

UN ASPECTO DE LA PLANIFICACION EN LA CONTRATACION PÚBLICA COMO GARANTÍA DE LA REALIZACION DEL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA CALIDAD DE VIDA Y EL ACCESO A LOS SERVICIOS ESENCIALES

Almudena Fernández Carballal¹

ABSTRACT: El pilar europeo de derechos sociales proclama como uno de sus principales manifiestos el “acceso a los servicios esenciales” (Recomendación 2017/761 de la comisión de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales.) En el modelo europeo de contratación pública instaurado por las últimas Directivas, la relación calidad-precio-eficacia en los contratos, entre cuyos fines está la realización efectiva de este derecho, el “ciclo de vida” constituye un criterio de valoración de las ofertas y una de las principales novedades introducidas por el derecho comunitario -directiva 2014/24/UE del parlamento europeo y del consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública como criterio de adjudicación. En especial, por referencia al mantenimiento y conservación de la prestación en unas condiciones normales de seguridad, funcionalidad, accesibilidad y ornato públicos, para hacer efectivo el derecho de los usuarios al acceso a los servicios esenciales y a una calidad de vida como derecho fundamental.

SUMARIO. 1.- El acceso a los servicios esenciales y la calidad de vida como derecho social fundamental - El carácter dinámico del proceso de contratación y la vinculación al fin del contrato; 3.- La noción de criterios de adjudicación y la calidad en la contratación pública; 4.- La relación calidad-precio-eficacia de la prestación como principal criterio de valoración de las ofertas. Especial referencia al “ciclo de vida”. Su regulación en el Derecho Comunitario; 5.- El criterio del coste de mantenimiento y su integración por remisión a elementos reglados ligados al objeto del contrato 6.- El derecho a la ciudad como uno de los fines de la contratación pública. La transición del

¹.- Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña. Doctora en Derecho Urbanístico. Directora Ejecutiva de la Spin Off Ius Publicum Innovatio, Strategic Public Law.

paradigma de ciudad-negocio a ciudad-derecho como uno de los retos de la globalización.

1.- El acceso a los servicios esenciales y la calidad de vida como derecho social fundamental.

El Parlamento Europeo hizo un llamamiento en favor de un pilar europeo de derechos sociales sólido a fin de reforzar los derechos sociales, ejercer un efecto positivo en la vida de las personas a corto y medio plazo y apoyar la construcción europea en el siglo XXI .

El artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989, deben tener como uno de sus objetivos la mejora de las condiciones de vida.

La acción de la Unión que complementa las políticas nacionales, fomenta la cooperación en diferentes ámbitos, como es la cohesión económica, social y territorial (artículos 174 a 178 del Tratado). Este compromiso se basa en los principios del crecimiento sostenible y la promoción del progreso económico y social, así como la cohesión social.

En los modelos de Estado Social que instauran las Constituciones de los Estados miembros se proclama como un valor y derecho fundamental lo calidad de vida es esencial para el desarrollo integral de las personas acorde con la dignidad del ser humano. En la Constitución española se proclama en su artículo 45. La remisión a al legislador para concretar su contenido esencial se dispersa en distintos ordenamientos sectoriales. Por referencia a los servicios esenciales de agua potable, saneamiento,

energía eléctrica, las leyes sobre el Suelo o sobre el régimen del suelo y la ordenación urbana ocupan un lugar relevante.

La calidad de vida y la cohesión social y territorial se alcanza con un nivel mínimo y en condiciones normales de sistemas generales en el territorio (comunicaciones, zonas verdes y espacios libres, equipamientos comunitarios e infraestructura de servicios) a cuyo fin el Derecho urbanístico y el Derecho de la contratación pública habilita a la Administración de potestades para alcanzar una cohesión social y un estándar normal en dichos sistemas de seguridad, salubridad, funcionalidad, accesibilidad y ornato públicos .

El Pilar europeo de derechos sociales expresa los principios y derechos esenciales para el buen y justo funcionamiento de los sistemas de bienestar de la Europa del siglo XXI.

El “acceso a los servicios esenciales” constituye uno de dichos pilares. Se contempla en el número 20 como un principio rector de las políticas públicas relativas la “protección e inclusión social”:

“Toda persona tiene derecho a acceder a servicios esenciales de alta calidad, incluidos el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales. Deberá prestarse a las personas necesitadas apoyo para el acceso a estos servicios”²

En este trabajo, se trata de vincular las políticas públicas urbanísticas y la buena gobernanza en la realización del derecho fundamental a la calidad de vida.

2.- El carácter dinámico del proceso de contratación y la vinculación al fin del contrato.

².- Recomendación UE 2017/761 sobre el pilar europeo de derechos sociales. Diario Oficial de la Unión Europea 29.4.2017. L 113/56 L 113/56

El estudio del Derecho de la contratación debe partir de dos causas o presupuestos, por obvios que puedan resultar, como son el carácter dinámico y complejo del procedimiento de contratación desde un punto de vista formal, y la vinculación al fin de dicho procedimiento en relación con el objeto del contrato, desde una perspectiva material o sustantiva y para cuya eficacia el Ordenamiento jurídico pone en manos de la Administración un conjunto de potestades e instrumentos, con el fin último de garantizar determinados derechos fundamentales de las personas y, en particular, los derechos sociales, como destinatarios de la concreta prestación, obra o producto de que se trate.

