

MODELOS COLABORATIVOS EN OBRAS PÚBLICAS Y SU VIABILIDAD JURÍDICA EN ESPAÑA CON EL MARCO NORMATIVO VIGENTE^(*)(**)

JOSÉ MARÍA GIMENO FELLÚ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.– II. CONTEXTO REGULATORIO. INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS JURÍDICAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. EL CONTEXTO NGEU COMO ACICATE PARA INNOVAR EN LOS MODELOS DE OBRAS PÚBLICAS: 1. El contexto europeo de la regulación de contratación pública: el contrato público como inversión al servicio de políticas públicas. 2. Un modelo de eficiencia en contratación pública que pivota sobre resultados (del precio al valor). 3. Los retos de los fondos europeos Next Generation. Implicaciones prácticas.– III. LOS MODELOS COLABORATIVOS DE COSTE OBJETIVO Y LA DIGITALIZACIÓN DE LOS PROCESOS CONSTRUCTIVOS Y DE EDIFICACIÓN. BREVE APROXIMACIÓN Y EFECTOS PRÁCTICOS: 1. Modelos colaborativos de coste objetivo. Su significado práctico. 2. La digitalización del sector de la construcción representa una oportunidad única.– IV. EL ANCLAJE DE MODELOS COLABORATIVOS DE COSTE OBJETIVO CON LAS PREVISIONES DE LA LCSP: 1. La viabilidad de modelos colaborativos con la normativa española vigente. 2. Más allá del modelo de precio fijo en las obras públicas. El precio de las obras no debe ser fijo, sino determinable. 3. De la selección de las empresas y la negociación del proyecto: las posibilidades del procedimiento negociado con publicidad. 4. Gobernanza en la ejecución y cumplimiento.– V. A MODO DE CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: En este trabajo se analiza la posibilidad de utilizar en España modelos colaborativos *target costing* en la construcción de infraestructuras complejas (o modelos concesionales) con la finalidad, desde la premisa de la sostenibilidad financiera, obtener un mejor resultado, preservando calidad en la ejecución, la transparencia y la necesaria seguridad jurídica.

Palabras clave: contratos públicos e infraestructuras; modelos colaborativos *target costing*.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 06/04/2023 y evaluado favorablemente para su publicación el 22/05/2023.

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

ABSTRACT: *This paper analyzes the possibility of using collaborative target costing models in Spain in the construction of complex infrastructures (or concession models) with the aim, from the premise of financial sustainability, of obtaining a better result, preserving quality in the execution, transparency and the necessary legal security.*

Key words: public contracts and infrastructures; collaborative target costing models.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este estudio es analizar la posibilidad práctica, con el marco regulatorio vigente en España, de promover modelos colaborativos «modernos» e «innovadores» en la construcción de infraestructuras y de procesos de edificación, donde prevalezca la regla de la mayor calidad de prestación en un entorno de seguridad jurídica y sostenibilidad financiera. Opción desarrollada ya en otros países, algunos miembros de la Unión Europea donde las reglas de contratación pública se encuentran armonizadas. Con estos modelos colaborativos se pretende alinear el fin público de la mejor construcción de las infraestructuras (o de los modelos concesionales) con la necesidad de preservar una adecuada tensión competitiva alejada de prácticas que imponen arriesgar en la bajada de precios, lo que puede implicar cumplimientos defectuosos e, incluso (como se constata con la actual gestión de los fondos NGEU) un desinterés de las empresas en las licitaciones (1). El rol de la gobernanza pública en

(1) *Entendiendo que el proyecto se elabora por la Administración el modelo se articula sobre lo siguiente:*

*Target Price = [Defined Cost (Forecast cost, incluyendo estimación de riesgos)] * [1+ Fee (%)].*

El Defined Cost incluye todos los Costes reembolsables.

En la Fee se incluirá el beneficio («profit») + los costes «overhead».

El importe estimado de riesgos actuaría como una bolsa de contingencias que, si se realizan, se pagarían como parte del Defined Cost. En caso de que las contingencias reales del proyecto superasen o fueran menores a la estimación, el exceso o defecto pasaría a formar parte del mecanismo de Pain/Gain acordado en contrato.

Es común que en algunos contratos colaborativos la pérdida del contratista esté limitada al porcentaje de la fee.

