

La compra pública como elemento tractor de la economía: necesidad vs. resiliencia

Public procurement like a driving force for the economy: necessity vs. resilience

Daniel Terrón Santos¹

¹ Universidad de Salamanca, España.

Correspondencia: datersa@usal.es

Resumen

Hoy en día la compra pública se ha convertido en un factor de crecimiento inteligente, sostenible e integrador, en la medida que sirve para estimular la competencia efectiva y de asegurar una mejor calidad y relación calidad precio cuando las autoridades públicas adquieran o contraten obras, servicios o bienes. Al mismo tiempo pretende incrementar la eficiencia en el gasto público y facilitar la participación y presentación de ofertas por parte de pequeñas y medianas empresas (PYMES). Todo ello sin olvidarse de posibilitar que los órganos de contratación puedan otorgar una mayor importancia a la calidad y a los aspectos medioambientales, sociales y a la innovación al llevar a cabo la adjudicación del contrato. Todo esto sirve para presentar una realidad que contempla a la compra pública como un elemento que debe servir como fuerza de empuje a cualquier economía nacional, no siendo posible que las Administraciones renuncien a este mecanismo aduciendo cualquier justificación peregrina.

Palabras clave

crecimiento inteligente, calidad, precio, eficiencia, participación, aspectos sociales, medioambiente, innovación.

Abstract

Today, public procurement has become a factor for smart, sustainable and inclusive growth, as it serves to stimulate effective competition and to ensure better quality and value for money when public authorities procure or contract works, services or goods. At the same time, it aims to increase efficiency in public spending and to facilitate the participation and submission of bids by small and medium-sized enterprises (SMEs). All this without forgetting to make it possible for contracting authorities to attach greater importance to quality, environmental and social aspects and innovation when awarding contracts. All of this serves to present

a reality that sees public procurement as an element that should serve as a driving force for any national economy, and it is not possible for administrations to renounce this mechanism.

Keywords smart growth, quality, price, efficiency, participation, social aspects, environment, innovation.

Introducción. La apuesta “nudge”

A punto de acabar el primer cuarto del Siglo XXI Todo sistema de contratación se caracteriza necesariamente por tener que ser más eficiente, transparente e íntegro que el anterior, en aras de mejorar el cumplimiento de los objetivos públicos. Al tiempo, se observa un marcado proceso de transformación de los propios objetivos públicos que, consecuentemente, se traslada a los medios para alcanzarlos, o al menos a la forma de utilizarlos, necesariamente distinta de la tradicional.

Los últimos procesos de modernización y revisión de las normas sobre contratación pública abogan de forma decidida por incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, así como permitir que los Poderes Públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes, incluyendo una integración adecuada de requisitos medioambientales. Sin que sea algo realmente nuevo, puesto que en Europa el grupo de Directivas de 2004 ya apuntaba hacia un logro de objetivos mediatos a través de la compra pública, sin bien no llegaban a fijar objetivos claros.

La búsqueda sobre todo de una mejor relación calidad–precio, obligando a los órganos de contratación a diseñar criterios de adjudicación que incluyan aspectos cualitativos medioambientales, sociales e innovadores, siempre vinculados al objeto del contrato, sirve para incluir el concepto de *nudge* incorporado a la Administración como aquella estrategia de intervención pública empleada para fomentar la adopción de decisiones que procuren objetivos indirectos o mediatos en los procesos de compra pública. Se trata de orientar inercialmente las decisiones en la línea considerada correcta por el poder público, sin recurrir a la coacción ni a los incentivos económicos¹. Puede aplicarse de diversas formas y

¹ Como es bien sabido, la teoría nudge saltó a la fama mundial en 2008 con el lanzamiento del libro *Nudge: Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*, de RICHARD THALER y CASS SUNSTEIN, en su edición en papel de 2017, Taurus, editado con el título “Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad”. Tal ha sido el impacto. Pero lo más importante, sin duda alguna, ha sido el seguimiento y aplicabilidad de la teoría, desde un primer momento, inicialmente en Estados Unidos y Reino Unido, sobre todo dentro del sector privado y luego adaptado a la sanidad pública y campos afines, pero se ha terminado por imponer, cierto es que mayoritariamente en el ámbito político, para procurar la consecución de objetivos de

en diversos momentos de las fases del procedimiento de contratación: incluyendo determinados criterios en los pliegos de licitación, en la selección del contratista, durante la ejecución de contrato.