En Europa, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 292), y la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000 protege y promueve una serie de principios fundamentales que son esenciales para el modelo social europeo. El Parlamento Europeo hizo un llamamiento a favor de un pilar europeo de derechos sociales sólido a fin de reforzar los derechos sociales (como es el acceso a los servicios esenciales (agua, saneamiento energía, transportes, comunicaciones) y a una cohesión económica social y territorial de calidad, en la que juegan un papel importante los equipamientos comunitarios. Unas prestaciones cuya calidad y eficacia están directamente vinculadas a los sistemas de contratación pública de los países de la Unión Europea³.

Así, por una parte, ha de partirse del doble carácter innato a todo procedimiento de contratación. Su carácter dinámico, derivado de su articulación en cuatro grandes fases, presididas todas ellas por los principios rectores de la buena administración, como 1) la licitación del contrato; 2) la adjudicación del contrato; 3) la ejecución del contrato y; 4) el mantenimiento y conservación de la prestación (obra, servicio, producto) objeto del

³ .Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017 , sobre un pilar europeo de derechos sociales [2016/2095 (INI); Declaración de Bratislava de 16 de septiembre de 2016; Declaración de Roma de 25 de marzo de 2017; Declaración conjunta de interlocutores sociales de 24 de marzo de 2017 . Vid, asimismo, la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales. Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J: Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales, Global Law Press-INAP, Sevilla, primera edición, 2015; Función Social de la Administración, Tomos I y II (coeditor), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2016;

contrato. Y es, asimismo, un procedimiento que participa de las características de lo que la doctrina administrativa ha calificado de procedimientos complejos. Esto es, un procedimiento integrado por otros procedimientos, cada uno de los cuales aisladamente considerado carece de sentido, el cual les viene dado, precisamente, por su conexión con vistas a la producción del acto que culmina el último de ellos. De manera, que el acto que pone fin a cada uno de los procedimientos simples es requisito sine qua non para abrir el siguiente, si bien vinculándose la Administración en cuanto a las determinaciones que existieron en las etapas precedentes, siendo la formalización del contrato el momento de su perfección

En el ordenamiento jurídico español, la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, de 8 de noviembre, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Aunque en ella no se define con claridad la adjudicación del contrato, se entiende que la misma es el acto declarativo de la Administración en virtud del cual el contrato pertenece en su ejecución a una determinada persona física o jurídica, denominada contratista. Por lo tanto, la ejecución del contrato puede conceptualizarse como fase intrínseca de la adjudicación, momento en el que se inicia el desarrollo del objeto del contrato para garantizar su concreta finalidad, una determinada prestación.

Ahora bien, la ejecución del contrato es sólo el inicio del desarrollo del objeto del contrato. Como condición de eficacia y calidad del objeto del contrato, el mantenimiento de la prestación de que se trate en condiciones de calidad e idoneidad y el coste que ello supone debe estar presente desde la fase de la licitación del contrato. Todo el procedimiento que da vida al contrato está vinculado a un fin: garantizar una prestación que sirva a los intereses generales de la comunidad. El presente estudio (centrado en el “coste de mantenimiento“ como uno de los costes que integran el coste del ciclo de vida como criterio de adjudicación de los contratos) se utiliza el término

“prestación objeto del contrato” por referencia a un producto, servicio u obra, en función del tipo del contrato.

En el Ordenamiento español, en un primer momento se contempló como el principal efecto jurídico del acto administrativo de la adjudicación la existencia del contrato administrativo. Tras la reforma de 2010, la perfección del contrato se remite al momento de la formalización, salvo los contratos sujetos a regulación armonizada, que se perfeccionan de conformidad con la legislación por la que se rijan.

En consecuencia, la adjudicación del contrato es el acto que pone fin al procedimiento de selección del contratista, si bien la perfección del contrato ha de entenderse remitida al momento de la formalización del mismo, que constituye así el verdadero acto creador de derechos y obligaciones para las partes contratantes. Unos derechos y obligaciones que se materializan en la fase de ejecución del contrato, pero también, y muy significativamente, en la conservación y mantenimiento de la prestación objeto el mismo.

Pues bien, la conservación y el mantenimiento de una concreta prestación y, más específicamente, los costes de dicha conservación o mantenimiento constituyen una de las principales novedades introducidas por el Derecho Comunitario en el Derecho de la Contratación Pública.

Elevada a la categoría de auténtica “institución jurídica” en otros sistemas legales del Derecho Público (como es el del urbanismo)⁴, la conservación y mantenimiento se proyecta: a) como elemento integrante de las bases que ha tener contener los Pliegos; b) como criterio de valoración de las ofertas; c) como criterio del adjudicación del contrato ; d) como deber social de tracto continuado en el tiempo una vez concluida la ejecución del contrato con la recepción de la obra o servicio de que se trate.

Así, un deber social del contratista o de la Administración en función del tipo de gestión indirecta o directa de la prestación que es independiente de la rentabilidad del bien raíz, que además no debe medirse sólo con los frutos civiles que produce –rentas-

⁴.- Vid. STS 9.II.1998 (Ar. 4306); Sala c-a, Secc. 4ª, Pte. E. Carrión Moyano, en relación con la conservación urbanística, íntimamente ligada con la fase de ejecución del contrato público y la conservación de la prestación.

sino también por la revalorización del mismo por el mero transcurso del tiempo y por la actividad de la comunidad, por el uso que la comunidad hace de la misma y por el coste de su mantenimiento en unas condiciones normales para servir a su finalidad, lo que a raíz de la Directiva 2014/2024 /UE debe ser considerado por el poder adjudicador como uno de los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato, como se analiza en estas páginas .

