

LA VISIÓN ESTRATÉGICA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA LCSP: HACIA UNA CONTRATACIÓN SOCIALMENTE RESPONSABLE Y DE CALIDAD

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

Universidad de Zaragoza

Tradicionalmente la contratación pública en España se ha caracterizado por una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva. Con el nuevo marco normativo europeo y español esa visión ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como «herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas»

(GIMENO FELIU, 2006, p. 16) (1). Por ello la contratación pública (que supone el 22 por ciento de los presupuestos públicos según los últimos datos) debe ser re-contextualizada desde la perspectiva de inversión y no de gasto. Desde esa política de inversión -y no mero gasto- debe analizarse y comprenderse en nuevo marco regulatorio que pretende hacer estrategia a través del contrato público. La contratación pública puede -y debe, insistimos- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales (GIMENO FELIU, 2014, pp. 18). Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en como utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de la contratación pública.

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

Frente a esta nueva «visión» no puede argumentarse que lo que importa es solo la mejor eficiencia en la prestación. Y ello porque el principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado

estándar de calidad en la prestación del servicio (MEDINA ARNAIZ, 2013, págs. 87-97). Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, lo que redimensiona la visión estratégica de la contratación pública desde una perspectiva amplia del derecho a una buena administración (J. PONCE, 2001, p. 479).

La visión estratégica, tan importante para impulsar políticas de desarrollo sostenible, impulso a la innovación o consolidación de tejido empresarial de las PYMEs (CANALS AMETLLER, 2018), se ha convertido –(GIMENO FELIU, 2014, p. 24)– en el principal eje de la contratación, avanzando hacia una visión «más cercana» a la consideración del contrato público como inversión y no como gasto (superando la tradicional aplicación burocrática y economicista de los procedimientos de licitación pública en España). El artículo 1.3 LCSP supone una clara «innovación» sobre la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las PYMEs. Se abandona así una visión presupuestaria de la contratación pública, que se reorienta a una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas. En especial, se refuerza la posición de los trabajadores en los contratos, estableciendo obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y de retribución, cuyo incumplimiento puede justificar la resolución del contrato. Y se elimina la posibilidad de «dumping» social mediante precarización de condiciones laborales al establecer la obligación de respetar los convenios sectoriales (BLANCO LOPEZ, 2018, pp. 139-168). Esta visión estratégica aconseja, en todo caso, analizar también para un mejor cumplimiento de estos objetivos la mejor forma de agregar necesidades con el fin de obtener mejores resultados. Esta visión instrumental de la contratación pública nos conduce (como bien indica MEDINA ARNAIZ, 2011, pp. 43-94), a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato. De ahí la importancia de las condiciones sociales y ambientales en el correcto diseño de la licitación pública (GALLEGO CÓRCOLES, 2017, pp. 92-113 y MORENO MOLINA, 2018). Alineado con lo que se acaba de indicar hay que reseñar el BOE de 25 de mayo de 2019 publica el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en su reunión del día 12 de abril de 2019, a propuesta de las Ministras de Hacienda, de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (2).

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

Dada la novedad que para los órganos de contratación presentan las previsiones de la Ley 9/2017 en materia de «contratación pública estratégica socialmente responsable», el Plan se aprueba con la finalidad de guiar a los órganos de contratación del sector público estatal en su correcta y adecuada aplicación, dándoles de esta manera el apoyo necesario para que hagan uso de las posibilidades que contempla el nuevo texto legal, así como impulsar su utilización de manera coordinada, para de esta manera continuar avanzando de manera efectiva en el reto de lograr una contratación pública socialmente más responsable. Y para facilitar la transición hacia esta compra pública responsable, junto a concretas medidas a incluir en las licitaciones públicas, el Plan opta, con acierto, por incluir la definición de «Contratación pública estratégica socialmente responsable»: *es aquella que hace referencia al proceso a través del cual los órganos de contratación del sector público estatal contratan obras, suministros o servicios o celebran contratos de concesión de obras o de concesión de servicios tomando en consideración para el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento correspondiente y durante la ejecución del contrato resultante de este procedimiento, criterios sociales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2017 (3).*