Podría incluso confundirse con la actividad de fomento por parte de la Administración, si no fuera porque el *nudge* incluye un claro componente económico: el criterio para adjudicar un contrato se aleja de la oferta más económicamente ventajosa, así debería ser, priorizando diversos criterios entre los que, si bien sigue encontrándose el precio, no debería ser el factor determinante.

Dado que las normas ni pueden, ni deben desaparecer, no cabe ningún reproche si afirmamos que el *nudge* se convierte en el complemento ideal de las mismas. Bien entendido, previene gastos injustificados, procura una contratación y un manejo de las partidas de gastos en base a prácticas deseables y transparentes, pero sin olvidar que dada la economía de escala en la que se mueve la Administración, casi siempre debería pagar menos que lo que pagaría un particular por el mismo producto.

Como planteábamos, es difícil no entender que el *nudge*, debido a su componente económico, puede llegar a confundirse, al menos hay riesgo de que así sea, con la tradicional actividad de fomento. Pagar más por el “mismo producto”, puede verse sin duda alguna como un mecanismo de ayuda económica, aun indirecta, dada la contraprestación de bienes y servicios existente (De la Cuétara Martínez, 1979, p. 32).

No obstante, el componente económico del *nudge* hay que verlo y entenderlo desde la perspectiva de la eficacia y la eficiencia, ya que cuando hablamos de Administración y gasto público, no puede ser de otra manera. Pudiera parecer complicado defender que la Administración pague más por lo mismo. De entrada, nos encontraríamos con la oposición frontal, no sólo de la opinión pública, si no muy probablemente de los órganos interventores del gasto público. Pero ambos conceptos, eficacia y eficiencia, también han sufrido considerables mutaciones en los últimos tiempos, no tanto en su conceptualización como en la aplicación efectiva de éstos a la realidad económica y social actual por extensión con una manifestación económica cierta, que apunta hacia una mejor interpretación de la eficacia y eficiencia como medios para lograr el interés público.

No debemos perder de vista que las cláusulas sociales y ambientales se ha terminado por convertir en un parámetro transversal de eficiencia, que cada área social debe cumplir para lograr satisfacer sus objetivos, por lo que debe

política interna. Este concepto, teoría, se basa en que el refuerzo positivo y las sugerencias indirectas son medios eficaces para terminar logrando, sin acudir a la imposición del cumplimiento forzoso, influir en las motivaciones, incentivos y toma de decisiones de grupos e individuos por igual. Se abandona la idea de que la forma más eficaz de lograr un comportamiento es la orden directa, la legislación, o la propia ejecución de la decisión previamente adoptada sin influencia externa alguna.

concebirse de tal forma sus principios de protección y recomposición como el camino adecuado para poder hacer de las metas un hecho satisfactorio (Lucero Pantoja, 2018). Tradicionalmente, el derecho y la economía han sido las áreas más conscientes de esta realidad, transformándose continuamente para lograr satisfacer la armonía social en un sistema de intercambio mundial y condiciones de escasos recursos.

Aunque no siempre fue así, hoy todas las construcciones del modelo económico y jurídico evitan entrar en contradicción frente a los planteamientos socio-ambientales, para así profundizar en el objetivo concreto que se persigue tras las estructuras en formación del derecho desde ambas perspectivas. Tanto es así que la sensibilidad hacia lo social y lo ambiental impregna prácticamente toda Ley, aunque quizás la herramienta más destacable para su protección, claramente dirigida hacia la sostenibilidad, sea la inclusión de criterios que vienen a sustituir a los que atendían a otros principios.