Por otro lado, los denominados Compensation Events, serán aquellos eventos que den derecho a ajustar el Defined Cost y/o el programa de obra, tales como:

- a) Órdenes de cambio.*
- b) Retrasos ocasionados por acciones u omisiones del cliente, que no se deriven de un incumplimiento por parte del Contratista.*
- c) Condiciones del suelo y subsuelo desconocidas e imprevisibles.*
- d) Cualquier evento responsabilidad del cliente, así estipulado en el contrato.*
- e) El incumplimiento de obligaciones por parte del cliente (por ejemplo, impago).*
- f) Cambios en la ley.*
- g) Fuerza mayor.*

el actual contexto social y político debe servir como impulso para garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de unos servicios públicos «circulares» que integren lo social, lo ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. En ello va el futuro del liderazgo de gestión de las instituciones públicas, de una moderna gobernanza pública económica, que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo ideológico (GIMENO FELIÚ, J.M. 2023a).

Por lo demás, el actual contexto de recuperación y de movilización de importantes recursos financieros a través de los fondos europeos NGEU aconseja una visión «diferente» a la tradicional (excesivamente apegada a la reducción del precio de oferta económica en fase de adjudicación), que piense, sobre todo, en el mejor resultado con la capacidad financiera asumible (VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., 2022, pp. 91-134). En la Adenda al Plan de Recuperación enviada por el Gobierno de España (diciembre 2022), el nuevo tramo consignado en la adenda contribuirá no sólo a promover nuevas inversiones vinculadas a la modernización y sostenibilidad de nuestro sistema productivo, sino también a establecer nuevos mecanismos de colaboración público-privada para la economía sostenible, algo en lo que España todavía tiene una importante asignatura pendiente.

Es posible, en nuestra opinión, construir y diseñar modelos colaborativos que pivoten sobre las reglas expuestas (calidad, seguridad jurídica e integridad), no existiendo, como se explicará, más allá de interpretaciones formales descontextualizadas, límites legales que lo impidan (2). Nuestro marco normativo es flexible y, con una adecuada interpretación y correcta utilización de los diferentes «mimbres», resulta viable.

Los contratos públicos derivados de los fondos europeos tienen que estar directamente alineados con los objetivos de dichos fondos europeos, sin que

(2) La teoría U, SCHARMER, O. (2017), claramente vinculada al liderazgo institucional de transformaciones relevantes, propone poner en valor la idea de la calidad de los resultados como algo inherente al modelo de transformación social y que ha de servir para reforzar el talento. Los principios de esta teoría pueden servir para reflexionar sobre la gestión de la contratación pública y la necesidad de una estrategia de liderazgo institucional a través de la misma. Y ello porque son claves de esta teoría los principios de descargar (ser conscientes y superar viejos patrones de conducta, pensar y actuar), presenciar (percibir o estar en el momento presente, ser conscientes de las diferencias entre los viejos patrones de conductas y las exigencias del momento presente), ejecutar (ensanchar el círculo de atención para tener una mayor comprensión de lo que nos rodea) para poder transformar.

interpretaciones formales puedan ser utilizadas como freno al cambio de cultura en la gestión de la contratación pública. Innovar en la contratación pública implica, por supuesto, hacer cosas diferentes dirigidas a la mejor calidad de los resultados de la prestación (incluso obtener ahorro) (3). Máxime en sectores tan dinámicos y con capacidad transformadora como la construcción (y todo su entorno).

Facilitar la viabilidad de nuevos modelos colaborativos aconseja, con carácter previo, ir determinando y precisando las diferentes técnicas y principios jurídicos aplicables en este ámbito, siempre desde una perspectiva funcional y no meramente formal. Además, como explicara W.E. Deming (1982), la implantación de modelos constructivos colaborativos debe pivotar, sobre todo, sobre el liderazgo (no en una supervisión pensada desde la desconfianza).

En todo caso, al margen de que *de lege ferenda* pudiera interesar una regulación más específica, con la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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 (LCSP) resulta viable articular un modelo de colaboración en construcción o edificación que ponga el acento en el resultado con base en modelos de Coste Objetivo. Un modelo colaborativo de este tipo (que podemos denominar «paraconcesional»), que permite seleccionar la mejor oferta con criterios de *value for money* (que es lo que exige la LCSP) (4), aporta ventajas desde la perspectiva de la gestión pública pues, como se verá, se refuerza la transparencia integral del proceso, facilita el correcto cumplimiento de los plazos de ejecución, permite «contener» el problema de los sobrecostes, lo que genera un adecuado cumplimiento del presupuesto contractual y, como consecuencia del propio funcionamiento del modelo, se produce una reducción de la litigiosidad (con lo que ello comporta de riesgos para ambas partes) (5).