Se constata, así, que las condiciones sociales son uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública. Y, en consecuencia, podemos ya afirmar que están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, medio ambiente, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE (4). Así, debe admitirse un concepto amplio de «contratación pública socialmente responsable» que, en palabras del amplio Informe 16/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, *engloba diversos objetivos específicos de política social, como fomentar el empleo de personas en situación o en riesgo de exclusión social; la inserción social y laboral de personas con discapacidad física y/o intelectual; el diseño y accesibilidad para todos; la estabilidad y calidad en el empleo; la mejora de la seguridad y salud laboral; la pro-*

moción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres; la responsabilidad social de las empresas; las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral; y criterios de comercio justo y compra pública ética. Además, los aspectos sociales pueden combinarse con los aspectos ecológicos en un enfoque integrado hacia la sostenibilidad de las contrataciones públicas.

La referida perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja (en ocasiones es una obligación) que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social (VARA ARRIBAS, 2008, p. 128), pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente «asumibles», en clave de rentabilidad (pues esta debe analizarse desde la óptica efectiva del cumplimiento de objetivos públicos esenciales de nuestro país). En esta línea debe recordarse que la introducción de condiciones relacionadas con la protección del medio ambiente (eco etiquetas, productos reciclables, sistemas de depuración de vertidos, etc.) son admitidas ya desde hace tiempo como válidas por las Instituciones europeas (Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública). Y ello porque guardan relación con la política ambiental prevista en el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el artículo 45 de nuestra Constitución (PERNAS GARCIA, 2012, pp. 299-323 y DE GUERRERO MANSO, 2018, pp. 143-149).

Otro tanto sucede con las condiciones que integran aspectos sociales, admitidas cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato (así desde la Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001), lo que refleja la idea de que la contratación pública es una herramienta para la efectividad de políticas públicas (GIMENO FELIU, 2017, pp. 241-287). La extensión de estas cláusulas, y sus distintas posibilidades, en una realidad incorporada de forma decidida a la LCSP (MEDINA ARNAIZ, 2018, pp. 55-76). En todo caso, su utilización exige una adecuada ponderación y que se preserve la identidad de la prestación licitada (5).

En definitiva – siempre con respeto a lo que posibilitan los Acuerdos GATT- es posible (y conveniente) regular un sistema de contratación pública que, respetando los principios europeos, evite la precarización de las condiciones laborales (6), desincentive la deslocalización empresarial y que no penalice a las empresas europeas ni a las PYMEs y que

fomente los objetivos europeos de la economía circular.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada, que incluye, por supuesto, aspectos de la calidad vinculados a cierta «sensibilidad» social (7). Esto exige atender con especial interés a la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendida desde esta perspectiva del fin derivado de la concreta prestación que se demanda. Lógicamente, la nueva normativa, desde esta perspectiva estratégica de carácter transversal, incluye medidas a favor PYMEs, incorporando las soluciones incluidas en el «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos» (SEC (2008)2.193, de 25 de junio de 2008) (8). En especial destaca la nueva regulación de la división en lotes de los contratos. Así, se invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que, solo si no se divide, hay que justificarlo (sin que sirvan las cláusulas de estilo). Se regula la oferta integradora y se puede limitar número de lotes. La incorporación de la regla general de la «declaración responsable», como medida de simplificación, ha de favorecer la participación de las PYMEs. Especial interés tiene que la Ley (Disposición Adicional 41), permita la acción directa de los subcontratistas y que, previa previsión en los pliegos, el poder adjudicador compruebe el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más rigorista que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

EL NUEVO PARADIGMA DE LA CALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. ↓

Como complemento de la visión estratégica, la LCSP incorpora, en la nueva lógica estratégica, como nuevo paradigma la calidad (9). Esta perspectiva cualitativa de la prestación y del contrato se integra, por ejemplo, con la finalidad exigida por nuestra LCSP 2017, de que objetivos sociales, ambientales o de investigación, sean un elemento intrínseco y de especial valor, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales.