Y así como correlativo a ese deber, está el derecho que tiene la Comunidad a que la Administración Pública le preste los servicios básicos, como son los de alumbrado público, el abastecimiento de agua potable, alcantarillado y pavimentación de la vía pública⁵ en las condiciones necesarias para garantizar su seguridad, salubridad y ornato público y en orden a su conservación a los largo de toda su vida útil⁶ .

Dicho de otra manera, está avocada al fracaso cualquier alegación por parte del contratista en el sentido que la falta de conocimiento de la rentabilidad del producto, servicio u obra hace imposible el cálculo de las obras de conservación y mantenimiento. O en otros términos y con carácter general, no puede entenderse como causa justificativa de la exención del calculo e este coste, razones o consideraciones de índole económica que pueda aducir el contratista⁷ .

Siendo así el mantenimiento o la conservación de la prestación objeto del contrato un deber general que hasta el momento debería entenderse implícito como un deber básico de todo el sistema de la contratación pública, a raíz de las Directiva 2014/24UE se convierte en una determinación jurídica que ha de estar presente a los largo del proceso de contratación

⁵.- Vid- STS 16.II.1999, c-a, Secc 6ª, Pte Xiol Ríos.

⁶.- Vid., a propósito de una renovación de la red de alcantarillado, STS 14.X.1991 (Ar. 7649), Sala c-a, Secc. 4ª, Pte. J. García Estartús.

⁷.- Vid. STS 9.II.1998 (Ar. 1531), Sala c-a, Secc. 5ª, Pte. J.M. Sanz Bayón.

II.- La noción de criterios de adjudicación y la calidad de la contratación pública en las Directivas sobre contratos públicos .

Las Directivas constituyen el instrumento esencial del sistema comunitario de contratación pública. Así se ha reconocido de manera oficial en el Libro Verde⁸. En el caso de la Directiva 2014/24/UE en la que se apoya el presente estudio, es indudable la especial relevancia que tiene la noción criterios de adjudicación. De acuerdo con el principio de buena regulación, la Directiva apela por la utilización de fórmulas sencillas y lo más racionales posibles y fomenta una mayor orientación hacia la calidad de la contratación pública⁹.

Así, y para evitar confusión con los criterios de adjudicación tradicionales como es la «oferta económicamente más ventajosa» en las Directivas 2004/7/CE y 2004/18/CE, se opta por una terminología diferente: “ la mejor relación calidad –precio”. Los Estados miembros debían disponer explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debe evaluarse sobre la base de *la mejor relación calidad-precio o de* la relación coste-eficacia, teniendo los poderes adjudicadores libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato.

La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta

⁸.- Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro, Comunicación adoptada por la Comisión de 27 de noviembre de 1996.

⁹.- Cfr., Sobre los principios de la buena Administración, cfr. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2006; El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración, Reus, Madrid, 2013; El derecho a una buena administración para los ciudadanos, Netbiblo-INAP, 2013; The right to a good administration for citizens, Inap, Madrid, 2015 “Los principios generales del Derecho de la contratación pública”, Revista Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nº 66, 2011.-

es la oferta económicamente más ventajosa en clave de calidad *de la contratación pública*.

Estos criterios deben permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyan aspectos sociales y medioambientales.

Los poderes adjudicadores deben elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a las necesidades de la comunidad. Unas necesidades que están presentes después de la fase de la ejecución del contrato y que deben estar garantizadas como condición de eficacia de su objeto. Lo que determina que para valorar cuál es la oferta económicamente más ventajosa y el coste más bajo, el poder adjudicador debe basarse en un planteamiento que considere *el coste del ciclo de vida, precisándolo* en los pliegos de la contratación con la suficiente concreción y detalle, y *determinado la ponderación relativa que atribuya al mismo con una amplitud máxima adecuada y razonable que, en todo caso, debe estar motivada*. En el supuesto contrario, el pliego *incurriría en un vicio de indefinición*. Como ha señalado RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, “en lo contratos administrativos, el juego del interés público al que debe servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación”¹⁰.

La determinación de los criterios de adjudicación exige que tengan relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos o, en su caso, en el anuncio de licitación con ponderación de los mismos. Así

¹⁰.- Cfr. RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J: “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas”, en la Contratación administrativa en Iberoamérica, Ed. Cameron May, Londres, 2008, p. 460.

ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación de que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o mejoras en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores, en la Sentencia de 16 de octubre de 2003¹¹.

O como ha declarado el TJUE en Sentencia de 4 de diciembre de 2003¹², “los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”

El Derecho comunitario sobre contratos públicos pone el acento en la fase de preparación y adjudicación del contrato¹³. Se trata de garantizar que todos los licitadores tengan ocasión de ponderar sus ofertas con pleno conocimiento de los elementos que van a ser valorados, para evitar que la indefinición de las mejoras y su ponderación les impida poder formular sus ofertas en condiciones de plena igualdad, de acuerdo a sus características y potencial empresarial y sus estrategias, dentro del principio de libertad de mercado¹⁴.

El conocimiento de los criterios de adjudicación con la suficiente concreción en la medida de lo posible y previsible constituye un elemento determinante del contenido del contrato, porque posibilita una adecuada formación de las ofertas, permite efectuar una valoración de las mismas sujeta a criterios reglados conforme al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

¹¹ .- Asunto Traunfellner GMBH.

¹² .- Asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria.

¹³ .- Cfr. MEILAN GIL, JL: Los contratos públicos en el Derecho de la Unión Europea, La contratación administrativa en España e Iberoamerica, Ed. Cameron-May, Londres2008, p. 526

¹⁴ .-, Vid , en el ordenamiento español, los arts. 1, 147 y 150 del TRLCSP.