Por tanto, pagar más por lo mismo, no puede considerarse como una ayuda encubierta o indirecta, en el mejor de los casos, sino que se trata de una mera consecuencia del *nudge*, en tanto que lo que ocurre es que el cumplimiento de los fines que la Administración persigue (distinto del mero objeto del contrato) por parte de los particulares va a encarecer el coste de un producto, sobrecoste que se va a trasladar al precio del mismo. Nada nuevo aportamos al decir que los productos socio-ambientalmente sostenibles son más caros de producir que aquellos que no lo son. Pero a la vez, dado que los particulares adecúan su comportamiento a lo que la Administración previamente ha determinado como objetivos deseables, implica que ésta tenga que destinar menos recursos públicos directos al mismo fin. Por ello, habrá que elaborar un análisis que comprenda el sobrecoste de la nueva contratación y lo ponga en relación con el previsible ahorro inversor de la Administración en aquellos campos donde el *nudge* ha conseguido que los sujetos se adecuen “voluntariamente” a estándares o parámetros públicamente deseables. Sólo de esta manera podremos hablar realmente de eficiencia en el *nudge*.

Obviamente hay un riesgo que a simple vista a nadie se le debe escapar. Los números son empíricos y, cuando el sobrecoste sea mayor que el ahorro de inversión, cuestión aparte es lo complicado de determinar estos extremos y por tanto poder llevar a cabo la operación, será más que cuestionable poder hablar de eficiencia, debiendo basar el comportamiento público en otros principios.

Contratación pública y empujones no siempre transversales

El juego de palabras entre el concepto *nudge* (el empujón) y la transversalidad que se pide a la compra pública hoy en día, ilustra la realidad fáctica más que la jurídica. La integración de los aspectos estratégicos, ambientales y

sociales, principalmente, legalmente, cuando se ha adaptado la norma reguladora, se lleva a cabo en todas las etapas de la contratación pública de forma transversal, siempre y cuando estén relacionados con el objeto del contrato. Esta inclusión tiene como objetivo mejorar la relación calidad-precio en los servicios contratados y promover una mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos. el recurso a la transversalidad, uno de los conceptos más mencionados, pero menos comprendidos y abordados en los procesos de gestión social y ambiental, es lo que caracteriza el nuevo texto de contratación pública. A nuestro juicio, nudge y transversalidad son dos conceptos que indefectiblemente han de ir de la mano. De poco sirve al legislador utilizar la contratación pública para lograr ciertos fines mediatos de carácter ambiental, si ello no supone afectarla transversalmente en todos, o en la mayor parte, de sus aspectos, desde idéntica perspectiva.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el objeto del contrato y los criterios, aún sesgados por la transversalidad, no deben contravenir los principios de igualdad y no discriminación que fundamentan la contratación pública. El principio de igualdad tiene como objetivo fomentar una competencia real y efectiva, lo que implica que todos los licitadores tengan las mismas oportunidades al presentar sus ofertas y que estas se sometan a las mismas condiciones para todos los participantes. Por lo tanto, es fundamental utilizar la incorporación de criterios en el objeto del contrato de manera positiva, evitando que se conviertan en obstáculos para la igualdad y la libre competencia. El objetivo es promover prácticas deseables sin comprometer la igualdad de oportunidades y la justa competencia entre los licitadores.

La finalidad del principio de igualdad es favorecer el desarrollo de una competencia real y efectiva, por lo que impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas y que estas se sometan a las mismas condiciones para todos los licitadores²; de ahí la necesidad de utilizar la incorporación de criterios sociales y ambientales en el objeto del contrato de forma positiva, nunca como obstáculos para la igualdad y la libre competencia³.

La cuestión *nudge* también incide de manera importante en la capacidad

² Así pueden verse las Sentencias del TJUE de 12 de marzo de 2015, C-538/13, y de 14 de diciembre de 2016, C-171/15, entre otras muchas.