La calidad no es un mayor gasto, ni cuestiona en sí misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda licitación pública -no hay que con-

fundir precio con valor- (GIMENO FELIU, 2019a, pp. 14-19). 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 servicio (10). Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Así, la mejor calidad se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia (y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental). Interesa, a estos efectos, recordar que desde el Derecho europeo de la contratación pública el precio no parece el elemento esencial para su configuración como contrato público. El artículo 2.1.5) de la Directiva 2014/24/EU establece que son «*contratos públicos: los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios*» (11). Esto explica, por lo demás, que las escasas referencias que contienen las Directivas europeas al precio de los contratos públicos se realizan para precisar otras cuestiones que tienen que ver con el respecto de los principios de publicidad, transparencia y competencia, a los efectos de consagrar un auténtico mercado interior de la contratación pública o para reconocer que el precio es un elemento que puede formar parte de los criterios de adjudicación de los contratos públicos. Que el Derecho de la Unión europea no haya prestado especial atención a la regulación del precio de los contratos públicos se explica si atendemos a que la finalidad de las Directivas de contratación pública no es regular de forma «completa» todos los contratos públicos. El legislador europeo pretende regular únicamente aquellas cuestiones que considera trascendentes en orden a promover y fomentar la creación del mercado interior de la contratación pública, pero con respeto a otros intereses sectoriales. Y es que, el precio, *per se*, no es un elemento esencial del contrato público y que en mercados regulados -como sucede, por ejemplo, con el de medicamentos- podría incluso ser sustituido por el de rentabilidad y decidir la adjudicación con otros criterios como plazos, seguimiento, etc. Interesan estas precisiones en tanto puede ayudar a determinar cual es el «*valor de los distintos bienes jurídicos en juego*», pues la calidad de la prestación es la causa del negocio jurídico y el precio un instrumento para conseguir tal finalidad (12).

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. Interesa destacar igualmente la importancia de la planificación, tanto de necesidades como de desarrollo del procedimiento de contratación (GONZALEZ GARCIA, 2018, pp. 247-264).

La calidad de la prestación es, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público (13). Pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta (14).

Para cumplir este objetivo es necesario, además de un cambio de «cultura» (superar la «presión política» de hacer más por menos y a corto plazo), disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*), con la finalidad de «acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo» (W. Dening).

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

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

PYMEs y ayudar al fomento los objetivos europeos de la economía circular).

Establecer umbrales a superar en los aspectos técnicos, regla general en procedimientos negociados y diálogo competitivo, resulta posible (y conveniente) en los procedimientos abiertos. Así lo acaba de declarar la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de septiembre de 2018, Montte SL contra Musikene, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante resolución de 21 de octubre de 2016, en relación a la normativa española, al admitir que en los procedimientos abiertos se puede incorporar fases para valorar aspectos técnicos que de no superar el umbral permite la exclusión de la oferta. Esta sentencia avala, por tanto, el elemento cualitativo de toda oferta como un elemento determinante de la contratación pública y evita que ofertas técnicas deficientes puedan ser adjudicatarias en virtud del peso del criterio precio.

Por supuesto la calidad debe servir para la «discriminación de ofertas», y generar una adecuada tensión competitiva, tanto a nivel de fijar una solvencia empresarial adecuada como de fijar los criterios de adjudicación. Las Directivas europeas de contratación pública afirman que la oferta económicamente más ventajosa se determinará sobre la base del *precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales* vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Se utiliza, por tanto, el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la oferta más ventajosa. El cambio es de gran relevancia y explica que la nueva regulación del artículo 146 LCSP ya no incluya el concepto precio como concepto principal sino el de costes o rentabilidad, así como que se ponga en valor los servicios intelectuales (opción reclamada desde los servicios de ingeniería y arquitectura). Así, existe una doble distinción de criterios: Criterios relacionados con coste (se incluye mejor relación coste-eficacia) y criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio. La regulación de la anomalía de oferta (artículo 149 LCSP/2017) permite, además, poner en valor la calidad de la prestación (y evitar la precarización de las condiciones laborales).