III.- La relación calidad-precio-eficacia de la prestación como principal criterio de valoración de las ofertas. Especial referencia a los “costes de mantenimiento” de la prestación como parte integrante del “coste del ciclo de vida”. Su regulación en el Derecho Comunitario.

Como se ha señalado, constituye el objeto de este estudio el mantenimiento y conservación de la prestación (obra, servicio, producto), a propósito de uno de los criterios de valoración de las ofertas que vino a introducir la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE que regula los criterios de valoración de las ofertas.

Una de las novedades de la mencionada Directiva 2014/24/UE, conocida como la Directiva clásica, ha sido potenciar la calidad sobre el precio en la valoración de las ofertas e incluir **el ciclo de vida como criterio de valoración de las mismas**.

A raíz de esta Directiva, para determinar la oferta más ventajosa o la oferta “mejor relación calidad – precio” (como señalan las Directivas 2004/7/CE y 2004/18/CE) la decisión relativa a la adjudicación del contrato no debe basarse como criterio preferente en el precio o el coste, sino que ha de tener en cuenta otros factores o criterios de valoración.

Con la finalidad de fomentar una mayor orientación hacia la calidad de la contratación pública, la Directiva 2014/24 UE introduce el “ciclo de vida” como criterio de valoración de las ofertas, basado en la relación coste – eficacia de la prestación objeto del contrato. Su determinación será el resultado de una ponderación o valoración motivada de distintos factores. Así, los frutos que produce la prestación, la revalorización de la misma por el mero transcurso del tiempo, la actividad o utilización que hace de ella la Comunidad y todos los costes que exigirá su mantenimiento y

conservación a lo largo del tiempo en unas normales condiciones que garanticen la seguridad pública de la prestación, su funcionalidad pública, su habitabilidad pública, su salubridad pública, su accesibilidad pública y también su ornato público.

Al ser recogido este criterio en la Directiva, su función informadora llega no sólo hasta esta norma sino a la normativa de los Estados. En el caso español, el art 148 hace referencia a esta variable al definir el coste de ciclo de vida como criterio de valoración de las ofertas. El objetivo de un procedimiento de contratación pública es seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y para determinar la oferta económicamente más ventajosa han de utilizarse los distintos criterios de valoración, entre los que como novedad ha de incluirse el ciclo de vida.

Como ha declarado el TSJCE, las previsiones de la Directiva “poseen efecto directo por resultar, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, es decir, que no necesitan de ninguna medida particular de aplicación, por lo que los particulares pueden invocarlas frente al Estado, bien cuando éste se abstiene de adaptar el Derecho interno a la Directiva dentro el plazo, bien cuando hace una adaptación incorrecta”¹⁵.

En España, La Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en su art 148 se introduce este nuevo criterio de adjudicación en los siguientes términos. Bajo la rúbrica: “Definición y cálculo del ciclo de vida”, dispone el Proyecto de Ley:

- 1. A los efectos de esta Ley se entenderán comprendidos dentro del «ciclo de vida» de un producto, obra o servicio todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso: la investigación y el desarrollo que deba*

¹⁵ Vid.- Sentencias del TSJE de 20 de septiembre de 1988 (As 31/87), de 24 de septiembre de 1998, As- c-76/97 entre otras.

llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización.

2. *El **cálculo de coste del ciclo de vida** incluirá, según el caso, la totalidad o una parte de los costes siguientes en que se hubiere incurrido a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra:*

a) los costes sufragados por el órgano de contratación o por otros usuarios, tales como:

1.º Los costes relativos a la adquisición,

2.º Los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos,

3.º Los costes de mantenimiento,

4.º Los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado.

b) Los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; estos

costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático.

En los casos en que una norma de la Unión Europea haga obligatorio un método común para los costes del ciclo de vida, se aplicará el mismo a la evaluación de los citados costes.

3. *Cuando los órganos de contratación evalúen los costes mediante un planteamiento basado en el cálculo del coste del ciclo de vida, indicarán en los pliegos los datos que deben facilitar los licitadores, así*

como el método que aquellos utilizarán para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos.

El método utilizado para la evaluación de los costes imputados a externalidades medioambientales cumplirá todas las condiciones siguientes:

a) Estar basado en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios; en particular, si no se ha establecido para una aplicación repetida o continuada, no favorecerá o perjudicará indebidamente a empresas determinadas;

b) Ser accesible para todas las partes interesadas;

c) La información necesaria debe poder ser facilitada con un esfuerzo razonable por parte de las empresas, incluidas aquellas procedentes de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública

de la Organización Mundial de Comercio o de otros Estados signatarios de algún otro Acuerdo Internacional que vincule a España o a la Unión Europea”

El presente estudio se centra en uno de esos *costes sufragados por el órgano de contratación o por otros usuarios, como son los costes de mantenimiento del producto, servicio u obra, y su relación con los costes de final de vida.*

Con este nuevo planteamiento en clave de coste-eficacia, el poder adjudicador deberá considerar como criterio de valoración el cálculo del coste del ciclo de vida, que incluye entre otros, los costes de mantenimiento, como estadio intermedio, de tracto continuado entre los costes de utilización y los de final de vida. Un final de vida que dependerá en gran medida de la calidad del mantenimiento y de la conservación de la prestación por los usuarios y por las partes contratantes, respectivamente, en función en el caso de la conservación de quien haya asumido en el contrato este “deber social”.