³ Por ejemplo, el texto del art. 18 de la Directiva 2014/24/UE, estipula que *los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X*. Es decir, el medioambiente no sólo sirve claramente como criterio de selección, entendiéndose que quienes no cumplen las obligaciones ambientales vulneran pues las propias condiciones de igualdad entre licitadores, sino que afecta igualmente a la transparencia, en tanto que la contratación, en sus documentos (pliegos), tiene que contemplar expresamente el cumplimiento de la obligación ambiental para todos los licitadores.

del ofertante, al incluirse en el contenido de los requisitos que ha de cumplir para poder ser contratista. Es totalmente lógico incluir prohibiciones de contratar para las personas en quienes concurren determinadas circunstancias. Igualmente impedir contratar por haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de *daños* y perjuicios es algo comúnmente aceptado.

Por otra parte, para poder contratar se va a exigir a los empresarios acreditar solvencia técnica o profesional, para lo cual varían los medios disponibles, en función del contrato concreto. Por ejemplo, en los contratos de obras y servicios (por extensión en los de las respectivas concesiones) se suelen incluir las medidas de gestión medioambiental a aplicar; en los contratos de suministro, se solicitan certificados expedidos por organismos de control de calidad, certificados expedidos por organismos acreditados para certificar el cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, etc.

Perspectiva nudge en el objeto del contrato

La regulación del objeto del contrato, uno de los elementos esenciales de éste, permite al contratista conocer con exactitud lo que debe ejecutar, al tiempo que tal determinación permite distinguirlo y establecer su régimen jurídico. Tanto es así, que se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrarlo a una solución única. Esta flexibilidad se aplicará especialmente a contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten. Precisamente es aquí donde se positiviza de forma expresa el *nudge* en la contratación pública (siempre teniendo en cuenta obligación de impedir que estos criterios tecnológicos, sociales o ambientales atenten contra los principios de igualdad y no discriminación) (Martínez Pallarés, 2004, p. 161-171).

Como consecuencia, la norma ha de establecer que el objeto de los contratos del sector público, igual que en los privados, será determinado, pues las partes han de saber a qué se obligan. Esto implica que el objeto de los contratos sea cierto, posible, lícito y determinado.

Quizá la novedad más destacable en cuanto al objeto del contrato pueda ser la posibilidad de definirlo en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrarlo a una solución única. Especialmente, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se

estime que pueden incorporarse innovaciones sociales, tecnológicas o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten. Precisamente es aquí donde se positiviza de forma expresa el *nudge* en la contratación pública.

Al margen de las prohibiciones o restricciones en la contratación vinculadas a cumplimiento de condiciones ambientales o a la ausencia de incumplimientos, la posibilidad por la que el Sector Público pueda actuar a favor de actuaciones sostenibles, de una manera transversal u horizontal, pero de forma directa, qué duda cabe, confiere carácter estratégico (*nudge*) a la contratación pública, de acuerdo con las directrices de la Unión Europea.

Particularidades en la elección del contratista

Lógicamente la perspectiva *nudge* también está presente en la selección del contratista y en el procedimiento de adjudicación del contrato. En ambos ámbitos, es primordial que las Administraciones se sometan a ciertas reglas para respetar los ya citados principios de igualdad y no discriminación. Además, criterios de eficacia y eficiencia económica en el uso de fondos públicos se traducen en la necesidad de que la Administración o ente contratante defina cuáles van a ser las necesidades públicas que satisfaga el contrato.

En cuanto a la selección del adjudicatario, se realizará utilizando una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad - precio (y no únicamente la oferta económicamente más ventajosa, con el precio como criterio único). Sigue teniéndose en cuenta el coste, pero ligado al ciclo de vida del producto, obra o servicio.

La mejor relación calidad-precio se ha de evaluar con arreglo a criterios económicos y cualitativos, y estos últimos podrán incluir aspectos medioambientales, de innovación tecnológica o sociales, vinculados al objeto del contrato, que podrán ser: la calidad, incluido el valor técnico, y las características medioambientales⁴ e innovadoras. Estos criterios cualitativos deben acompañarse de un criterio relacionado con los costes, que, según el órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida. La importancia de los criterios anteriores, implica exigir a los órganos de contratación que velen por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos

⁴ Características ambientales que pueden referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero, al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato, y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

De hecho, las administraciones ha de valorar, entre otras, la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública. Ya se puso de manifiesto que *es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales* (Vara Arribas, 2008, p. 128), siendo reafirmada la idea posteriormente (Pernas García, 2012, p. 299-323).