Asimismo, la calidad se puede concretar en el valor técnico de la prestación y también en la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato. Y esto explica porque en determinados servicios profesionales

(como la asesoría o los servicios de arquitectura) se impone la exigencia de una mayor puntuación de los aspectos técnicos y no del precio.

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

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

En consecuencia, los poderes adjudicadores podrán hacer referencia a todos los factores directamente vinculados al proceso de producción en las especificaciones técnicas y en los criterios de adjudicación, siempre que se refieran a aspectos del proceso de producción que estén estrechamente relacionados con la producción de bienes o la prestación de servicios en cuestión. Esto excluye los requisitos no relacionados con el proceso de producción de los productos, las obras o los servicios a los que se refiera la contratación, como los requisitos generales de responsabilidad social corporativa que afectan a toda la actividad del contratista (en tanto son criterios de solvencia) (15).

Igualmente, los poderes adjudicadores podrán exigir que las obras, los suministros o los servicios lleven etiquetas específicas que certifiquen determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo, siempre que acepten también etiquetas equivalentes. Esto se aplica, por ejemplo, a las etiquetas ecológicas europeas o plurinacionales o a las etiquetas que certifican que un producto se ha fabricado sin trabajo infantil. Pero se podría aplicar a otros aspectos vinculados a una mejor calidad. Obviamente, estos regímenes de certificación deben referirse a características vinculadas al objeto del contrato y estar basados en información científica, establecida en un procedimiento abierto y transparente y accesible para todas las partes interesadas (16). Con este sistema se pretende introducir un modelo de certificación sobre criterios de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos (ya admitido y fomentado por la

Comunicación de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos de 15 de octubre de 2001 - COM(2001) 566 final-), protección del medio ambiente (admitidos como válidos por la Comunicación de la Comisión sobre contratación pública y cuestiones medioambientales de 28 de noviembre de 2001 - COM (2001) 274 final-).

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

Por otra parte, en la visión de calidad en el cumplimiento de la prestación, las condiciones especiales de ejecución pueden ser el «vehículo» más idóneo para implementar políticas sociales o ambientales de calidad, tal y como ya ha advertido el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 72/2016, donde, con relación a la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, ya que entiende que *«no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato, y que pretende dotar de calidad a la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Justifica su argumento en la citada Sentencia TJUE de 17 de noviembre, Regio Post (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato. Y recuerda que el licitador que oferta conforme a las condiciones de un convenio colectivo, está obligado a mantener esas condiciones por cuanto la oferta es parte del pliego y los pliegos son lex contractus que vinculan durante su ejecución conforme al principio pacta sunt servanda, sin que la ultra actividad de*

los convenios pueda interferir en la ejecución de un contrato ya adjudicado, pues se quebraría el principio de equivalencia de las prestaciones, así como el principio de igualdad de trato entre licitadores, al alterarse las condiciones de la adjudicación».

Es esta fase de ejecución donde las condiciones estratégicas (sociales y ambientales) deben desplegar toda su potencialidad, lo que aconseja una correcta redacción del pliego atendiendo a la concreta prestación (PALACÍN SÁENZ, 2016, pp. 11-57).

La calidad en la prestación aconseja también estudiar la conveniencia de nuevos sistemas de retribución de los contratistas, como incentivos a una mejor ejecución. Así, por ejemplo, el sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por Volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del «pago en salud por resultado conseguido», puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles. Como indica M. PORTER (2013), la mejora en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión lo que aconseja medidas rigurosas de valoración (de «*outcomes*» y costes) para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato.

Por último, la calidad de la prestación, la visión de cómo se satisface el interés público, debe ser también factor determinante para decidir las fórmulas de gestión de los servicios y la intensidad de colaboración pública privada. En todo caso, conviene insistir en que el debate sobre la forma de prestación de los servicios públicos, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público, es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad. Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión. El alcance sobre las fórmulas de colaboración público privadas y su función en la consecución del interés público, más allá de las personales posiciones ideológicas, exige una respuesta en clave jurídica, que concilie de forma adecuada los distintos principios e intereses en juego, y que preserve, en su decisión final, la esencia del derecho a una buena administración (claramente vinculado a los estándares de calidad). Hay que evitar el maniqueísmo sobre quien presta mejor el interés general y, para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente (no se trata en definitiva tanto del quién, como del cómo, en la mejor satisfacción del interés público).

