación pública², que debe dejar paso a una visión moderna que pivota en el resultado y que diseña las decisiones públicas económicas en clave de inversión y no como gasto. Toda administración pública moderna, que, insistimos, 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 pública³. Y como finalidad principal, se pretende una mayor seguridad jurídica⁴, a la vez que eliminar cualquier «burocracia innecesaria»⁵.

En el siglo XXI la función del derecho público y de la contratación pública (cada vez más globalizada⁶) debe reformularse como herramienta para

1. Por todos, entre sus trabajos, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, 2001. *Ibidem*, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Universidad Alcalá de Henares (UAH), 2019. En la doctrina, también T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, «El derecho a una buena administración en la sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019», *Revista de Administración Pública* n.º 209, 2019, pp. 247-257 y J.A. MORENO MOLINA, *El derecho a una buena administración*, Ed. Universidad Castilla La-Mancha, 2022.
2. J. RODRIGUEZ ARANA, *El buen gobierno y la buena administración de Instituciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
3. En materia de contratación pública se constata un permanente movimiento normativo de la LCSP si bien se aprecia una clara petrificación interpretativa que impide una correcta gestión contractual. *Vid.* J.M. GIMENO FELIU, «El “eterno” viaje normativo de la contratación pública: tendencias y aspectos prácticos». *Revista electrónica Observatorio de la Contratación Pública*, febrero 2023.
4. Sobre el problema general de la seguridad jurídica en nuestro sistema jurídico es referente la monografía de J. BERMEJO VERA *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Madrid, 2005.
5. *Papeles y papeleo* (ediciones *El Cronista* 2015) es el título, de por sí elocuente, del profesor italiano Luciano Vandelli, que analiza, a lo largo de la literatura, el rol de la burocracia y su evolución en la Administración pública. El papel, el papeleo innecesario, han sido referencias con las que el ciudadano ha tenido que relacionarse con la Administración, que ha encontrado en reglas y trámites formales claramente innecesarios un argumento (y argumentarios) para hacer del procedimiento administrativo una carga y no una garantía ligada al derecho a buena administración.
6. A respecto es de especial interés las reflexiones contenidas en la obra colectiva dirigida por E. DIAZ BRAVO y J.A. MORENO MOLINA, *Contratación Pública Global: Visiones*

implementar políticas públicas tan relevantes como la protección del medio ambiente (también la adecuada alineación con los objetivos ODS⁷) por lo que conviene alguna serie de reflexiones de alcance global –pues los objetivos a favor de la sostenibilidad, social y ambiental, son, como indica el papa Francisco, una cuestión global (y sin fronteras)– que permitan impulsar y facilitar una correcta gestión pública, lo que aconseja determinar **la estrella polar que oriente y facilite la navegación de contratación pública estratégica**⁸. Una contratación pública que, en todo caso, debe estar al servicio de la ciudadanía y que por ello debe pensar en valor y resultados⁹.

Asimismo, transparencia, rendición de cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura de la gobernanza pública económica (y de la contratación pública global) en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética¹⁰. Brújula que señala como norte una visión estratégica y horizontal de planteamientos excesivamente burocráticos o formales y postulados meramente economicistas¹¹. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en cómo utilizar de la mejor manera los

Comparadas, Tirant lo Blanch, 2020. Y en especial, como precursor y referente el trabajo de J. RODRIGUEZ ARANA, «Los principios del Derecho Global de la contratación pública». Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, n.º 66, 201, pp. 29-54.

7. Sobre los ODS y la contratación pública, por todos, J.M. GIMENO FELIU, «La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción», en libro colectivo dirigido por J. Esteve Pardo *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local n.º 32, Fundación y Democracia Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 67-100.
8. Me remito a J.M. GIMENO FELIU, «Reflexiones sobre la aplicación de la normativa contratación pública en España: en búsqueda de la estrella polar», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2022*, Aranzadi, Cizur menor, 2023, pp. 17-48.
9. En este contexto se alinean, por cierto, varias de las propuestas de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, aprobada por la OIResCon el 28 de diciembre de 2022, en tanto se pretende impulsar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación, mejorar la transparencia y la integridad (prevención de la corrupción) o, promover un modelo que ponga en valor la calidad de la prestación como elemento que en muchas ocasiones resulta irrenunciable de la gestión del contrato y manifestación concreta del principio de eficiencia y control del gasto.
10. Justicia social (que forma parte del artículo 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del artículo 9.2 CE. Basta recordar como ya en 1944 la importante Declaración de Filadelfia (actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo) declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social.
11. Así lo indicaba ya en mi estudio *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 18.

procedimientos y técnicas de regulación para preservar la mejor calidad en la prestación de los «servicios públicos» desde esta lógica de los ODS, que son también brújula ética del sector privado. Frente a empresas que ponen el acento en una estricta visión mercantil que vincula el éxito al mayor beneficio, existen cada vez un mayor número de organizaciones empresariales que hacen de la responsabilidad social corporativa su principal identidad, fijando su éxito más allá de la lógica del mayor rendimiento económico (y sin atajos fiscales o de corrupción), vinculando su propia justificación al compromiso social, tal y como sucede con muchas empresas del tercer sector. Una sociedad que tenga clara la dirección ética debe reconocer y poner en valor esta forma de gestión empresarial, fomentando las relaciones con estas frente a empresas «especuladoras».

II. CONTEXTO DE UNA NUEVA CULTURA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: INVERSIÓN, CALIDAD Y RESULTADO *VERSUS* AHORRO PRESUPUESTARIO Y PRECIO

La contratación pública, pese a la trascendencia económica, social y política no parece que (al menos en España) se busque en el cielo de las estrellas un elemento de referencia, percibiéndose que en la «navegación española en el océano de los contratos públicos» no existe una estrella polar que sirva de guía universal con lo que, en unas aguas donde la burocracia y sus trámites innecesarios (motivada en el «siempre ha sido así») o la inercia a comprar a precio más bajo sin contrastar calidad ni efectividad de la prestación, a modo de la sirenas en el viaje de Ulises camino de Ítaca, nos ha hipnotizado y no nos permite avanzar hacia el puerto de la buena administración, que es la correcta satisfacción del interés general que demandan nuestros ciudadanos. Urge, por ello, abandonar el modelo heredado del contrato administrativo o estatal, que pivota sobre privilegios y potestades, con un claro enfoque presupuestario y de contención del gasto, olvidando que la contratación pública es inversión, lo que tiene un caro efecto de freno a ciertas políticas públicas¹².