¿Se trata el mantenimiento y la conservación de la prestación de un límite interno que define todo contrato del sector público y como tal límite ha de tenerse en cuenta cuando se trata de adjudicar contratos?. ¿Se trata de uno de los rasgos o caracteres que forman parte de la propia fisionomía del contrato y que contribuyen, por una parte, a definir el contenido el contrato, a su estatutorización, y por otra parte, a garantizar su última finalidad: hacer efectivos los derechos fundamentales de los usuarios de la prestación objeto del contrato?.

Convertido el ciclo de vida de la prestación como criterio de valoración decisivo en la elección de la oferta, el mismo requerirá su concreción entre los requisitos que formule el poder adjudicador en las especificaciones técnicas. Como declara la STCE de 10 de mayo de 2012 (As.C-368/10) Comisión Europea: “los criterios de adjudicación, que son también condiciones generales de un contrato público, ya que serán decisivos en la elección de la oferta que sea seleccionada entre las que cumplen los requisitos formulados por el poder adjudicador en las especificaciones técnicas”

Se trata de un concepto el del “ciclo de vida” que si bien inicialmente podría parecer como jurídico indeterminado, el mismo se integra por remisión a un conjunto de

parámetros de calidad de carácter reglado que señala el art. 68 de la Directiva. En concreto

a) la calidad y eficacia de la prestación, que incluye el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, la seguridad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

b) la calidad y eficiencia del personal, esto es, la organización, la cualificación y la experiencia de los agentes encargados de ejecutar el contrato

c) la calidad y eficacia de los efectos de la fase de ejecución del contrato, como el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución.

En consecuencia, la normativa de cada Estado miembro deberá considerar este criterio y transponerlo en su ordenamiento con el debido desarrollo normativo. Y en su virtud, el legislador prever bien que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio o el coste como único criterio de adjudicación o bien limitar la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos, siendo el coste de mantenimiento de la prestación a lo largo de toda su vigencia al servicio de la Comunidad o lo que es lo mismo “el coste de mantenimiento del ciclo de vida” uno de los criterios determinantes para garantizar la calidad y eficacia de la contratación pública.

Queda así superada cualquier postura doctrinal que identifique o integre el concepto del coste del ciclo de vida con el coste ambiental del ciclo de vida o que considere éste como prioritario en la fase de licitación, en la valoración de las ofertas y en la adjudicación del contrato¹⁶. El coste de mantenimiento de la prestación (producto, servicio u obra) es distinto a los costes ambientales externos.

¹⁶.- Sobre el coste ambiental del ciclo de vida, vid. Directiva 2011/92/UE de 13 de diciembre, de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privado sobre el medio ambiente.

El coste de mantenimiento se vincula y afecta al hábitat urbano y a garantizar una imagen urbana en todo momento que garantice al individuo un estándar mínimo de bienestar. Es incuestionable la llamada que hace la Directiva 2014/24/UE a los poderes públicos para fomentar políticas urbanas en las que se opte por modelos de ciudad con un estándar normal de seguridad pública, de habitabilidad pública, de salubridad pública, de accesibilidad pública en las obras y servicios que estructuran la ciudad que permitan garantizar el disfrute y desarrollo de los derechos fundamentales.

La contratación pública juega un importante papel. El mantenimiento de la prestación (obra o servicio) ha de estar presente en todo el proceso de contratación desde la licitación con la formulación de las bases del pliego por el órgano de contratación hasta la ejecución del contrato. Los gastos o costes que se devenguen del mantenimiento y de una normal conservación de la prestación objeto de un contrato público ocupan un lugar decisivo a raíz de la cuarta generación de Directivas sobre contratación y un límite que en todo caso, debe delimitar el contenido de los contratos públicos de obras, suministros y servicios en los sectores tradicionales.

Un repaso de las distintas clases y elementos de composición de las dotaciones urbanísticas que por su área de servicio conforman la Ciudad sirven como ejemplo para concluir como un buen anuncio de licitación y una buena valoración de las ofertas en este tipo de contratos que tenga en cuenta el mantenimiento de la obra, suministro o servicio y los costes que su mantenimiento exige como deber social, inciden directamente en el bienestar de la sociedad y en las condiciones de vida e la persona.

Podrían darse ejemplos concretos. Si bien la enumeración de los elementos estructurales que conforman la ciudad, resulta suficiente para constatar que la última finalidad de un contrato público, como es ejecutar una prestación al servicio del interés general, con independencia de su forma de gestión, sólo se alcanza teniendo presente el

”coste del mantenimiento” desde que se inicia un proceso de contratación hasta la última fase de ese proceso, la fase de conservación y mantenimiento.

Los cuatro elementos determinantes que estructuran la ciudad están vinculados precisamente a la eficacia del ejercicio de los derechos fundamentales relacionados con el bienestar social y las condiciones de vida:

1) Las comunicaciones y sus zonas de protección: autopistas, autovías, carreteras, canales, etc, vías pecuarias, peatonales, paseos marítimos, puertos, aeropuertos, estaciones y terminales de los modos de transporte como el metro y el tranvía, ferrocarriles, gasolineras, etc.

2) Los espacios libres: parques, jardines públicos y zonas verdes, espacios de recreo y expansión, parques deportivos

3) Los equipamientos: administrativos (Administración Pública, Ayuntamiento, policía, protección civil, defensa y acuartelamiento, bomberos contra incendios, cárceles-penitenciario, correos, telégrafos y teléfonos, juzgados, Registro civil, Registro de la Propiedad, Seguridad social y empleo, tributos y recaudación, mataderos, etc), comerciales, culturales, docentes, sanitarios, cementerios, asistenciales, religiosos, ocio culturales o recreativos.