CONCLUSIONES ↓

Las reflexiones expuestas, tanto desde la perspectiva de integridad como de estrategia en la implementación de políticas públicas, y de la calidad frente al precio, conforman un nuevo escenario más alineado con la finalidad de nueva gobernanza que pueda servir para «atacar» el déficit público desde una nueva gestión (sin necesidad, por ello, de nuevos ajustes, recortes o incremento de la carga fiscal). Al margen de las críticas técnicas o decisiones discutibles, lo cierto es que, ahora sí, la nueva regulación de los contratos públicos en España parece avanzar en la necesaria regeneración democrática y rediseño de la contratación pública como estrategia de liderazgo público que pivota sobre los principios de eficiencia, transparencia y buena administración. Y la contratación pública responsable se posiciona como un nuevo eje irrenunciable de la gestión pública (17). Lo que exigirá una nueva organización administrativa (más eficaz) y una mejor profesionalización y capacitación. Con la profesionalización se podrá poner el acento en el correcto diseño del pliego, con prudencia y realismo, pues es este, al final, el mejor instrumento para preservar las reglas de la contratación pública.

En todo caso, desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de «justicia social». Es tiempo de rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente «numérica e insensible» sobre los resultados (GIMENO FELIU, 2019b, p. 341). Como bien advirtió la Abogado General J. KOKOTT en un procedimiento judicial en la Unión Europea, «*Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social*». Educar el paladar de instituciones públicas y privadas y de los ciudadanos, para que pongan en valor la sostenibilidad social, es el gran reto para poder consolidar un Estado de Derecho que puede enarbolar como principal bandera la de la justicia social, objetivo fundamental del derecho a la buena administración en el siglo XXI.

NOTAS ↓

- [1] Las Instituciones europeas insisten en la visión estratégica de la contratación pública: «Comunicación de la Comisión «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».
- [2] Se alinea con la Comunicación de la Comisión Con-

seguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa, COM (2017) 572 final, de 3 de octubre de 2017, p. 5.

- [3] Interesa la función didáctica de esta definición en tanto explica la nueva cultura de la contratación pública, que obliga a abandonar prácticas anteriores basadas en inercias burocráticas e indebida visión economicista de la contratación pública.
- [4] La política de contratación pública es, en definitiva, uno de los muchos elementos de la política de mercado interior, que tiene una serie de objetivos estratégicos (en particular, la libre circulación de mercancías, personas y servicios). Pretende contribuir a la realización del mercado interior, estableciendo las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación y asignando racionalmente los recursos públicos mediante la elección de la mejor oferta. La aplicación de estos principios permite a los poderes adjudicadores obtener la mayor rentabilidad siguiendo ciertas normas en cuanto a la descripción del objeto del contrato, la selección de los candidatos conforme a criterios objetivos y la adjudicación fundada exclusivamente en el precio o, facultativamente, en una serie de criterios objetivos. 7
- [5] Sirva de ejemplo lo sucedido con la aplicación del Fondo Estatal de Inversión Local (plan E) en España. El Tribunal de Cuentas (Informe 982 sobre Fondo Estatal de Inversión Local, de 2013) ha puesto de relieve varias de las «debilidades» de este Fondo, que se concretan en falta de previsión de efectos y de efectivo cumplimiento de lo ofertado por los contratistas.
- [6] Debe recordarse que las normas fundamentales de trabajo de la OIT prohíben el trabajo forzado (Convenciones 29 y 105) y el trabajo infantil (Convenciones 138 y 182) y establecen el derecho a la libertad de asociación y la negociación colectiva (Convenciones 87 y 98) y a la no discriminación en términos de empleo y ocupación (Convenciones 100 y 111). Las bases legales de las normas fundamentales de trabajo son las ocho convenciones centrales de la OIT arriba mencionadas, que han sido ratificadas por todos los 27 Estados miembros de la UE.
- [7] El modelo social de nuestra Constitución no es de elección, sino que exige su máxima extensión en tanto las condiciones socioeconómicas y presupuestarias lo permitan. Solo así puede hablarse de verdadera justicia social (que forma parte del artículo 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del artículo 9.2 CE. Basta recordar como ya en 1944 la importante Declaración de Filadelfia (actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo) declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social. Y, para ello, tenemos como marco de referencia la importante Agenda 2030 para el desarrollo sostenible aprobada por Naciones Unidas en 2015 (en vigor desde el 1 de enero de 2016), que contempla 17 Objetivos con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental (son un estrategia de futuro sumamente ambiciosa y transformativa). Agenda que se propone, entre otros objetivos, el de un cre-

- cimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible como algo esencial para lograr la prosperidad. Asimismo, la Agenda aborda los factores que generan violencia, inseguridad e injusticias, como las desigualdades, la corrupción, la mala gobernanza y las corrientes ilícitas de recursos financieros y armas.
- [8] En España, según estos últimos estudios de la OCDE, solo el 28% de la contratación pública se adjudica a éstas (Estudios Económicos de la OCDE, España, noviembre 2018).
- [9] La justificación de esta nueva visión de la contratación pública obliga a repensar la política de contratación pública, que debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir vía contrato público y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un principio irrenunciable de la decisión a adoptar. Es más, conforma un elemento de lo que sería la correcta aplicación del principio de buena administración (por todas STJUE 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates*, que lo vincula a la diligencia). Difícilmente se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y el contrato.
- [10] Me remito al documento 50 criterios de calidad y excelencia en la contratación pública: <http://www.agoraceg.org/banco-conocimiento/50-criterios-de-calidad-y-excelencia-para-la-prestacion-del-servicio-que-aportan->.
- [11] Y es necesaria una interpretación también funcional. La STJUE de 18 de octubre de 2018, asunto C-606/17, indica que un acuerdo por el que un operador económico se compromete a elaborar y suministrar un producto a diferentes administraciones como contrapartida de una financiación destinada íntegramente a la consecución de este objetivo, debe ser considerado un contrato «oneroso» en el sentido de las directivas sobre contratación pública.
- [12] Interesa destacar, no obstante, que este precio no es en todo caso una retribución económica en metálico, sino que, a efectos de la necesaria onerosidad de un contrato público, por precio se entiende cualquier contraprestación con un valor que preserve la equivalencia de las prestaciones (propia de cualquier relación sinalagmática). Lo que hay que conseguir es un valor razonable.
- [13] Interesa destacar ya en este momento la importancia de la planificación, tanto de necesidades como de desarrollo del procedimiento de contratación. Al respecto, vid. J. GONZALEZ GARCIA, «Ley de Contratos del Sector Público y Entidades Locales: la exigencia de planificación de la contratación», Cuadernos de Derecho Local núm. 48, 2018, pp. 247-264.
- [14] Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).
- [15] Conviene advertir, en todo caso, que la valoración de la calidad, como criterio de adjudicación no está

necesariamente vinculada a su valoración conforme a criterios de juicio de valor (discrecionales) y puede ser objeto de valoración mediante criterios reglados o automáticos.

- [16] Obviamente, no puede establecerse criterios que bajo la apariencia de objetivos no tengan otra intención que la de la participación final de una determinada empresa, pues se vulnera el principio de igualdad de trato referido en el artículo 18.2 de la Directiva.
- [17] Interesa mucho que gestores y órganos de control se alineen debidamente con este objetivo, lo que exige una correcta «relectura» de lo que ordena al respecto nuestra Ley de Contratos del Sector Público, en especial las previsiones del artículo 145 LCSP, que diluyen la directa vinculación con el objeto de la prestación.