12. Idea que expone con claridad el trabajo de J.L. MEILAN GIL, «Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión», *Revista de Administración Pública* n.º 191, 2013, pp. 11 y ss. Esta necesidad de actualización es evidente en los temas de los modificados contractuales (p. 30). En el fondo, se diluye la categoría del contrato administrativo, caracterizado, por un derecho exorbitante, de tal manera que el enigma del contrato administrativo (en sugerentes palabras de ARIÑO ORTIZ, «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública* n.º 172, 2007, pp. 79-102) parece resolverse hacia una regulación del contrato público ya no justificada en el *imperium*, sino en la transparencia para preservar un modelo de concurrencia.

La estrella polar de la contratación pública con vocación estratégica, con esa vocación de «globalidad», entre otros principios que «brillan con fuerza» (como la transparencia, la rendición de cuentas o la integridad) debe ser la calidad y el valor del resultado de la prestación. Y no el precio en una errónea visión economicista, que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del «ahorro» sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, lo que lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración que, como bien ha señalado J. TORNOS MAS «es el alma de la nueva administración»¹³. La exigencia de calidad en la gestión pública (con el instrumento del contrato público) no significa un mayor gasto, ni cuestiona en si misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda decisión pública, de regulación o de intervención sobre el mercado (no hay que confundir precio con valor). Ni, por supuesto, distorsiona la neutralidad competitiva¹⁴.

El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio¹⁵. Es decir, el

-
13. J. TORNOS MAS, «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», libro colectivo *Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al Prof. Lorenzo MARTIN-RETORTILLO*, Ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 630. Desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de «justicia social» sobre las que se cimientan los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030 de Naciones Unidas), que deben ser el impulso para rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente «numérica e insensible» sobre los resultados.
 14. OCDE, «Recommendation of the Council on Competitive Neutrality» OECD/legal/0463, de 31 mayo de 2021, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0462>.
 15. Sobre el significado de la eficiencia –y su no vinculación a una idea economicista de menor precio– me remito a M. VAQUER CABALLERÍA, «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública* n.º 186, 2011, pp. 91 y ss.; T. MEDINA ARNAIZ, «Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n.º 121, 2013, pp. 87-97; J.M. GIMENO FELIU, «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público* sobre «calidad institucional, transparencia y buen gobierno», n.º 82, 2016, pp. 137-158 y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Los criterios de adjudicación de los contratos públicos»,

principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Y es que el principio de competencia, con ser importante, es instrumental pues interesa, como primer objetivo, la mejor satisfacción del interés general, motivo por el que, como bien advierte la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, la finalidad última es conseguir una regulación eficiente¹⁶. Esta ha sido, por lo demás, la solución adoptada en el reciente *Código italiano de contratos públicos* (31 de marzo 2023) que regula como primer principio el de resultado¹⁷.

La contratación pública, con el brillo de la estrella polar (calidad y valor) debe orientar su rumbo desde la óptica de inversión y no de mero gasto presupuestario. Así lo expresa, desde el máximo nivel político, el importante documento del Consejo europeo *«Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente»* (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública, insiste en la necesidad de su función estratégica y en que *«Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública»*. (la letra en negrita es nuestra).

Urge abandonar la cultura del precio como único o preferente elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de gestión pública (en especial de prestaciones dirigidas a personas o servicios públicos esenciales). Previsión

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

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

17. Vid. M. COZZIO y F. TITOMAGLIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Ed. Key, Milano, 2023.

expresamente impulsada por el artículo 67.2 de la Directiva de contratación pública de 2014, al indicar que «*El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad*». Es decir, el precio puede sustituirse por coste decidiendo la oferta sobre criterios de calidad¹⁸. Y es que el principio de competencia no exige que el parámetro precio sea determinante. La competencia pretende fomentar en la contratación pública que existan diferentes ofertas para seleccionar a la mejor conforme a la regla coste/calidad, donde, además, en un contrato público lo determinante debe ser la mejor prestación dentro de los límites financieros predeterminados. Por ello, en especial en ámbitos de prestaciones a las personas (como la salud o los servicios sociales) la referencia debe ser necesariamente el valor atendiendo a los resultados.

Una inadecuada política de «ahorros desproporcionados» puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo ineficiencias o «fuego amigo», como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión (lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo)¹⁹. 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 referidos 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). Esto es especialmente relevante en el ámbito de la salud, donde hay que articular nuevas soluciones (pasar de suministro a servicios para valorar procesos y optar por fórmulas multi-adjudicatario) que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger –la salud de los pacientes–, lo que desplaza el principio tradicional de tensión competitiva inherente al mercado ordinario de los contratos públicos.

Contratación pública estratégica como resultado necesario del camino marcado por la estrella polar de la calidad y el valor del resultado, que obliga,

-
18. El derecho europeo, en palabras muy ilustrativas de R. FERNANDEZ ACEVEDO, hace jaque a la política del precio en la contratación pública. «Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático el precio en jaque», en libro col. Ximena Lazo Vitoria (dir.) *Compra pública verde y cambio climático 2022*, pp. 209-262.
 19. J.M. GIMENO FELIU, «Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)», *Observatorio de contratación pública 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 23-50.

claro, a una previa definición de la estrategia a promover (y de planificación), para poder fijar la mejor ruta de navegación práctica, que permita «llegar a puerto con rapidez y sin incidencias»²⁰. Contratación pública estratégica que no debe ser una mera opción sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable²¹, como se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza²², donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito (así se ha venido destacando, también, por el Foro de Compra Pública Responsable)²³. Un buen ejemplo es la estrategia del Gobierno de

20. Me remito a J.M. GIMENO FELIU, «La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad», *Revista Economía Industrial* n.º 415, 2020, pp. 89-97. En este contexto puede citarse la proposición no de Ley aprobada por consenso de todos los grupos de las Cortes de Aragón de 5 de mayo de 2022 (n.º 209/22), sobre la inclusión de consideraciones de sostenibilidad social, medioambiental y sostenibilidad económica en las licitaciones de la Administración Pública.
21. Por todos, J.A. MORENO MOLINA, *Compra pública socialmente responsable*. Tirant lo Blanch, Valencia y «Criterios sociales de adjudicación en el marco de la contratación pública estratégica y sostenible post-COVID-19», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 210 (2021). También V. AGUADO I CUDOLA, *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021; B. PALACÍN SÁENZ, *A la responsabilidad social por la contratación pública*, Editorial BOE, Madrid, 2022; L. FUERTES GINÉS, «La contratación pública sostenible bajo la lente del concepto paraguas», *Revista General de Derecho Administrativo* n.º 58, 2021 y C. DE GUERRERO MANSO, «Contratación Pública y Derechos Humanos», *Revista de Contrataciones Públicas* n.º 8, diciembre 2022.
22. Firmada el 10 de noviembre de 2021 puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>.
23. La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM(2021) 245 final, referida a su informe «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior». En el Informe se concluye que «resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE». El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión «Adquisiciones sociales –Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas– 2.ª edición» (2021/C 237/01), en la que se incide en que «Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)».