También incide de manera importante en la capacidad del ofertante, al incluirse la cuestión ambiental tanto como la social en el contenido de los requisitos que ha de cumplir para poder ser contratista. En relación con la capacidad para contratar, deben establecerse una serie de prohibiciones de contratar que impiden hacerlo a las personas en quienes concurren determinadas circunstancias como puedan ser, por citar algunas, haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad y muy grave en materia medioambiental.

La prohibición de contratar por las causas legalmente previstas se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas; en el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante un procedimiento administrativo instruido al efecto.

Sobre las prohibiciones de contratar y sus efectos, hay de distinguir entre aquellas cuya declaración corresponda a la autoridad nacional competente (normalmente el ministerio con competencias en Hacienda y/o Función Pública), que producirá efectos en todo el sector público (desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución), y las que corresponda apreciar al órgano de contratación (cuyos efectos se producen desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente), en las que la prohibición de contratar afectará al ámbito del órgano de contratación competente para su declaración (aunque pueden extenderse a todo el sector público correspondiente, según los casos). Apuntamos

la idoneidad de inscribir estas sanciones en los registros públicos de licitadores, con indicación expresa de la misma, así como de la duración de la prohibición y extensión de sus efectos.

Por otra parte, para poder contratar se exige a los empresarios acreditar solvencia técnica o profesional, o, si así se prevé, la exigencia de clasificación. Los medios para acreditar la solvencia del empresario varían en función del contrato concreto, haciendo referencia al medio ambiente algunos de los previstos. Así, en los contratos de obras y de servicios, se ha de incluir la indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato; en el supuesto de contratos de suministro se admiten los certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, en los restantes contratos, se aplica la referencia a las medidas de gestión medioambiental que se podrán aplicar al ejecutar el contrato. Los contratos de regulación armonizada exigirán certificados de organismos acreditados para certificar el cumplimiento de las normas de gestión medioambiental.

Sin que exactamente consistan en una proscripción, lo cierto es que las cláusulas sociales convertidas en criterios de adjudicación (criterios cualitativos), se pueden terminar por convertir en una prohibición “de facto”. Cuando se estipula que las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; no se está sino reivindicando tal carácter.

Precisamente, tanto cuando solo se utilice un criterio de adjudicación -este deberá estar relacionado con los costes-, como cuando se utilicen una pluralidad de ellos, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Evidentemente, el cumplimiento de las retribuciones cumpliendo convenio, las cuotas de personas con discapacidad contratadas, los planes de igualdad, número de mujeres, etc., son todas cuestiones cuantitativas, por tanto,

con ese carácter preponderante al que hace referencia el legislador.

Es más, incluso en los criterios de desempate, apreciamos como los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos y favorecedores para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombre, entre otras particularidades.

Adicionalmente a lo expuesto, las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas, también son objeto de esta tendencia dado que no debe permitirse la exclusión automática de estas proposiciones, pero si habilita a los órganos de contratación para excluirlas del procedimiento de licitación, previa tramitación del procedimiento administrativo previsto, por el cual la mesa o el órgano de contratación pueden requerir al licitador la información pertinente sobre el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en cuya virtud se haya definido la anomalía de la oferta. Concretamente, podrán pedirles justificación sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma, en particular, en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción; la innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras, o, entre otros, el respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral nacional o internacional.

Los pliegos del contrato como eje del *nudge*

El principio de legalidad impera en la contratación pública, lo que no es óbice para que las Administraciones se beneficien del principio de libertad de pactos. Así visto, respetando el límite que supone el primero de los principios enunciados, los poderes públicos tienen cierta libertad para incluir condiciones en los contratos. El documento clave en este sentido son los pliegos de cláusulas, cuya finalidad es la de poner a salvo a las Administraciones y demás entes de sorpresas e incertidumbres que podrían derivar de la asunción de la libertad del ámbito privado. La discrecionalidad en este contexto implica simplemente la capacidad de elegir entre las herramientas legales disponibles para alcanzar el objetivo de satisfacer el interés público, con toda la amplitud que este término exige en su interpretación, pero sin considerar otros fines ajenos a este objetivo.