REFERENCIAS ↓

- BERNAL BLAY, M.A. (2013): «El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos», en libro *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor.
- BLANCO LOPEZ, F. (2018): «La doctrina social de los tribunales administrativos de recurso ante la contratación pública estratégica», libro col. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XVIII, *La Ley de Contratos del Sector Público*.
- CANALS AMETLLER, D. (2018). «Divisibilidad del objeto contractual y otras medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública», Cuadernos de Derecho Local núm. 48.
- CASARES MARCOS, A. (2017): «Función de las cláusulas sociales en relación con la prestación contractual: La definición del objeto contractual y su introducción como condición especial de ejecución», en la obra colectiva dirigida por GARCÍA ROMERO y PARDO LÓPEZ, *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Cizur Menor.
- DE GUERRERO MANSO, C., (2018): «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública» en Revista Aragonesa de Administración Pública. Monografía XIX: *Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental*.
- DÍEZ SASTRE, S., (2017): «Contratación pública socialmente responsable», en la obra colectiva *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Civitas, Cizur Menor.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2017): «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, núm. 4, enero-diciembre 2017, págs. 92-113.
- GARCIA JIMENEZ, A. (2018): *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, Tecnos.
- GIMENO FELIU, J.M. (2006): *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación europea*, Civitas, Cizur Menor.
- GIMENO FELIU, J.M. (2014): *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.

GIMENO FELIU, J.M. (2016): Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», número monográfico de la revista Presupuesto y Gasto Público sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno, núm. 82, 2016.

GIMENO FELIU, J.M., (2017): «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites», Anuario del Gobierno Local 2017, Fundación y Democracia Gobierno Local.

GIMENO FELIU, J.M., Director, (2018): *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor.

GIMENO FELIU, J.M. (2019 b): *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019.

GIMENO FELIU, J.M. (2019a): «La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 159.

GAMERO, E. y GALLEGO, I. (2018): *Tratado de Contratos del Sector Público*, 3 vol., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GÓMEZ GUZMÁN, J.C. (2018): *La determinación del precio en los contratos públicos con base en el coste*, La Ley.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2015): «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56.

GONZALEZ GARCIA, J. (2018): «Ley de Contratos del Sector Público y Entidades Locales: la exigencia de planificación de la contratación», *Cuadernos de Derecho Local* núm. 48, 2018.

HERNÁNDEZ SALGUERO, E., (2018): «Cláusulas sociales en la contratación pública», en la obra colectiva *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia.

LAZO VITORIA, X. (2018): *Compra Pública Verde*, Atelier, Barcelona.

LAZO VITORIA, X. (2019): «Compra pública verde en el sector de la alimentación. Una primera aproximación», libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Aranzadi, Cizur Menor.

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

MEDINA ARNAIZ, T. (2011): «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor.

MEDINA ARNAIZ, T. (2013): «Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 121.

MEDINA ARNAIZ, T. (2018): «Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo», en libro col. *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Cizur Menor.

MEDINA ARNAIZ, T. (2019): «El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública», libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Aranzadi, Cizur Menor.

MESTRE, J.F., y MANEN, L.,(2018): *La Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MIRANZO DÍAZ, J. (2019): «La contratación pública como motor de cohesión social tras la Ley 9/2017», *Gabilex*, núm. extraordinario vol. I, marzo 2019.

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

MORENO MOLINA, J.A. (2018b): «Objetivos y novedades destacables de la Ley 9/2017 de contratos del sector público», *Revista Gallega Administración Pública* núm. 55.

PALACÍN SÁENZ, B. (2016): «La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?», *Gabilex*, núm. 7.

PERNAS GARCIA, J. (2012): «El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales» en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, coord. por Fernando López Ramón, Civitas, Cizur Menor.

PONCE, J., (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid.

PORTER, M., (junto con Thomas H LEE), «The strategy that will fix health Care», *HBR*, octubre 2013.

RODRIGUEZ ARANA, J. (2013) «La contratación del sector público como política pública», en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor.

ROMEO RUIZ, A. (2018): «Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», *REDA* núm. 191

VALCÁRCEL, P. (2016): *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, Cizur Menor.

VARA ARRIBAS, G., (2008): «Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública», *Revista Española de Derecho Comunitario* núm. 26.