(3) En la doctrina especializada se ha estimado un ahorro de hasta el 15 por ciento con la utilización de modelos constructivos de Valor Objetivo. Vid. por todos, ZIMINA, D., BALLARD, G. y PASQUIRE, C. (2012, pp. 383-395).

(4) De hecho, el considerando 92 de la Directiva 2014/24/UE 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 indica que «...los criterios cualitativos deben ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual, a elección del poder adjudicador, podría ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida».

(5) Zárate Miranda, R. (septiembre 2022). Como explica este autor, existen seis factores clave para el éxito para el trabajo colaborativo: 1) involucramiento temprano, 2) selección de contratistas aplicando criterios de valor por el dinero, 3) alineación de intereses comerciales, 4) procesos y herramientas compartidas, 5) indicadores que midan el desempeño y 6) relaciones de largo plazo; los cuales, si advertimos, nos acercan a la reducción de costes transaccionales, la reducción de riesgos y la evitación de información asimétrica.

En este contexto de «innovación» mediante modelos colaborativos en las obras públicas, la gestión de los fondos NGEU puede ser un incentivo para ensayar un modelo cooperativo singular en los procesos constructivos, a modo de *sandbox* (6). La experiencia singular puede facilitar adoptar soluciones aparentemente un tanto más complejas desde una perspectiva burocrática y organizativa, pero que pueden aportar un indudable valor con la finalidad de conseguir el mejor resultado constructivo, con la disponibilidad presupuestaria asignada, de forma realista, y en los tiempos exactos previstos.

II. CONTEXTO REGULATORIO. INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS JURÍDICAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. EL CONTEXTO NGEU COMO ACICATE PARA INNOVAR EN LOS MODELOS DE OBRAS PÚBLICAS

1. El contexto europeo de la regulación de contratación pública: el contrato público como inversión al servicio de políticas públicas.

Conviene recordar que la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, se refiere en distintos momentos a esta forma amplia y plural de entender el principio de eficiencia en el marco concreto de la contratación pública. En particular su considerando segundo condensa este planteamiento cuando se indica que «La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (“Estrategia Europa 2020”), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública (...), a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes (...). Contratación pública que debe ser repensada desde la óptica de considerarla inversión y no mero gasto presupuestario. Así lo expresa, desde el máximo nivel político, el importante documento del Consejo Europeo, «Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de

(6) La reciente Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, indica en la Exposición de Motivos que «...La Administración tiene un importante potencial de arrastre del emprendimiento a través de la contratación pública, así como la colaboración público-privada...».

una economía de la UE resiliente» (2020/C 4121/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública, insiste en la necesidad de su función estratégica y en que *«Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública»* (la negrita es nuestra).

La innovación de nuestro sector público no debe ser solo tecnológica, sino también organizativa y en las formas de diseñar la gestión de un contrato público (en especial en prestaciones complejas). Innovar en la Administración obliga a cambiar el paradigma de la cultura propia —muy burocrática— para avanzar hacia una Administración flexible que gravita en torno al ciudadano (y no al revés), al que debe garantizar sus derechos y expectativas. Lo que obliga a innovar estructuras, pensamiento, prácticas e inercias. El conocimiento debe ser horizontal y no vertical, hay que aprender a trabajar en equipo y tener en cuenta las buenas experiencias de otros.