Norteamérica mediante la estrategia de compra pública limpia²⁴. Y es que La sostenibilidad ambiental no es una exigencia estética ni una moda, sino una herramienta generadora de valor, en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas. **En definitiva, la compra pública verde ya no es una mera opción, sino que debe ser parte del ADN de una administración pública comprometida con la necesidad de avanzar hacia un modelo de crecimiento económico inteligente que tiene a la sostenibilidad como objetivo de primer nivel.**

Para ello, como venimos insistiendo, hay que superar interpretaciones rígidas y un tanto descontextualizadas para, por ejemplo, integrar como regla general en las cláusulas de los contratos públicos requisitos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, superando, insistimos, una indebida estricta vinculación directa al objeto del contrato, para combatir la precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación²⁵. Por supuesto, un parámetro de especial relevancia,

-
24. El presidente Biden encargó a su Administración, a través de su Plan Federal de Sostenibilidad de diciembre de 2021 y de la Orden Ejecutiva 14057, que pusiera en marcha un grupo de trabajo y una iniciativa *Buy Clean* para promover el uso de materiales de construcción con bajas emisiones de carbono y fabricados en Estados Unidos. A través de la estrategia *Buy Clean*, el Gobierno Federal prioriza por primera vez el uso de materiales de construcción fabricados en Estados Unidos y con bajas emisiones de carbono en la contratación pública federal y en los proyectos financiados con fondos federales. De este modo se fomenta la capacidad industrial de Estados Unidos para suministrar los bienes y materiales del futuro, al tiempo que se crean buenos empleos para los trabajadores estadounidenses. Puede consultarse en: <https://www.sustainability.gov/buyclean/>.

Traducción realizada con la versión gratuita del traductor www.DeepL.com/Translator. El Grupo de Trabajo «Buy Clean» está copresidido por el director Federal de Sostenibilidad y la Oficina de Política Climática Interior de la Casa Blanca. El Grupo de Trabajo incluye representantes de los Departamentos de Comercio, Defensa, Energía, Seguridad Nacional, Vivienda y Desarrollo Urbano, Salud y Servicios Humanos, Interior, Estado y Transporte; la Agencia de Protección Ambiental; la Administración de Servicios Generales; la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio; la Administración de Veteranos; la Oficina de Política Climática Nacional de la Casa Blanca, el Consejo de Calidad Ambiental, el Equipo de Implementación de Infraestructuras, la Oficina de Innovación e Implementación de Energía Limpia, y la Oficina de Gestión y Presupuesto. En conjunto, las agencias del Grupo de Trabajo representan el 90% de todos los materiales de construcción financiados y adquiridos por el gobierno federal.

25. La OIResCon, en su reciente informe sobre contratación estratégica (2022), advierte de la insuficiencia de la visión estratégica de la contratación pública en España. Urge una nueva cultura en la gestión pública que promueva una interpretación funcional (y no formal) que debe alinearse con los objetivos estratégicos. Con anterioridad, ya en el Informe trienal de la JCCPE sobre la contratación pública en España 2018-2020 y la

como bien explica J. PERNAS GARCIA (referente en esta cuestión), debe ser el respeto del principio de no causar un daño significativo al medioambiente (principio DNSH por sus siglas en inglés, «Do No Significant Harm»), así como las condiciones específicas vinculadas a este principio en la normativa vigente²⁶.

Asimismo, en esta nueva visión guiada por los parámetros de calidad –donde combatir los efectos del cambio climático es elemento ineludible– debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para «*Environmental, Social and Governance*») promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)²⁷.

contratación social y estratégica se realizan algunas consideraciones generales acerca de la complejidad de la contratación pública estratégica, identificando como una fuente de inseguridad jurídica la falta de una interpretación unívoca del principio de vinculación de las cláusulas estratégicas (sociales, medioambientales, innovadoras) con el objeto del contrato. Así, se plantea la necesidad de que desde la Comisión Europea se clarifique el marco jurídico de la contratación pública estratégica, y en especial cómo debe interpretarse el requisito de vinculación del criterio o condición con el objeto del contrato, teniendo en cuenta la doctrina del TJUE (entre otras, la Sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-36/10). Razona la JCCPE que esta clarificación «vendría a complementar lo indicado por la Comisión Europea en sus documentos sobre contratación pública socialmente responsable, a destacar: la Comunicación “Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE” (24.7.2019, C [2019] 5494 final); y la Guía “Making Socially Responsible Public Procurement Work: Good practice cases” (mayo 2020)» (pp. 143 a 145 del Informe).

26. J. PERNAS GARCIA, «Hacia una compra pública verde “en serio” de la mano del principio DNSH: propuesta básica para su necesaria articulación jurídica y técnica», Boletín del Observatorio de Contratación Pública, ISSN-e 2952-3109, mes 10-11 (Octubre-Noviembre), 2022. El principio de no causar perjuicio significativo a objetivos ambientales (conocido como principio DNSH) es compra pública verde obligatoria en el marco de la gestión de las inversiones del PRTR. Representa un cambio de cultura administrativa en la planificación y definición de inversiones públicas, para garantizar la coherencia de la actividad de compra con las políticas económicas de transición ecológica, que va más allá de la gestión de los fondos de Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. El principio DNSH marca el camino para una compra pública sostenible «en serio» y cómo articularla a nivel jurídico, orgánico y técnico.
27. Se evita, así, un dumping social, y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Vid. C. DOLAN y D. BARRERO ZALLES, *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*. Business Expert Press, 2021 y J. MORCILLO MORENO, «Las cláusulas sociales

III. HACIA UNA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA «GLOBAL» SOSTENIBLE ALINEADA CON LA BUENA ADMINISTRACIÓN

El pensamiento crítico del jurista debe servir para proponer soluciones que permitan un mejor funcionamiento del derecho desde los estándares actuales de buena administración, que opera como nueva brújula de la gestión pública, que exige que la contratación pública sea herramienta determinante para la correcta satisfacción del mismo. La nueva «navegación contractual» a escala global aconseja, como ya hemos indicado, un «big bang» en la contratación pública para incorporar una visión disruptiva regulatoria (y en la gestión pública y privada), que ponga el acento en la calidad²⁸. Para ello resulta necesaria una **verdadera simplificación y agilidad (por supuesto, con tecnología)** como nuevos referentes en el diseño y puesta en práctica de una contratación pública moderna, transformadora y proactiva, comprometida con recuperación, reconstrucción y resiliencia, que pivote sobre la sostenibilidad social y ambiental, que piense en pequeña escala (como son las PYMEs) y donde el desafío de fijar inversión productiva estable pueda ser una realidad.