4) Infraestructuras de urbanización: abastecimiento de agua, saneamiento, energía eléctrica, limpieza, basuras, residuos lodos y sólidos, alumbrado público, gas, TV y FM, etc.).

No es infrecuente encontrarse con contratos de obras o servicios que tengan por objeto alguno de los elementos o dotaciones de las señaladas, y en los que pueden existir la posibilidad de variantes en la solución final. De ahí, la necesidad de tener como un criterio prioritario de valoración de las ofertas el del coste de utilización y mantenimiento. A modo de glosa, en Europa acudimos a la era de los “arquitectos estrella” para obras en las que posteriormente su conservación y utilización tiene un coste elevadísimo por no poder limpiar las ventanas desde el interior del edificio o tener que contratar grúas para dichas limpiezas, o por el paisajismo de diseños de jardines en los que los servicios de mantenimiento no pueden realizar sus labores debido a la ubicación de la dotación o a la existencia de condicionantes de seguridad y salud

(taludes imposibles, riesgo de caídas al vacío, etc...). Y así, un decálogo de obras en las que no se valoró adecuadamente el posterior coste de utilización y de mantenimiento y conservación.

El efecto que ha de atribuirse a la Directiva 2014/24/UE al introducir el coste de utilización y de mantenimiento de las obras y servicios en los procedimientos de contratación como criterio de valoración de las ofertas (arts. 67 y 68) debe ser directo en todo proceso de contratación que tenga por objeto una obra, producto o suministro cuyo destino sea contribuir a hacer Ciudad. O en otros términos, necesarios para garantizar el derecho a la ciudad. .

IV. El criterio del coste de mantenimiento y su integración por remisión a elementos reglados ligados al objeto del contrato.

El criterio del coste de mantenimiento de la prestación como uno de los principales criterios de valoración de las ofertas cuando se trate de obras o servicios necesarios para garantizar el derecho a unas condiciones de vida tiene como finalidad que aquellos se mantengan en condiciones de seguridad, salubridad, accesibilidad, funcionalidad con la finalidad tanto de evitar riesgos a personas y cosas o peligros para la higiene o la salud así como para el adecuado sostenimiento de la llamada imagen urbana o una ciudad con un estándar o condiciones normales” o “mínimas” de mantenimiento.

Pero cuáles son dichas condiciones normales de mantenimiento de la prestación que permitan calcular los costes de mantenimiento de una concreta obra o servicio en el momento de la presentación de las ofertas.

La referencia a dichas condiciones deben preverse en el pliego. Se trata de “condiciones normales”, no de un mantenimiento que suponga mejoras de interés

general o que suponga obras más allá de las necesarias para que la prestación pueda cumplir la finalidad con la que fue ejecutada. Ahora bien, es obligación del contratista a la hora de elaborar su oferta concretar y valorar dicho coste amparándose en el proyecto de urbanización o edificación que se presente con la oferta. Pues son las mismas condiciones las de mantenimiento que las que el proyecto debe definir y que servirán para valorar la adecuación del proyecto con la finalidad que se prevé para la prestación objeto del contrato. Se trata de definir las obras “estrictamente necesarias” e “imprescindibles” para garantizar que la concreta prestación podrá mantenerse en condiciones de seguridad, salubridad, funcionalidad y accesibilidad públicas a lo largo de su existencia en evitación de desgracias personales o de daños materiales y de proveer a la seguridad pública y personal como condiciones necesarias de calidad de vida y bienestar.

La seguridad, salubridad y el ornato públicos constituyen conceptos jurídicos indeterminados en los que ha de darse preferencia en su apreciación a las valoraciones de quien institucionalmente tiene encomendado el cuidado de los intereses colectivos, frente a los criterios lógicamente subjetivos de los particulares. Lo que no significa que en la aplicación de tales conceptos juegue la voluntad de la Administración, pues tal apreciación ha de consistir en un juicio de comprensión de unas circunstancias reales que, en este caso, vendrán definidas en las ofertas, debiendo el poder adjudicador valorar cuál responde a una oferta más ventajosa calidad –coste –eficacia en lo que se refiere a la viabilidad técnica y económica de mantenimiento de la obra o servicio.

Como es sabido, todo tipo de obra exige, por su propia naturaleza y disposición reglamentaria, la redacción de un proyecto o estudio previo en que se detallen las exigibles, en base a unas inexcusables exigencias por razones de seguridad o salubridad, no siendo admisibles intimaciones genéricas o carentes de precisión¹⁷.

Cuando se trata de un contrato de obra o de servicios se exige que en la oferta se acompañe el correspondiente proyecto técnico, cuya finalidad, entre otras, es también, la de garantizar la seguridad, salubridad y habitabilidad, e incluso la estética de las

¹⁷.- Vid. STS 26.II.2001 (Ar. 2802), Sala c-a, Secc. 5ª, Pte. J. Rodríguez-Zapata Pérez.

construcciones, teniendo la Administración que velar por tal seguridad y demás condiciones ordinarias de mantenimiento. Y esta seguridad y salubridad se va a derivar, en buena medida, de la formación del profesional que redacte el proyecto, por lo que la titularidad profesional del proyectista de la obra forma asimismo parte, como uno de los elementos a considerar para determinar la “suficiencia” del proyecto presentado y la valoración del coste de ciclo de vida¹⁸.