Pliegos de Cláusulas Administrativas

Existiendo Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales y los de las Particulares, ambos con carácter jurídico, administrativo y económico, que determinan los derechos y obligaciones del contrato, son los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) los que verdaderamente conforman el documento básico del contrato, en el que se establecen los pactos y condiciones que definen los derechos y obligaciones que asumirán las partes de este, y el contenido al que ha de ajustarse el contrato. Tienen carácter necesario y naturaleza contractual, resultando obligatorio su cumplimiento para las partes. En su contenido deben incluirse, entre otras, las consideraciones tecnológicas, sociales, laborales o ambientales que se establezcan como condiciones especiales de ejecución, criterios de solvencia o de adjudicación.

Por otra parte, podrán establecer penalidades para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma, en especial cuando se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, así como por incumplimiento de las obligaciones exigibles en la ejecución de los contratos.

La importancia de los criterios anteriores, se enfatiza aún más al exigir a los órganos de contratación que velen por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los PCAP o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación; debiendo cumplir varios requisitos: que en todo caso estarán vinculados al objeto del contrato; deberán formularse de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, y deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación (aclarando que, en caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores).

Pliegos de Prescripciones Técnicas

En cuanto se refiere a los Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT), pueden ser generales, (contienen instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales ha de ejecutarse la prestación objeto del contrato), y particulares (pliegos y documentos que contienen las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales), de conformidad con los requisitos que para cada contrato establezca la Ley. En ambos se han de tener en cuenta los aspectos ambientales, materializándose a través de esta figura la aplicación del *nudge* a la contratación pública.

Las prescripciones técnicas se definen, en función de los contratos concretos. Así, en el contrato de obras, además de las características requeridas de un material, producto o suministro, que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que se destine, se incluyen, entre otros, los procedimientos de aseguramiento de la calidad, el impacto social, laboral, ambiental y climático de dichos materiales, productos o actividades que se desarrollen durante la elaboración o utilización de los mismos. En el contrato de suministros o de servicios, aquella especificación en la que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio, como, puedan ser los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o sus dimensiones, entre otras.

El nudge en la adjudicación y ejecución del contrato

Con toda la información analizada, la mesa o el órgano de contratación competente, evaluará cuanta información y documentación proporcione el licitador en plazo y elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación, pero, en ningún caso, se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta esté debidamente motivada. Realizada la clasificación conforme a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, podrán solicitarse informes técnicos, excepto que el precio sea el único criterio a considerar, dado que se entenderá mejor oferta la que incorpore el precio más bajo.

Aceptada la propuesta por el órgano de contratación, presentada por el licitador la documentación justificativa pertinente, se adjudicará el contrato, mediante resolución motivada, notificada a los candidatos y licitadores y publicada en el perfil de contratante, procediendo a la formalización de este. Por lo demás, los documentos en los que se formalicen los contratos del sector público, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir necesariamente la definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la del objeto las consideraciones ambientales y de innovación, entre otras.

Ninguna duda cabe sobre que las cuestiones sociales, laborales y

ambientales son esenciales como criterios para adjudicar el contrato a un licitador concreto. Pero también cobran una gran importancia en la ejecución del contrato, precisamente porque su incidencia, en este momento, puede llegar a ser considerable, y una vez más la protección de intereses sociales, laborales o medioambientales se hace visible como una cuestión transversal u horizontal, de acuerdo con lo previsto en Derecho europeo. Sería conveniente obligar a los órganos de contratación a tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia social, laboral y medioambiental, establecidas en el derecho de la nacional, o por las disposiciones de derecho internacional que vinculen al Estado.

También pueden adoptar medidas dirigidas a comprobar que los candidatos y licitadores cumplen estas mismas obligaciones durante el procedimiento de licitación, resultando del incumplimiento de estas obligaciones la imposición de penalidades. Hay que tener en cuenta que los órganos de contratación puedan establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato (se exigirán a los subcontratistas que participen en la misma), siempre que, vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, siempre que se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos. Condiciones que podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social; siendo obligatorio, en todo caso, que el PCAP incluya al menos una de estas condiciones de entre las previstas.