La nueva realidad jurídico-económica exige de los poderes públicos una visión estratégica en un contexto económico globalizado donde las decisiones públicas deben, por lo demás, adecuarse a las reglas europeas y alinearse con exigencias del derecho a una buena administración (TORNOS MAS, J., p. 630). Así, la estricta visión «administrativa» de la contratación pública en España, debe dejar paso a una visión moderna que pivota sobre el resultado y que diseña las decisiones públicas económicas en clave de inversión y no como gasto. Asimismo, la globalización ha impactado también en los principios regulatorios de la contratación pública, donde se aprecia cada vez una mayor uniformidad de las soluciones jurídicas y donde la Agenda 2030 de las Naciones Unidas tiene especial importancia. La necesidad de reactivar un nuevo modelo económico (utilizando el contrato público) que atienda a la lógica de los objetivos ODS, debe ser una oportunidad para avanzar hacia un nuevo modelo productivo más sostenible y más «inteligente» (GIMENO FELLÚ, J.M., 2021a, pp. 67-100). En este contexto hay que recordar la proposición no de Ley aprobada por consenso de todos los grupos de las Cortes de Aragón de 5 de mayo de 2022 (núm. 209/22), *sobre la inclusión de consideraciones de sostenibilidad social, medioambiental y sostenibilidad económica en las licitaciones de la Administración Pública*.

La contratación pública estratégica no debe ser una mera opción, sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable, como, en el citado contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las

Naciones Unidas, se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza (7), donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito (así se ha venido destacando, también, por el Foro de Compra Pública Responsable) (8). Para ello hay que superar interpretaciones rígidas y un tanto descontextualizadas para, por ejemplo, integrar como regla general en las cláusulas de los contratos públicos requisitos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, superando, insistimos, una indebida estricta vinculación directa al objeto del contrato, para combatir la precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación (9).

La compra pública, por supuesto también en lo referente a infraestructuras públicas, debe contener previsiones claras a favor de la obligación de cumplir con los objetivos de la Agenda Verde Europea y con los objetivos del Tratado de París, luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, combatir la contaminación y promover la economía circular (que son ya objetivos primarios vinculados al modelo socioeconómico europeo). En materia social, la compra pública debe ser responsable: debe regular las retribuciones mínimas del personal, prever la obligación de subcontratación con colectivos sociales vulnerables, promover la estabilidad y calidad en el empleo, mejorar la seguridad y salud laboral, promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres garantizando la conciliación familiar y laboral, asegurar la accesibi-

(7) Firmada el 10 de noviembre de 2021 puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>. Sobre la compra pública responsable, por todos: MORENO MOLINA, J.A. (2018), AGUADO I CUDOLA, V. (2021) y PALACÍN SÁENZ, B. (2022).

(8) La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 el Informe «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior», COM (2021) 245 final. En este Informe se concluye que «*resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE*». El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión «Adquisiciones sociales —Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas—», 2.ª edición (2021/C 237/01), en la que se incide en que «*Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)*».

(9) La OIResCon, en su reciente *informe sobre contratación estratégica* advierte de la insuficiencia de la visión estratégica de la contratación pública en España. Urge una nueva cultura en la gestión pública que promueva una interpretación funcional (y no formal) que debe alinearse con los objetivos estratégicos.

alidad universal, definir criterios de comercio justo y evitar la adquisición de productos que causen deforestación en el marco del Acuerdo multilateral sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC y la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, entre otras cuestiones. El nuevo modelo de la contratación pública debe pivotar sobre la visión estratégica para poner el acento en una mayor transparencia, la mejor eficiencia poniendo en valor la idea calidad/precio. También para corregir problemas de deslocalización empresarial y *dumping* social de empresas de terceros países ajenos a las obligaciones estratégicas de las políticas públicas europeas (10). Una contratación pública estratégica debe pivotar sobre el valor de la prestación (abandonando postulados economicistas con claros efectos perversos) en tanto en el contrato público lo esencial es satisfacer el interés general, que se concreta en el mejor estándar cualitativo de la prestación (11).

2. Un modelo de eficiencia en contratación pública que pivota sobre resultados (del precio al valor)

En este nuevo contexto hay importantes retos y desafíos que obligan a articular nuevas soluciones que permitan una correcta toma en consideración de los distintos principios jurídicos aplicables, que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger, que viene directamente vinculado al mayor estándar de calidad (alineado al valor y no al precio) o el principio del resultado, vinculado al interés general siguiendo, por ejemplo, el modelo de reforma del Código italiano de contratos públicos reformado en marzo de 2023. Por ello, estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atiendan a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio como único como factor determinante en la compra pública. La calidad de la prestación es un

(10) Al respecto resultan de aplicación las previsiones del *Reglamento (UE) n° 2022/1031*, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países. Al respecto resulta de interés el trabajo de Esteban Ríos, J. (2022).