Resulta imprescindible una adecuada interpretación de los principios y conceptos, como guía para la correcta aplicación de la finalidad de todo contrato público que es, no se olvide, la correcta satisfacción del interés público. Conocer el contexto y depurar conceptos y principios, comprender su correcto alcance, es un presupuesto necesario para poder articular una correcta política de contratación pública profesionalizada alejada del papeleo de una burocracia formal (necesitamos una burocracia «inteligente»)²⁹. Innovar en la contratación pública implica, por supuesto, hacer cosas diferentes bajo la brújula de la mejor calidad de los resultados de la prestación (incluso de ahorro).

en la contratación pública como garantía frente al *dumping* social intracomunitario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 47-48, 2016, pp. 180-209.

28. J.M. GIMENO FELIU, «El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», *Revista General de Derecho Administrativo* n.º 59, 2022.

29. *Papeles y papeleo* (ediciones El Cronista 2015) es el título, de por sí elocuente, del profesor italiano Luciano Vandelli, que analiza, a lo largo de la literatura, el rol de la burocracia y su evolución en la Administración pública. El papel, el papeleo innecesario, han sido referencias con las que el ciudadano ha tenido que relacionarse con la Administración, que ha encontrado en reglas y trámites formales claramente innecesarios un argumento (y argumentarios) para hacer del procedimiento administrativo una carga y no una garantía ligada al derecho a buena administración.

Obviamente, la **contratación pública no puede ser ajena al contexto tecnológico y debe avanzar a «velocidad incremental» en su digitalización y utilización de elementos de Inteligencia Artificial** que permitan simplificar plazos y dar una respuesta más eficaz y eficiente. Lo que permitirá una «nueva cultura» diferente al tradicional procedimiento (expediente) para facilitar el modelo de proceso/proyectos (que pivota sobre el resultado). **Una nueva cultura donde su principal pilar debe ser la calidad de la prestación que es un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público** (ausencia de planificación que, como explica P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, es una asignatura pendiente³⁰) que hacen, en expresión de R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, que nos encontremos en una situación de «jaque al precio»³¹.

Existen, sin embargo, dificultades interpretativas –donde los órganos de control deben ajustar su importante función a la idea de colaborar y favorecer una mejor gestión sin dilaciones– que complican o frenan en ocasiones la correcta gestión contractual, para lo que parece conveniente un «ajuste de la regulación», desde la perspectiva de un derecho administrativo global, con vocación codificadora y de simplificación que permita la correcta gestión de la contratación pública. Y esos principios o reglas globales deberían pivotar, al menos, sobre los siguientes ejes:

a) Impulso de la compra pública estratégica, aclarando hasta donde se puede orientar un contrato público como herramienta de política pública y su vocación de impulsar soluciones innovadoras, con claro componente de sostenibilidad social y ambiental a favor de un modelo productivo sólido y responsable. Así, resulta muy conveniente un artículo propio sobre esta función como el que se propone (como indica la citada Carta de Zaragoza):

Artículo: Compra pública estratégica.

«1. La compra pública se convierte en una herramienta para cumplir con los objetivos de protección ambiental y promover la descarbonización, luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, combatir la contamina-

30. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «La planificación, asignatura pendiente en la cultura de una buena gestión de la contratación pública», Observatorio de Contratación Pública (Revista electrónica), febrero 2021.

31. En especial, su muy interesante trabajo «Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque», en libro colectivo dirigido por X. LAZO, *Compra pública verde y cambio climático*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 209-262.

ción y promover la economía circular. En materia social, la compra pública debe ser responsable: debe regular las retribuciones mínimas del personal, prever la obligación de subcontratación con colectivos sociales vulnerables, garantizar plazos máximos de pago a proveedores, fomentar la contratación de colectivos en riesgo de exclusión social y la colaboración con entidades del Tercer Sector, promover la estabilidad y calidad en el empleo, mejorar la seguridad y salud laboral, promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres garantizando la conciliación familiar y laboral; asegurar la accesibilidad universal; definir criterios de comercio justo y evitar la adquisición de productos que causen deforestación en el marco del Acuerdo multilateral sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC y la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, entre otras cuestiones. Para ello en la compra pública derivada de los fondos europeos MRR deberán incluirse condiciones y criterios vinculados a estos objetivos.

2. En la adjudicación de estos contratos se atenderá como elemento preferente para determinar la oferta más ventajosa, o en su caso, de negociación de la oferta, al mayor valor añadido desde la perspectiva de calidad y de garantía de continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad de los servicios o suministros, así como su rentabilidad. El criterio precio no podrá ser en ningún caso determinante.

3. Se podrán incluir exigencias y criterios que vayan más allá de la estricta vinculación al objeto del contrato admitiendo cualquier criterio o condición que aporte valor, aun de forma indirecta, para cumplir de forma responsable la concreta prestación, admitiendo elementos de carácter social y ambiental. Se motivará y justificará en el expediente el valor de los distintos requerimientos que se utilicen, que no podrán tener por objeto falsear la competencia ni distorsionar el mercado. En especial se consideran válidos cualquier criterio o condición que permita corregir el desempleo juvenil, así como los que fomenten rendimientos ambientales y la compra de proximidad de alimentos. Entre las obligaciones de cualquier licitación se exigirá el cumplimiento del principio de no causar un daño significativo al medioambiente (principio DNSH por sus siglas en inglés, «Do No Significant Harm»), así como las condiciones específicas vinculadas a este principio en la normativa vigente. Quien no supere un umbral mínimo de estos criterios quedará excluido de la licitación.