En particular, es posible establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, una gestión más sostenible del agua, el fomento del uso de las energías renovables, la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables, o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica. De igual modo podrá hacerse lo propio con las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, atendiendo en particular a las personas con discapacidad en relación con su acceso al empleo; a la incorporación y condiciones de desempeño en igualdad de condiciones de las mujeres al mercado laboral; cumplimiento de los convenios colectivos; etc.

El incumplimiento total o parcial de estas condiciones puede dar lugar a la aplicación de las penalidades establecidas, e incluso, en la forma prevista, la resolución del contrato o ser considerado como infracción grave.

Conclusiones descorazonadoras

La teoría expresa todo lo expuesto, dejando claro que el qué y el cómo deben estar íntegramente desarrollados en los textos legales; pero no es menos

cierto que a la vista de las experiencias, principalmente la española, tras más de 5 años de vigencia del actual texto legal, realmente no se ha apreciado una verdadera aplicación de estas consideraciones nudge en la compra pública. Efectivamente hay un ser y un deber ser. El tiempo transcurrido, los cambios introducidos en el texto legal, otras medidas de colaboración público-privada, etc., han demostrado que realmente estamos en un momento donde priman más las declaraciones de intención que ante una verdadera realidad. Ni la transversalidad es tal, ni el elefante empuja... o se ha quedado sin fuerzas antes de empezar, tan siquiera, a hacerlo.

La implementación de estas medidas se ha convertido en el verdadero obstáculo que permite decir alto y claro que se ha quedado en agua de borrajas esa transversalidad de la norma, sin alcanzar esos objetivos mediatos, más allá de actuaciones puntuales. Analicemos los porqués.

Las particularidades de la Administración española con multitud de entes locales con capacidades limitadas, para incluso poder desarrollar una contratación al uso, avocadas al abuso del contrato menor para cubrir sus necesidades, no era de partida una situación halagüeña. Nadie pensó en ellas al redactar el texto legal, ni prever sus particularidades ni las fórmulas para acatar necesidades básicas en núcleos donde la despoblación hace mella y es un problema al que las administraciones, en el mejor de los casos, están destinando recursos económicos, sin atender a la vía de la compra pública como mecanismo adicional de solución para asentar población, apoyar a la Pyme local, etc.

Por otra parte, la ausencia de una especialización en muchas de las estructuras organizativas de la Administración, sin expertos en compra pública que sepan desarrollar ésta en todas sus fases, es otro factor determinante. Incluir en la elaboración de pliegos que contengan todas estas prescripciones nudge en términos de convertir a la contratación del sector público en ese tractor que arrastre a la economía, a la sociedad, con objetivos más que deseables que alcanzar, requiere técnicos capaces de trasladar al texto no sólo los requerimientos si no los criterios de ponderación de éstos, de forma que el papel que soporta las ofertas no sea un mero contenedor de tinta. Es decir, que no acudamos a casillas que marcar con una cruz para dejar constancia de que se cumple con el requisito de turno para obtener una puntuación cerrada.

Solamente aquellas cuestiones de implementación sencilla por el hecho de ser porcentuales o cuantificables como retribuciones de los trabajadores según convenio de aplicación, porcentajes de mujeres o personas con discapacidad en las empresas licitadoras u otras similares, son las que suelen estar recogidas en los pliegos. El motivo es lógico, todas ellas van a criterios cuantificables y estos son fáciles de incorporar a los pliegos, pero por ejemplo valorar una retribución media de los trabajadores por encima de convenio, aun no resultando complicado

trasladarlo a criterios de valoración, incluso cuantificándolo, es una rara avis entre la multitud de pliegos aprobados.