(11) GIMENO FELLIÚ, J.M. (2022a). En este contexto se alinean, por cierto, varias de las propuestas de la *Estrategia Nacional de Contratación Pública*, aprobada por la OIResCon el 28 de diciembre de 2022 (y que, como indica el artículo 334 LCSP, tiene carácter vinculante) en tanto se pretende impulsar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación, mejorar la transparencia y la integridad (prevención de la corrupción) o, promover un modelo que ponga en valor la calidad de la prestación como elemento que en muchas ocasiones resulta irrenunciable de la gestión del contrato y manifestación concreta del principio de eficiencia y control del gasto al que se refiere el propio artículo 1 LCSP.

elemento irrenunciable en la propia gestión del concreto contrato público pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta. Así ha sido destacado en las CONCLUSIONES DEL CONGRESO GOBERNANZA ECONÓMICA, REGULACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (2 y 3 de junio de 2022), organizado por la CNMC, el CGPJ y la RAJ, en las que se propone *«interpretar el principio de eficiencia como garantía de un adecuado estándar de calidad en la prestación de los servicios a la ciudadanía, asumiendo que la moderna gobernanza económica no puede fundarse en modelos exclusivamente economicistas, sino que debe priorizar el valor frente al precio e identificar, de forma precisa, inversión frente a gasto»*.

El marco jurídico europeo y nacional permite (incluso fomenta) nuevos modelos de contratación pública que pongan la atención en el valor de la prestación (la principal estrategia), y no tanto en el precio, y en una visión alejada de la inercia de ponderar como mejor el ahorro presupuestario frente a una mejor eficiencia y calidad del servicio (12). El interés general, como causa del contrato, puede aconsejar soluciones jurídicas distintas a las «ya tradicionales», donde el precio podría no ser un criterio de adjudicación y donde podría recurrirse a criterios referidos a una mejor oferta técnica y a un mejor rendimiento (o volumen) de la oferta, resultando indiferente un eventual ahorro, desde la gestión presupuestaria del contrato, lo que podría alinearse con los principios de eficacia y eficiencia (mayor valor). La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisional tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. Y aquí radica la importancia de la visión estratégica de la contratación pública. Lo que guarda directa relación como elemento ineludible de lo que es la oferta del licitador que, en todo caso, debe ser un precio de mercado (porque ofertas a pérdidas pueden poner en riesgo el interés público). En modo alguno puede asumirse como válida una opción que ponga en riesgo la correcta prestación de los «servicios públicos».

(12) Aunque referido al ámbito de medicamentos —pero extrapolable a lo que planteamos— puede consultarse la propuesta realizada desde el Observatorio de Contratación Pública. Accesible a través de: <https://obcp.es/sites/default/files/2022-07/PROPUESTA%20MEJORA%20NORMATIVA%20ADQUISICION%20PUBLICA%20DE%20MEDICAMENTOS.pdf>.

En esta visión de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para «Environmental, Social and Governance») promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno) (13).

3. Los retos de los fondos europeos *Next Generation*. Implicaciones prácticas

Como es sabido, la Unión Europea, para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia, ha impulsado un ambicioso programa que pretende servir de protección y relanzamiento de la actividad productiva. Para movilizar las inversiones necesarias, la Comisión presenta una doble respuesta: la primera es el *Next Generation EU*, que es nuevo instrumento de recuperación dotado con 750.000 millones de euros, que destinará al presupuesto de la UE financiación adicional obtenida en los mercados financieros durante el periodo 2021-2024. La segunda, un presupuesto europeo a largo plazo reforzado para el periodo 2021-2027 (1,1 billones de euros). Por lo que se refiere la *Next Generation EU* sus pilares son tres:

- a) Instrumentos para apoyar los esfuerzos de los Estados miembros por recuperarse, reparar los daños y salir reforzados de la crisis (destaca el *Mecanismo de Recuperación y Resiliencia que refleja las Conclusiones del Consejo europeo de julio de 2020*);
- b) Medidas para impulsar la inversión privada y apoyar a las empresas en dificultades con el objetivo de relanzar la economía;
- c) Aprender de la experiencia de la crisis a través del refuerzo de los programas clave de la UE, hacer que el mercado único sea más fuerte y resiliente, y acelerar la doble transición ecológica y digital.