4. En relación a las PYMES, podrá utilizarse este criterio de compra responsable como exigencia de umbral de acceso a determinados contratos públicos por su importe».

b) Delimitación del significado de los principios aplicables en contratación pública, incluyendo, entre los tradicionales de integridad, transpa-

rencia y competencia (entendida como regulación eficiente), el principio de proporcionalidad, el principio de calidad (alineado al valor y no al precio) o el **principio del resultado, vinculado al interés general** siguiendo, por ejemplo, el modelo de reforma del Código italiano de contratos públicos reformado en marzo de 2023. En esta visión de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para «Environmental, Social and Governance») promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)³².

c) **Articulación de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes** y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*), con la finalidad de «acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo» (W. DENING). Entre otras medidas, incorporación de los catálogos electrónicos. Igualmente, convendría incluir previsiones claras sobre **modelos colaborativos tipo target costing (o equivalentes)** que permitan armar contratos complejos en el ámbito de infraestructuras y explotación de servicios públicos desde una óptica de colaboración entre las diferentes partes y donde prima la mejor prestación, con un modelo de transparencia de retribución de costes objetivos, frente a la inercia (y contrastada ineficiencia) de rebaja de precios³³.

d) **Simplificación de trámites, con extensión de la comprobación automatizada de requerimientos** a los contratistas, y extensión de procedimientos simplificados que se articulen sobre parámetros objetivos. Conviene simplificar la adquisición pública de medicamentos al margen de los procedimientos de compra pública ya que la compra de medicamentos (soluciones farmacológicas), no encaja fácilmente con los contornos de un contrato público de suministros, pues la causa de la adquisición se aleja

32. Se evita, así, un dumping social, y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Vid.C. DOLAN y D. BARRERO ZALLES, *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*. Business Expert Press, 2021 y J. MORCILLO MORENO, «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al *dumping* social intracomunitario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 47-48, 2016, pp. 180-209.

33. Me remito a J.M. GIMENO FELIU, «Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente», *Revista Aragonesa de Administración pública* n.º 60, 2023, pp. 13-64.

de los principios regulatorios inherentes a la contratación pública, y donde forzar una inadecuada tensión competitiva con inercia a precios muy bajos puede traducirse tanto en una peor calidad asistencial, al limitarse la oferta terapéutica, que es (y debe ser) el principio rector en la toma de decisiones pues prima en todo caso el fin de la mejor asistencia a los pacientes, como en una deslocalización industrial, con evidentes consecuencias sobre nuestro modelo macroeconómico.

e) En relación a la correcta ejecución del contrato debería incluirse una previsión que permita, **conforme** al principio clásico de «honesta equivalencia» de lo pactado **el restablecimiento** (adaptación) de las condiciones pactadas a circunstancias sobrevenidas imprevisibles ajenas al riesgo o ventura ordinario, incluyendo fuerza mayor y actuaciones de otros poderes públicos que inciden de forma sustancial en las condiciones pactadas (como ha previsto el artículo 9 del Código italiano de Contratos Públicos de 2023)³⁴.

f) Revisión del modelo de control (articulando, como sugiere A. PEÑA OCHOA, una **Estrategia Nacional del Control de la Contratación Pública**), permitiendo el equilibrio entre eficacia y garantía, promoviendo una arquitectura del control profesionalizada, que permita la fiscalización en tiempo real, incorporando el modelo de auditorías³⁵. Y, en fase de ejecución, habilitación en la resolución de los posibles conflictos interpretativos a las fórmulas de arbitraje administrativo³⁶. Para ello la regulación de las técni-

34. Vid. J.M. GIMENO FELIU, «Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia», *Observatorio de contratación pública 2021* (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 35-46.

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

36. Por todos, G. GARCÍA-ÁLVAREZ, «El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos», José María GIMENO FELIU (Dir.) y Carmen de Guerrero Manso (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Cizur Menor, 2020, pp. 549-564. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en repetidas ocasiones sobre su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, el Tribunal (STC 9/2005, de 17 de enero, que ratifica y amplía otras anteriores, como las STC 176/2006 y 13/1997) ha señalado que ni siquiera los interesados que optan por el arbitraje están renunciando por completo al derecho a la tutela judicial efectiva para esa controversia concreta, pues el control jurisdiccional sobre el laudo, a través de la acción de anulación, sigue garantizado. En efecto, la acción de anulación junto con el necesario auxilio que debe prestar la jurisdicción para ejecutar el laudo garantiza también el respeto a la tutela judicial efectiva.

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

La integridad y la transparencia en las decisiones de gobernanza económica son imprescindibles desde la óptica del buen gobierno económico³⁷. Y tienen clara repercusión sobre el comportamiento de las decisiones públicas. Administrar mejor obliga no solo a una respuesta eficaz, sino, también, a rendir cuentas de forma transparente, y a preservar el principio de integridad, pues sin conocimiento efectivo no hay democracia. Esta cultura de prevención, en especial en la regulación y actuación sobre las actividades económicas, es todavía más importante en momentos como los actuales, cuando la pandemia, y la exigencia de respuestas inmediatas, han tensado las costuras de principios tan importantes como la transparencia, la participación política o la legitimidad de la división de poderes. La urgencia derivada de la excepcionalidad exige más y mejor transparencia, con verdadera rendición de cuentas, pero no por obligación, sino por convicción de que en ello está la esencia del correcto uso del poder³⁸. Por ello el legítimo objetivo de simplificar la actuación administrativa no puede significar, ni justificar, la reducción de controles efectivos³⁹.

37. Vid. J. MESTRE DELGADO, «Reflexiones sobre el principio de transparencia como remedio eficaz para prevenir la corrupción», en libro col. dirigidos por A. Betancor, *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 287-299 y J.M. GIMENO FELIU, «Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP», *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 239-318. De especial interés el libro de J. MIRANZO DÍAZ, *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, 2020.

38. Vid. J.M. GIMENO FELIU, «Contratación pública en tiempos excepcionales», *Revista General de Derecho Administrativo* n.º 61, 2022.

39. Pero, más importante que simplificar (instrumental) es reforzar la seguridad jurídica pues su declive, como bien advirtiera hace tiempo el profesor José Bermejo, pone en riesgo la propia esencia del derecho. Y sin seguridad jurídica, o, si se prefiere, una deteriorada seguridad jurídica se pone en riesgo la calidad democrática. Y, para ello, hay que evitar la hiperregulación y el «movimiento constante» de la norma como mejor medida de simplificación. Existen, además, otros retos vinculados, como la necesidad de adaptar la organización administrativa y la capacitación y funciones de sus empleados públicos en este nuevo contexto. La innovación de nuestro sector público no debe ser solo tecnológica, sino también organizativa. Innovar en la Administración obliga a cambiar el paradigma de la cultura propia muy burocrática para avanzar a una Administración flexible que gravita sobre el ciudadano (y no al revés), al que debe garantizar sus derechos y expectativas. Lo que obliga a innovar estructuras, pensa-

g) Incorporación de una **política de capacitación que promueva realmente la necesaria profesionalización**, de carácter horizontal y transversal, en línea con las previsiones de la OCDE al respecto⁴⁰. La profesionalización resulta elemento imprescindible para poder cumplir con las exigencias derivadas del principio de buena administración en la contratación pública⁴¹. Y debe ser vista como elemento palanca para la mejor movilización del contrato público como inversión⁴².