Así, el contenido de una oferta se ajustará plenamente a los fines perseguidos de conservación o mantenimiento, cuando los costes reflejados en la oferta tengan por única y exclusiva finalidad mantener la urbanización, la construcción, la instalación, etc en condiciones de seguridad y salubridad para “en general los ciudadanos que por allí transiten o permanezcan de modo más o menos habitual”¹⁹ y para no causar un perjuicio o poner en situación de riesgo la “normalidad del uso” de la edificación, construcción, instalación o servicio o la salud de los usuarios.²⁰ Unos costes, por otra parte, que deben ser precisos y concretos en la medida de lo posible y previsible, pues de lo contrario la oferta incurriría en un vicio de indefinición en este aspecto en el momento de su valoración.

Por un lado, en los pliegos de la contratación, los poderes adjudicadores indicarán los datos que deben facilitar los licitadores y el método que utilizará el poder adjudicador para determinar el coste del ciclo de vida²¹, pudiendo ser suficiente en el anuncio de licitación la referencia a una declaración genérica sobre la necesidad de integrar en la oferta el elemento de los costes de mantenimiento, en las ofertas es necesario que se cumpla el requisito de la concreción del contenido y valoración del mantenimiento de la prestación en la medida de lo racionalmente posible y previsible²². Un contenido que variará en función del tipo del contrato y del tipo de prestación objeto del contrato pero que requiere el requisito de la concreción.

La indicación y precisión de los costes de mantenimiento ha de ser suficiente para que posibilite al poder adjudicador conocer cuál es la oferta más ventajosa en los

¹⁸.- Vid. STS 2.IV.1998 (Ar. 2792), Sala c-a, Secc. 5ª, Pte. J.M. Sanz Bayón

¹⁹.- Vid. STS 6.V.1998 (Ar. 3614), Sala c-a, Secc. 5ª, Pte. J.M. Sanz Bayón

²⁰.- Vid. STS 23.XII.1998 (Ar. 9731), Sala c-a, Secc. 5ª, Pte. J. Yague Gil.

²¹.- Cfr. MORENO MOLINA, JA, AA.VV. Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, Ed. El Consultor, Madrid, 2016 p. 192 y ss.

²².- Vid. STS 16.I. 2001 (Ar. 1181), Sala c-a, Secc. 5ª, Pte. R. Enríquez Sancho

términos ya indicados. Los costes de mantenimiento deberán estar en las ofertas delimitados y concretados con suficiente precisión y claridad en su contenido, , toda vez que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, una vez adjudicado el contrato, solamente podría exigirse al contratista el mantenimiento previamente valorado y necesario par que la prestación pueda cumplir su finalidad²³.

No son suficientes declaraciones genéricas, ni fórmulas abiertas que se debatan entre una inadmisibile disyuntiva abstracta, como tampoco la mera repetición del tenor literal del pliego o del precepto legal. El requisito de la concreción de los costes de mantenimiento e, incluso, la especificación de la metodología a seguir –y su valoración-, en la medida de lo racionalmente posible y previsible constituye presupuesto necesario e imprescindible para la validez y eficacia de una concreta oferta. En otros términos, y desde una perspectiva finalista, la “definición del contenido de una orden de ejecución se erige en requisito formal indispensable para que pueda alcanzar su fin.

En sentido contrario, una adjudicación de un contrato amparada en una oferta que no contenga en general una relación detallada de los costes de mantenimiento de la obra, servicio o producto de que se trate, podría incluso incurrir en una imposibilidad de ejecución que determinaría, la nulidad de pleno derecho del acuerdo del poder adjudicador; ante “un supuesto de imposibilidad determinante de la nulidad de pleno derecho” prevista en el Ordenamiento español en el art. 47.1, c) de la Ley 39/2015 , de Procedimiento Administrativo Común.

V.- El derecho a la ciudad como uno de los fines de la contratación pública.. La transición del paradigma de ciudad-negocio a ciudad-derecho como uno de los retos de la globalización.

Es necesario hablar de una ”aldea” global, de un entorno global, de una comunidad global , de un espacio global y, por supuesto, de un Derecho global, que

²³ .- Vid. STS 9.II.1998 (Ar. 1531), Sala c-a, Secc. 5ª, Pte. J.M. Sanz Bayón

ordena las relaciones sociales conforme a criterios de justicia. El derecho global se basa en un orden principista que influye en la realidad²⁴.

La contratación pública debe estar presidida por un conjunto de reglas sociales de comportamiento que, entre otros aspectos, contribuyan a la dignificación de la imagen urbana dentro de la ecuación que, en toda relación administrativa ha de existir entre la prerrogativa de la Administración y la garantía de los administrados, no sólo como “pilar básico en un Estado de Derecho”²⁵, sino además en cuanto finalidad última del Derecho administrativo.

Como se señaló en la última Cumbre de la Organización para la Cooperación y desarrollo (OECD) celebrada en México en el año 2015, “todos queremos ciudades en las que podamos disfrutar la vida y desarrollar nuestros derechos”. Resulta necesaria la transición del modelo de casa al modelo de ciudad en el desarrollo de las políticas urbanas, y la existencia de un hábitat urbano y de una imagen urbana que, en todo momento, permita al individuo un estándar mínimo de bienestar. Ciudades con un estándar normal del calidad, como fin último de las políticas urbanas.

El Derecho global tiene presente la tradición jurídica. Como ha declarado la doctrina “toma de ella sus grandes tesoros”²⁶ y lo más importante es que rescata el concepto de persona para el Derecho, y con la persona, la dignidad, al que se somete el ordenamiento global por propia voluntad.