Los fondos europeos se destinarán a aquellos ámbitos en los que puedan incidir más positivamente, complementando y amplificando el trabajo esencial en curso en los Estados miembros (NOGUERA DE LA MUELA, B., 2021, pp. 407-447).

Con estas líneas quiero avanzar algunas reflexiones, de carácter positivo y no meramente críticas, en relación a la oportunidad que implican los fondos europeos para la reconstrucción. Se pretende plantear algunas ideas

(13) Se evita, así, un *dumping* social, y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Por todos, MORCILLO MORENO, J. (2016, pp. 180-209).

que permitan el «éxito de las acciones» derivadas de estos fondos europeos, en lo que respecta al diseño normativo de su concreción, gestión y necesario control. Sin duda, estamos ante una encrucijada, no solo política o social, sino también jurídica, que obliga a prestar especial atención a los cimientos normativos que garanticen la eficacia de las medidas de desarrollo que se adopten y que deben servir para «hacer más país» y ayudar en la construcción del futuro.

Por ello, considero que es el momento para la política de las ideas (y no de las ideologías) que ponga en valor los grandes consensos en torno a los proyectos «con efecto tractor» que derivan de la correcta implementación de los fondos europeos.

Los proyectos a desarrollar deben alinearse con los seis pilares que contiene el Reglamento europeo de ejecución de estos fondos (14):

- (a) Transición verde;
- (b) Transformación digital;
- (c) Crecimiento inteligente, sostenible e integrador, incluida la cohesión económica, el empleo, la productividad, la competitividad, la investigación, el desarrollo y la innovación, y un mercado único que funcione correctamente con PYME fuertes;
- (d) Cohesión social y territorial;
- (e) La salud y la resiliencia económica, social e institucional, incluso con miras a aumentar la capacidad de reacción y la preparación ante crisis; y
- (f) Políticas para la próxima generación, niños y jóvenes, incluyendo educación y habilidades.

A su vez, el Reglamento europeo nos advierte que la crisis del COVID-19 ha puesto de relieve la importancia de las reformas e inversiones en salud, y la resiliencia económica, social e institucional, con miras a aumentar la capacidad de reacción y la preparación frente a las crisis, en particular mediante la mejora de la continuidad de las empresas y los servicios públicos, y la accesibilidad y capacidad de los sistemas de salud y atención, para mejorar la eficacia de la Administración pública y los sistemas nacionales, incluida la minimización de la carga administrativa, y para mejorar la eficacia de los

(14) Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Resulta útil el documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea, con un esquema de lo que han de ser los planes estatales de recuperación, titulado «Orientaciones dirigidas a los Estados miembros. Planes de Recuperación y Resiliencia» SWD(2020) 205final. Conforme al artículo 125.1 del Reglamento Financiero de la Unión (Reglamento UE, Euratom 2018/1046 del Parlamento europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018) se trata de gestión directa no vinculada a los costes realmente soportados por el beneficiario sino a la consecución de resultados en hitos o indicadores.

sistemas judiciales, así como la prevención del fraude y la supervisión contra el blanqueo de capitales.

La actual situación brinda una oportunidad para relanzar este nuevo modelo de servicios públicos inteligentes y «circulares», que integren lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico (15). Se pretende un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva.

El principal reto de estos fondos consiste, en primer lugar, en seleccionar proyectos 'elegibles' para obtener la financiación europea, que tengan por finalidad movilizar inversiones alineadas con los objetivos que las Instituciones europeas han establecido al efecto y que deben tener un carácter transformador. Los nuevos fondos europeos son la gran oportunidad para hacer país e impulsar la necesaria transformación hacia una sociedad comprometida con la sostenibilidad social y ambiental y la justicia social, que aprovecha la digitalización para modernizar la organización y nuestro modelo público.

No se trata de financiar proyectos «rápidos», improvisados o poco estructurantes (ni de mera «actualización» de proyectos ya existentes que no aporten un valor claro). La rapidez en su implementación es importante, pero lo principal es obtener la mayor rentabilidad de estos fondos como inversión para transformar el modelo económico y social, lo que obliga a prestar una especial atención a la fase de ejecución (y control) de los proyectos derivados o vinculados a estos fondos europeos (GIMENO FELLÍ, J.M. 2022c, pp. 59-90).