Esta profesionalización es un elemento principal para una adecuada velocidad y seguridad en la visión estratégica de la compra pública⁴³. Una adecuada profesionalización y «descontaminación política» de decisiones estrictamente administrativas, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final,

miento, prácticas e inercias. El conocimiento debe ser horizontal y no vertical, hay que aprender a trabajar en equipo y tener en cuenta las buenas experiencias de otros.

40. Por todos C. DE GUERRERO MANSO, «La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública. La utilización de la herramienta ProcurCompEU» en Gimeno Feliu, J.M., (Dir.): *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021 pp. 91-125 y «¿Es la profesionalización en la contratación pública un propósito de año nuevo? Propuestas de la OCDE para hacerlo realidad» publicado el 27 de febrero de 2023 en Revista digital Observatorio de Contratación Pública.
41. Una visión muy completa y reciente puede consultarse en el libro colectivo *La profesionalización en la contratación pública estratégica* (Dir. J. Rodríguez Arana y E. Díaz Bravo), Tirant lo Blanch, 2023. Sobre la necesidad de profesionalización en la contratación pública pueden verse los recientes trabajos de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «La especialización o la profesionalización, la independencia y el liderazgo como elementos clave para el buen funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública español» en libro col. *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 587-615, J. CANTERO MARTÍNEZ, «La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación», en libro col. *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 197-246 y J.C. GARCÍA MEILÁN, «Buen gobierno y profesionalización de las compras públicas», en libro col. *Transparencia y participación para un gobierno abierto*, El Consultor de los ayuntamientos, Madrid, 2020, pp. 269-289.
42. Al respecto resulta de especial interés el trabajo de M.A. SANMARTÍN MORA, «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», en GIMENO FELIU, J.M., (Dir.): *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 298-318. El Documento de trabajo de los servicios de la Comisión (SWD/2015/202) que acompaña a la Estrategia para el Mercado Único estima los beneficios económicos potenciales de solventar los problemas debidos a la profesionalización en más de 80.000 millones de euros.
43. Lo advierte E. DÍAZ BRAVO, «La profesionalización: condición *sine qua non* de la contratación pública estratégica», en libro colectivo *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 217-257.

con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida. En este escenario de necesaria profesionalización convendría poner en valor las experiencias de excelencia en la gestión de la compra pública, como incentivo a la mejora de las Administraciones y como elemento de rendición de cuentas a la ciudadanía. Un modelo de certificación pública puede ser una excelente herramienta para poder conseguir este objetivo. Y también los pactos de integridad, cuya función y finalidad es «validar socialmente» la correcta actuación pública y la ausencia de indicios de falta de objetividad o de contaminación clientelar⁴⁴.

IV. POR UNA ECUACIÓN DE LA INTEGRIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El profesor R. KLITGAARD (1994, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Buenos Aires, Ed. Sudamérica, pp. 10 y ss.). Aportó la denominada ecuación de la corrupción: $C = M + A - T$. C es Corrupción, M Monopolio, A Arbitrariedad y T Transparencia. Cuanto menor la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción. Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción.

Sin embargo, en el siglo XXI puede resultar oportuno revisar (actualizar) dicha ecuación desde el nuevo paradigma de la integridad como principio vertebrador de cualquier decisión pública (que ya no es un mero referente de ética pública)⁴⁵. Una política proactiva de contratación pública donde el principio de integridad –que pivota sobre la vinculación al valor y el resultado a

44. En profundidad, C. GUERRERO MANSO, «La suscripción de pactos de integridad como mecanismo de lucha contra la corrupción en la contratación pública», libro col. Observatorio de los contratos públicos 2017, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 225-265. También J. MIRANZO DÍAZ, «Los nuevos agentes de control en los procedimientos de compra pública: pactos de integridad y canales de denuncia», Observatorio de los contratos públicos 2018 (J. M^a. Gimeno Feliú, dir., C. de Guerrero Manso, coord.), Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, pp. 329-358.

45. Sirven para ello las reflexiones de MIRANZO DÍAZ, J., (2020): *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi. La recientemente aprobada (diciembre de 2022) Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026, que concreta lo que se persigue con una contratación estratégica del sector público, fija, entre sus objetivos: «a) Combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de la

favor del ciudadano—, sea la estrella polar permitirá recuperar la confianza de la ciudadanía en el modelo público y valorar adecuadamente el sentido de la política como instrumento de satisfacción del interés público (también, para combatir la pobreza y prestar servicios públicos de mayor calidad).

Así, la ecuación (o fórmula) de la integridad —al igual— que el profesor J. PONCE ha propuesto para determinar la buena administración⁴⁶, sería el resultado de una función dependiente del siguiente conjunto de parámetros $I = f(T, R, C, D, B, F, P)$. Desde una perspectiva gráfica, adaptada a la propuesta de KLITGAARD, la ecuación de la integridad sería:

$$I = \frac{T + R + C + D + B + F}{P}$$

La I de integridad sería el resultado de sumar los siguientes aspectos: la T, de transparencia, que implica no solo publicidad activa sino, principalmente, rendición de cuentas. Muchas de las prácticas de corrupción se encuentran muy vinculadas a la ausencia de transparencia. No en vano, es la opacidad el escenario de cultivo que permite la proliferación de actuaciones corruptas. De ahí que sea imprescindible eliminar los espacios de «oscuridad» en la gestión pública. Una adecuada y efectiva transparencia puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos —de especial interés en un contexto de reducción del déficit público y que se presenta como alternativa a políticas de «ajustes» o incremento de la «presión fiscal»—, como de una gestión transparente compatible con la cultura de nueva gobernanza. Se necesita más y mejor transparencia para las distintas decisiones públicas (muy especialmente en los contratos públicos) y una correcta rendición de cuentas.

El segundo sumando es la R de Resultados. El ámbito de la actuación administrativa tiene por finalidad la mejor satisfacción del interés general, lo que obliga a superar la inercia del mero cumplimiento formal para arbitrar nuevas políticas públicas que atiendan al resultado, que es el verdadero ADN del derecho público. Lo que obliga a pensar en calidad y valor (frente a visiones economicistas que tienden al «precio más bajo» o indebidamen-

legislación sobre contratación pública». Quizá convenga promover una Estrategia pensada más en la integridad, que aporta elementos más positivos.