Pues bien, en relación con el mantenimiento de la prestación (obra, servicio o suministro) como coste integrante del ciclo de vida de la misma y condición de eficacia de la adjudicación de un contrato, la impronta del *ius commune* y de los principios clásicos del derecho romano se recuperan por la Directiva 2014/24/UE sobre contratación al introducir la herramienta del coste del ciclo de vida y, en concreto, los costes de mantenimiento como uno de los medios para determinar la oferta económica

²⁴ .- Cfr. PHILIP C. JESSUP: *The International Problem of Governing Mankind*; The Castle Press, Claremont, California, 1947, p. 2.; RICHARD FALK: *Law in a Emerging Global Village, A Post-West pahalian Perspectives* (tansnational Publishers, Inc. Nueva York, 1998, p. 39-42.; RODRIGUEZ – ARANA MUÑOZ, J: *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España* (codirección), Thomson-Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2016; *El Derecho Administrativo Global y el Arbitraje Internacional de Inversiones*, Inap, Madrid, 2016

²⁵ .- Vid. STS 10.XII.1987 (Ar. 9648), Sala 4ª, Pte. A. Martín del Burgo y Marchán

²⁶ .- Cfr. DOMINGO OSLE, R.: *Que es el Derecho Global*, Ed. CGPJ, Madrid, 2008, p. 222.

más ventajosa (art. 68). La solidez y seguridad, la comodidad, la ordenación, disposición, proporción, el decoro y economía y la calidad de las edificaciones y construcciones se enraizaron como sabios principios teóricos de la buena edificación²⁷ –y construcción- y como condiciones normales de mantenimiento de todo tipo de obra.

Como se ha analizado a lo largo de este trabajo, son esas condiciones normales las que integran el concepto de costes de mantenimiento que ha previsto como novedad la Directiva 2014/24/UE en su art. 68 como uno de los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación de los contratos. Esas condiciones contribuirán a que el objeto del contrato, una determinada prestación (obra, servicio o suministro) sirva en el tiempo a su finalidad y en condiciones de calidad que garanticen el derecho a la ciudad o el derecho a unas condiciones de vida, como uno de los retos de la globalización en materia de contratación pública, la transición del paradigma ciudad como negocio en los procedimientos de contratación a ciudad como derecho²⁸.

Las ciudades inclusivas como forma de organización territorial urbana que permita garantizar la realización de los derechos humanos en un espacio público como derecho emergente y colectivo constituyen exponentes básicos de un fundamental y más amplio derecho a la buena administración del entorno urbano. El impacto global del tema tratado se halla en las recomendaciones e Informes del Parlamento Europeo que constituyen un reto global que es preciso abordar desde el Derecho. La influencia de la globalización jurídica sobre la protección de los derechos fundamentales, tomando en consideración algunos Tratados internacionales y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y del Tribunal europeo de Derechos Humanos está patente en la garantía del derecho a la ciudad entre otros. La Carta mundial del derecho a la ciudad de 2004 es uno de los manifiestos que reclama entornos urbanos y un acervo urbano en el que la persona como centro pueda desarrollarse en condiciones de libertad solidaria, de igualdad, y de participación, equidad y justicia.

²⁷ .- Cfr. CASTAÑEDA, J.: Compendio de los diez libros de Arquitectura de Vitrubio, Escrito en francés por Claudio Perrault (traducción), Imprenta de D. Gabriel Ramírez, Año de M. DCC. LXI, pp. LXXXVI y ss.

²⁸ Vid. Carta Mundial por un Derecho a la ciudad.

La salud en las ciudades, el bienestar de los ciudadanos y la calidad de vida, con especial atención a los sectores vulnerables, son valores que los poderes públicos deben garantizar con políticas urbanas en las que la ciudad se entienda fundamentalmente como un derecho.

La planificación urbana y los modelos de contratación pública deben avanzar hacia esta misma dirección: conseguir sociedades inclusivas desde la perspectiva del bienestar humano, en el marco del principio de progresividad como tendencia general de mejorar cada vez más la protección y el tratamiento de los derechos humanos y sociales en la globalización.

BIBLIOGRAFIA

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J: Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales, Global Law Press-INAP, Sevilla, primera edición, 2015;

Función Social de la Administración, Tomos I y II (coeditor), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2016;

El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2006

El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración, Reus, Madrid, 2013

El derecho a una buena administración para los ciudadanos, Netbiblo-INAP, 2013; The right to a good administration for citizens, Inap, Madrid, 2015;

Los principios generales del Derecho de la contratación pública”, Revista Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nº 66, 2011.-

“Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas”, en la Contratación administrativa en Iberoamérica, Ed. Cameron May, Londres, 2008.

MEILAN GIL, JL: Los contratos públicos en el Derecho de la Unión Europea, La contratación administrativa en España e Iberoamérica, Ed. Camero, Londres 2008,

MORENO MOLINA, JA.y VV,AA: Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, Ed. El Consultor, Madrid, 2016

ORDOÑEZ SOLIS, D.: La contratación pública en la Unión Europea, Ed Aranzadi, Navarra, 2002.

RAFAEL FERNÁNDEZ ACEVEDO Y PATRICIA VÁLCARCEL
FERNANDEZ(Dtr): La contratación pública a debate: presente y futuro, Ed.
Civitas-Thomson, Pamplona 2014,

SANCHEZ MORÓN, M: El Derecho de los contratos públicos en la Unión europea y sus estados miembros; Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.