

PRÓLOGO

POR UNA “NAVEGACIÓN” ESTRATÉGICA EN EL OCÉANO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Tengo el honor de prologar esta interesante obra colectiva, dirigida por Jorge Muratorio, que aborda, de manera excelente temas claves de la contratación pública en Argentina.

La contratación pública, aun con las singularidades de cada país, presenta unas características globales por las que, en palabras del Papa Francisco, sería conveniente una solución global (Encíclica “Fratelli tutti”, octubre 2020). Por ello quizá interesan algunas ideas globales sobre el rol de la contratación pública en el siglo XXI orientada al servicio de la ciudadanía y de la buena administración.

La estrella polar de la contratación pública, 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⁽¹⁾. 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”⁽²⁾. La exigencia de ca-

(1) *Reflexiones sobre la aplicación de la normativa de contratación pública en España: en búsqueda de la estrella Polar*” en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos, *pública 2022 (Dir.)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 17-47.

(2) 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 Martín-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.

lidad en la gestión pública (con el instrumento del contrato público) no significa un mayor gasto, ni cuestiona en sí 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). 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⁽³⁾. 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. 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 la finalidad última es conseguir una regulación eficiente. 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 resultado.

Asimismo, transparencia, rendición de cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura de la gobernanza pública económica en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética⁽⁴⁾. Brújula que señala como norte una visión estratégica y horizontal frente a planteamientos excesivamente burocráticos o formales y postulados meramente economicistas⁽⁵⁾. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en cómo utilizar de la mejor manera los 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. Y muy especialmente en situaciones excepcionales⁽⁶⁾.

(3) 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* núm. 186, 2011, pp. 91 y ss., T. MEDINA ARNAIZ, “Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad”, *Papeles de relaciones eco sociales y cambio global*, núm. 121, 2013, pp. 87-97; y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en *Tratado de Contratos del Sector Público*, E. Gamero casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 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.

(4) Justicia social (que forma parte del artículo 1º de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del artículo 9.2 CE. Basta recordar cómo 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.

(5) 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.

(6) Como ha puesto de relieve M. MAZZUCATO, *No desaprovechemos esta crisis: fortalecer el sector público como premisa para la recuperación*. Galaxia Gutemberg, 2021, que dedica un capítulo a ello.

Contratación pública estratégica como resultado necesario del camino marcado por la estrella polar de la calidad y el valor del resultado, que obliga, 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”⁽⁷⁾.

Estrategia en la compra pública que no debe ser una mera opción sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable⁽⁸⁾, como se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza⁽⁹⁾, 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⁽¹⁰⁾. 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

(7) En este contexto hay que recordar la proposición no de ley aprobada por consenso de todos los grupos de las Cortes de Aragón de 5 de mayo de 2022 (núm. 209/22), sobre la inclusión de consideraciones de sostenibilidad social, medioambiental y sostenibilidad económica en las licitaciones de la Administración pública.

(8) 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*, núm. 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* núm. 58, 2021 y C. DE GUERRERO MANSO, “Contratación Pública y Derechos Humanos”, *Revista de Contrataciones Públicas* núm. 8, diciembre 2022.

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

(10) 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 “[c]on 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)”.

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 discriminación. Asimismo, en esta nueva visión guiada por los parámetros 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)⁽¹¹⁾.

La nueva “navegación contractual” aconseja un “big bang” en la contratación pública a escala global para incorporar una visión disruptiva regulatoria (y en la gestión pública y privada), que ponga el acento en la calidad y la mejora prestacional de los diferentes servicios públicos. 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. Para ello 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⁽¹²⁾. 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”, en palabras del profesor Luciano VANDELLI, de una burocracia formal (necesitamos una burocracia “inteligente”)⁽¹³⁾.

(11) 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.

(12) Vid. 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* núm. 59, 2022.

(13) *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.

Debe superarse una visión “precontractual” de la contratación pública para impulsar una cultura que ponga el acento en la mejor ejecución contractual (aquí descansa el interés general que es la causa del contrato). Por ello 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)⁽¹⁴⁾.

Por supuesto, es necesario el diseño de un moderno modelo de control mediante una Estrategia Nacional del Control de la Contratación Pública, que permita el equilibrio entre eficacia y garantía, promoviendo una arquitectura del control profesionalizada, que permita la fiscalización en tiempo real, incorporando el modelo de auditorías⁽¹⁵⁾. Y, en fase de ejecución, habilitación en la resolución de los posibles conflictos interpretativos a las fórmulas de arbitraje administrativo⁽¹⁶⁾.

La contratación pública, en esa perpetua búsqueda, en palabras del profesor peruano V. BACA⁽¹⁷⁾, 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 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 promuevan la eficacia de las políticas públicas

(14) 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

(15) Me remito a 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.

(16) Por todos, G. GARCÍA-ÁLVAREZ, “El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos,” libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Cizur Menor, 2020, pp. 549-564.

(17) 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.

y que concilien los intereses públicos en juego. Una contratación pública alineada, por ello, con los estándares de buen gobierno y buena administración (un derecho fundamental en los Estados de derecho del siglo XXI) y del respeto de los derechos humanos, como se ha puesto de relieve en la muy interesante sentencia de 27 de noviembre de 2023 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador.

Y para ello las reflexiones que contiene esta obra de Temas de contratación pública, son de especial interés en tanto puede impulsar ese big bang a favor de una nueva y moderna cultura de la contratación pública que permita impulsar políticas públicas y dinamizar, y no frenar, los cambios y transformación que, mediante el contrato público, demanda la ciudadanía (muy especialmente en los servicios dirigidos a las personas como la salud). En ello va el futuro del liderazgo de gestión de las instituciones públicas, de una moderna gobernanza pública económica, que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo ideológico.

Zaragoza, 2 de octubre de 2024

Jose María Gimeno Feliú

Catedrático de derecho administrativo.

Universidad de Zaragoza.

Codirector del Observatorio de contratación pública.