46. Me remito a su trabajo «Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa». A propósito del libro de la profesora María De Benedetto, *Corruption from a Regulatory Perspective*. *Eunomia*, Revista en Cultura de la Legalidad, n.º 24, 2023.

te burocráticas), que garanticen la eficiencia social y eviten problemas de equidad. Esta R de resultados debe contener previsiones claras a favor de la obligación de cumplir con los objetivos de la descarbonización, luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, combatir la contaminación y promover la economía circular (que son ya objetivos primarios vinculados de la mayoría de los modelos económicos).

El tercer sumando sería la C de Capacitación (de profesionalización en términos de las Instituciones europeas). Desde la perspectiva de inversión en la motivación de las decisiones públicas (en especial en todo contrato público) que pone la atención en los resultados, es necesario contar con los adecuados medios materiales y, sobre todo, con la mejor capacitación y *auditorías*, de los gestores públicos que debe liderar ese nuevo modelo de compra pública. Conocer el contexto, depurar conceptos y principios, comprender su correcto alcance, es un presupuesto necesario para poder articular una correcta política de contratación pública, lo que exige el mayor nivel de capacitación (siempre en constante actualización). La profesionalización en la esfera de las decisiones públicas puede, además, ser una barrera a la existencia de redes clientelares o de «confusión de intereses políticos». Sin olvidar, como se ha señalado, con acierto, por J. PONCE, que la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*), pero no lo tiene en la política pública concreta (*policy*) si no supone el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica de gestión. La profesionalización resulta elemento imprescindible para poder cumplir con las exigencias derivadas del principio de integridad. Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses, y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan⁴⁷. Una adecuada profesionalización y «descontaminación política» de decisiones estrictamente administrativas, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad vinculada a la mejor satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. El cuarto sumando sería la D de Digitalización (que incluye datos abiertos, nuevas

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

tecnologías e Inteligencia artificial⁴⁸). Una decidida utilización de los medios electrónicos permite una gestión de información a tiempo real que puede ayudar a detectar las irregularidades y fortalecer el principio de integridad. En este contexto, la experiencia de la Comunidad Valenciana con el *Security Administrator Tool for Analyzing Network* (denominado como SATAN) resulta de especial interés. Se trata de un *software* que cruzará bases de datos en manos de la administración para generar alertas sospechosas y detectar «si existe vida corrupta administrativa»⁴⁹. Además, por ejemplo, la digitalización del sector de la construcción representa una oportunidad única para hacer frente a estos desafíos estructurales, aprovechando la disponibilidad general de mejores prácticas desarrolladas en otros sectores industriales y los métodos y herramientas de ingeniería, los flujos de trabajo digital y las competencias tecnológicas para alcanzar un nivel más elevado de exigencia y crear un sector de la construcción digitalizado. Y aquí la metodología *Building Information Modeling* (BIM) desempeña un papel esencial⁵⁰. Por supuesto, la D implica estrategia de datos, tal y como se está impulsando por la Unión Europea⁵¹.

El quinto sumando debe ser la B, de *Better and smart regulation* aspira a una mejor y más inteligente regulación y actuación pública. Regla que tiene como finalidad principal alcanzar una mayor seguridad jurídica, eliminando cualquier burocracia innecesaria.

-
48. Como bien explica J. VALERO TORRIJOS la inteligencia artificial debe ser ya un elemento en la regulación y gestión de la contratación pública, «*Observatorio de Contratación Pública*, enero 2020». Igualmente J. MIRANZO, «El papel de la contratación pública en el desarrollo digital de la Administración: especial referencia a la inteligencia artificial», *Revista Contratación administrativa práctica* n.º 182, 2022, pp. 5-18.
 49. El tratamiento automatizado de datos mediante la tecnología es ya el presente (en Europa ya existen herramientas como ARACHNE que vigila los posibles fraudes en la Unión Europea) y debe ser asumido por las Administraciones Públicas como un instrumento indispensable para avanzar en la cultura de una Administración transparente, convencida de la importancia de la mejora continua.
 50. Son indudables e incuestionables las ventajas de la metodología BIM en tanto facilitan la mejor comprensión y valoración de los proyectos como, principalmente, mejora los modelos de control en la ejecución (se construye lo proyectado), laminando el riesgo de sobrecostes (o modificados de objeto). A su vez permite, por ejemplo, la certificación *as-built* del presupuesto.
 51. El DOUE del 16 de marzo de 2023 publicaba la Comunicación de la Comisión sobre contratación pública, un espacio de datos para mejorar el gasto público, impulsar la elaboración de políticas basadas en datos y mejorar el acceso de las pymes a las licitaciones. La iniciativa de la Comisión tiene por objeto aprovechar el poder de los datos disponibles en toda la UE gracias al Espacio de Datos sobre Contratación Pública (en lo sucesivo, «EDCP»), uno de los primeros espacios comunes de datos de la UE en un ámbito específico que surge de la Estrategia Europea de Datos.

El último sumando sería la F de Fiscalización (independiente, por supuesto). La eficacia es importante, pero debe existir un moderno sistema de «frenos» que evite la aparición de espacios de impunidad. No resulta admisible, en mi opinión, el argumento de que las medidas de prevención implican mayor burocracia y mayor gasto, lo que avala la tendencia de no corregir las disfunciones y justificarlas como un mal estructural necesario para preservar la eficacia administrativa. Y así se limitan los controles (o se captura al vigilante) y se recorta en la formación para una necesaria profesionalización (garantía de independencia), para eludir los principios públicos inherentes a la buena administración. Para ello, los controles previos en la propia Administración, así como el control externo, deben ser contextualizados como una inversión, tanto económica (pues permite la eficiencia real del modelo, al permitir una efectiva concurrencia) como social, en tanto permite la regeneración democrática y da credibilidad al sistema institucional del control público. En este contexto de cómo avanzar al equilibrio entre eficacia y garantías de correcta actuación, resulta necesario revisar el modelo de control interno y externo de las decisiones contractuales. Un control que debe ser eficaz –lo que aconseja ciertas intervenciones *in time* y *no out time*– sin impedir la eficacia en tiempo de las decisiones a adoptar. Un modelo enfocado a la gestión preventiva de riesgos, que se centre en la gestión sistemática del riesgo, incluyendo identificación, evaluación, tratamiento y seguimiento, para la medición del desempeño y detección de aquellas debilidades del sistema que necesitan de una nueva forma de ser tratadas. Convendría, en mi opinión, un control externo diferente, de carácter concomitante y que descansa en el análisis de los resultados, mediante auditorías de proyecto. Un nuevo enfoque basado en la responsabilidad, cumplimiento de las obligaciones y la auditoria de resultados frente a un modelo que atiende a la observancia formal previa⁵².