La huida de criterios sometidos a juicios de valor, que sometidos a la discrecionalidad técnica no tienen porqué verse como una puerta abierta a la adjudicación “a la carta” porque, entre otras cosas, el juicio del técnico no está exento de tener que motivar su decisión, también redundante en la ausencia de aplicación de criterios que permitan decidir entre dos ofertas en términos de *nudge*. Todo lo que no sea cuantificable no suele ser incluido, incluso contando con cobertura legal, quizá por la dificultad, al menos para las Administraciones con recursos humanos más exiguos, para cumplir con los requisitos para llevar a cabo esas valoraciones.

Tampoco debemos olvidar que las condiciones exigidas en los pliegos para la adjudicación deben conservarse durante la vigencia del contrato. Vamos a encontrar en todos o casi todos los pliegos una determinación de penalizaciones por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. Incluso podremos encontrar designada, en el mejor de los casos, la figura del “responsable del contrato”, como supervisor de su ejecución y encargo de adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación. Cuestión aparte es que en no pocos casos se trate de una figura designada para el mero cumplimiento formal del requisito legal, pues no olvidemos que la redacción legal lo está en términos de exigencia no de optatividad. Sin una verdadera figura de control efectivo de cumplimiento difícilmente se podrá verificar que los requisitos verdaderamente son comprobados, detectar el caso contrario, proponer penalidades por incumplimientos que el órgano de contratación a duras penas podrá conocer directamente.

Nuevamente estamos ante el problema de ausencia de personal especializado, o simplemente de recursos humanos o de añadir un coste para contratar a personas físicas o jurídicas externas, que incrementará el precio del propio contrato.

Todo esto, seguramente junto con otras circunstancias a mayores como la ineficaz gestión de la división en lotes, la escasa aplicación de las fórmulas de asociación para la innovación o el diálogo competitivo, etc., hacen que, en la práctica, todas estas medidas *nudge* que visionaban la compra pública como un factor de desarrollo no hayan visto plasmados resultados.

Es preciso realizar un análisis detenido de aquellas circunstancias que, siendo factibles, realmente no se aplican, para buscar fórmulas que permitan desarrollar una compra pública eficaz, eficiente, con objetivos inmediatos y otros mediatos, verdaderamente alcanzables, a través de mecanismos que puedan implementarse de forma cierta con los recursos existentes.

También se necesita, probablemente debiera no retrasarse, una revisión de la norma para recoger todas las problemáticas que se han detectado en estos años, incluyendo las lecciones aprendidas de gestión de la Covid-19, en lo que a contratación de emergencia se refiere, incluso para afrontar otras realidades que ya se pueden aventurar como la irrupción, ha venido para quedarse, de la IA.

Son tantos los problemas que difícilmente sin proceder a modificar la legislación vigente se pueda plantear una verdadera política pública de compra innovadora, transversal, social y ambientalmente sostenible. Aunque es de justicia reseñar que, por sí sola, esta medida no sería la solución al problema. La formación y especialización del personal al que se encomienda la gestión de la compra pública, la concienciación de los órganos de contratación, la simplificación administrativa en los procedimientos, la reformulación de los preceptos que regulan la compra pública en situaciones excepcionales, son todas ellas cuestiones de no necesaria inclusión legal, que configurarían, o ayudarían a hacerlo, una compra pública innovadora, sostenible, transversal..., en definitiva, estratégica.

Referencias

De la Cuétara Martínez, J. M. (1979). Revisión de la noción española del fomento. *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, 45(1), 29-35.

Lucero Pantoja, J. E. (2018). Entre el Ambiente y el Sostenimiento de la Economía. Medio Ambiente y Derecho. *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, (33). <http://huespedes.cica.es/gimadus/>

Martínez Pallares, P. L. (2004): El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la inclusión de criterios medioambientales. En J. M. Gimeno Feliú (Coord.). *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Atelier.

Pernas García, J. (2012). El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales. En F. López Ramón, F. (Coord.), *Observatorio de políticas ambientales 2012*. Civitas.

Thaler, R., y Sunstein, C. (2017). *Nudge: Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*”, en su edición en castellano de 2017, Taurus, editado bajo el título “Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad.

Vara Arribas, G. (2008). Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública. *Revista Española de Derecho Comunitario*, 26.