Como dividendo que «rebajaría» el índice de Integridad tenemos, la P de Politización, entendida como aquella que produce una indebida «contaminación política» que puede afectar a la planificación, programación, decisión de adjudicación y vigilancia del cumplimiento del contrato. Esa contaminación puede favorecer las prácticas irregulares –como los denominados «elefantes

52. El control deberá incluir un modelo de auditoría de costes cuyo diseño y puesta en funcionamiento deberá descansar en los órganos de control externo (protagonistas del seguimiento e incidencias en las ejecuciones de los contratos). Vid. J.M. GIMENO FELIU, «Los fondos next generation y el rol de los órganos de control externo», en libro colectivo dirigido por S. Rego, *Auditoría y control de la respuesta al COVID-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Aranzadi, 2022, pp. 69-90.

blancos», que son infraestructuras que no aportan ningún tipo de rentabilidad ni aportan valor en contexto territorial, ambiental o económico— que se alejan de los estándares de buena administración⁵³.

Trabajar en los distintos indicadores de esta ecuación de la integridad, en especial en el ámbito de la contratación pública, puede facilitar una nueva gobernanza pública, donde, frente a la actual desconfianza, se promueve nuevos modelos colaborativos *win/win*. Los poderes públicos tienen, 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 pivote sobre el principio de integridad, 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 en la «fuerza» del principio de integridad (dinámico) 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) que pretende dar la mejor respuesta a las necesidades públicas. Principio de integridad vinculado, por tanto, al mejor cumplimiento de los fines de las políticas públicas.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La contratación pública, en esa perpetua búsqueda, en palabras del profesor peruano V. BACA⁵⁴, **de su piedra filosofal, necesita de una transformación radical para poder avanzar hacia una nueva cultura de contratación pública con vocación de transformación, abierta, responsable, competitiva, honesta e íntegra, profesionalizada, tecnológica y proactiva**. Lo que exige una clara innovación administrativa y empresarial (en lo organizativo y en las formas de relacionarse) como paso previo y donde lo tecnológico debe servir de herramienta para su correcto impulso. Sin la innovación en la organización ni en los procedimientos (en la burocracia) resultará muy difícil cumplir los objetivos estratégicos. Para avanzar hay

53. Este problema se agrava con el de la excesiva atomización organizativa, con una pléyade de entidades contractuales.

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

que «mirar atrás» para detectar errores, pues solo así, más allá de la esfera del confort (o de cierta autocomplacencia) se puede elegir la ruta correcta. Frente a inercias o dogmatismos, la situación «global» obliga a repensar soluciones jurídicas en la contratación pública (que importante son las nuevas tecnologías, como los modelos *blockchain*, como bien ha explicado M. A. BERNAL BLAY)⁵⁵, que promuevan la eficacia de las políticas públicas y que concilien los intereses públicos en juego evitando interpretaciones economicistas y formales que arrinconan indebidamente el objetivo de la mejor calidad en la contratación pública (como bien recuerda J. GONZÁLEZ GARCÍA)⁵⁶.

Los nuevos modelos de contratación pública, junto a una adecuada planificación que favorezca la predictibilidad de las empresas puede ayudar a la mejora de la sostenibilidad al poder utilizar soluciones más eficientes desde la perspectiva ambiental, deben superar una indebida visión formal (muy pegada al momento de la adjudicación) para fijar la atención en el valor de la prestación (la principal estrategia) y por tanto en el cumplimiento, y no tanto en el precio (en palabras de F. QUEVEDO, «solo el necio confunde el valor con el precio»)⁵⁷. Y superar también la inercia a ponderar como mejor el ahorro presupuestario frente a la mejor eficiencia y calidad del servicio⁵⁸. 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 sí criterios referidos 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). Y en esta nueva visión los objetivos de sostenibilidad ambiental son elementos vinculados directamente a la mejor prestación en tanto son de «primer nivel» que impregnan cualquier decisión pública y, en especial en la contratación pública que, necesariamente, debe alinearse también con los Objetivos de

55. M.A. BERNAL BLAY, «Blockchain, Administración y contratación pública». Observatorio de Contratación Pública (Revista electrónica), julio de 2018.

56. «El precio en la adjudicación de contratos públicos», en <https://globalpoliticsandlaw.com> (enero 2023).

57. Vid. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos, ¿son admisibles?», *Revista de Administración Pública* n.º 217, 2022, pp. 91-134.

58. 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* n.º 202, 2019, pp. 325-340.

Desarrollo Sostenible (en especial objetivos 12 y 13)⁵⁹. Así, los costes del ciclo de vida deben ser un parámetro imprescindible para medir de forma equitativa el valor de la prestación desde esta dimensión de sostenibilidad pues solo así se puede implementar una eficaz política de compra pública limpia⁶⁰.

Una nueva legislación de contratación pública como la que se propone debe servir para **orientar la brújula de nuestra práctica** en este ámbito, con alcance universal, orientándola hacia la estrella polar de la calidad y el valor (que se mide desde el resultado), lo que debe permitir corregir el actual camino (y sus cuellos de botella). El camino que nos indica la estrella polar, con mucho brillo y nitidez, no es la burocracia sino la estrategia. Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión. No es el expediente administrativo y una burocracia formal sino el proceso y la mejor solución. En esta nueva perspectiva está en juego el futuro de un derecho de la contratación pública global, que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo del «siempre ha sido así». Una contratación pública global que, si o si, debe ser sostenible, limpia e innovadora, pues de lo contrario se alejará de los estándares debidos de integridad y de la debida diligencia administrativa y, por ende, de la buena administración.

59. La dimensión medioambiental de la contratación pública o compra pública verde era ya auspiciada en la «Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, COM/2001/0274 final.» Por tanto, no hay dudas sobre su compatibilidad con el Derecho de la contratación pública. Y así ha sido reconocido de forma indubitada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras sentencias, *Concordia Bus Finland*, C-513/9, o *Wienstrom*, C-448/01). Es más, insistimos, es ahora un imprescindible objetivo de política económica horizontal a escala europea, que no puede ser desconocida desde la concreta gestión pública.

60. Y para medir pueden servir de referencia las normas internacionales ISO 14040 (principios y marco de referencia para el ACV) e ISO 14044 (requisitos y directrices para el ACV), adoptadas por AENOR como UNE-EN ISO 14040 y UNE-EN ISO 14040. Y para la valoración los licitadores deberán presentar sus ofertas con descomposición de los costes *estimados*, acompañados de sus valoraciones y/o de datos técnicos subyacentes que soportan apropiadamente su proposición económica y la previsión de esos costes de ciclo de vida (lo que permite su evaluación y el análisis de los precios ofertados por la «auditoría de contratos»).