Los objetivos europeos exigen capacidad de gestión (una de nuestras principales debilidades) y adaptación de las normas jurídicas aplicables para conciliar la *eficacia* y *rapidez en la gestión* con los principios de *transparencia*, *seguridad* y *buena administración* (ejemplo: normativas de contratación y de ayudas públicas, sobre las que necesariamente deben articularse los proyectos seleccionados alineados con este programa de recuperación). Y aconseja, también, adoptar una actitud (y aptitud) proactiva, para aportar la mejor solución jurídica a las necesidades de la ciudadanía sin olvidar que estos fondos europeos (y su éxito) son la nueva brújula en la toma de las decisiones públicas y de gestión práctica (16).

En el plano español, el Real Decreto-ley 36/2020 de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Admi-

(15) La Comunicación de la Comisión Europea sobre el Pacto Verde Europeo enuncia una serie de iniciativas políticas destinadas a ayudar a la UE a alcanzar su objetivo de neutralidad climática para 2050. El Consejo Europeo se ha fijado como una de las cuatro prioridades principales de su Agenda Estratégica para el período 2019-2024 «Construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social».

(16) GIMENO FELLÍ, J.M. (2021b, pp. 39-74). *Ibidem* (2021c, pp. 21-42).

nistración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (publicado en el BOE de 31 de diciembre de 2020) señala, en su exposición de motivos, que la norma compagina la agilización de los procedimientos, simplificando sus trámites y eliminando cuellos de botella normativos, *«equilibrándola con fórmulas que permitan el desarrollo adecuado de los irrenunciables controles de legalidad y eficacia de la actuación administrativa, así como con un elevado nivel de garantías para los ciudadanos y los operadores económicos. Todo ello se hace, además, como no podría ser de otro modo, de forma respetuosa con los principios y reglas del Derecho de la Unión Europea como los de igualdad, no discriminación, concurrencia, competencia efectiva en el mercado, transparencia y publicidad»*. El Real Decreto-ley 36/2020 insiste en la necesidad de articular fórmulas de colaboración público-privada afirmando que *«dado el efecto multiplicador que implica en la economía una movilización de recursos de esta dimensión, la CPP será clave para la ejecución de los distintos proyectos tractores contemplados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, siendo necesario adaptar el marco normativo de los instrumentos de la colaboración público-privada a fórmulas que, manteniendo los controles y exigencias comunitarias, permitan fórmulas más flexibles y adaptativas a los requerimientos de los proyectos financiables con el Instrumento Europeo de Recuperación»*.

La utilización de la terminología de colaboración público-privada se utiliza en términos amplios (y no en claves estrictas de la normativa de contratación pública) y puede referirse a cualquiera de las fórmulas paraconcesionales (17), así como incluir también contratos sin riesgo operacional (algo muy evidente en sectores como el socio-sanitario o de ciertas infraestructuras).

Los modelos colaborativos son una importante herramienta para el mejor cumplimiento del interés público. El carácter complementario de la colaboración público-privada y de las fórmulas contractuales públicas ha permitido con mucha frecuencia preservar los estándares de calidad y equidad social en numerosos servicios de interés público relevante. Los diferentes sistemas de colaboración público-privada son un instrumento jurídico-económico más entre las diferentes opciones de la Administración económica, ideológicamente neutro, para poder desarrollar de la forma más óptima determinadas políticas públicas. Por ello, se deben impulsar las oportunidades que esta colaboración público-privada ofrece para prestar servicios públicos de calidad. Lo que exige repensar la arquitectura de la ejecución de estas fórmulas que deben preservar el nuevo paradigma de la gobernanza pública, con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva pública de garante (ESTEVE PARDO, J., 2021, pp. 63-70). Ese es, en definitiva, el rol de actuación de los poderes públicos,

(17) Sobre esta cuestión resulta de referencia la obra de BERNAL BLAY, M.A. (2011).

ya que, como bien se ha indicado, corresponde a estos preservar la efectividad de los estándares constitucionales de los derechos económicos y sociales (CAAMAÑO, F., GIMENO, J.M., QUINTEROS, G, y SALA P., 2017).

III. LOS MODELOS COLABORATIVOS DE COSTE OBJETIVO Y LA DIGITALIZACIÓN DE LOS PROCESOS CONSTRUCTIVOS Y DE EDIFICACIÓN. BREVE APROXIMACIÓN Y EFECTOS PRÁCTICOS

1. Modelos colaborativos de coste objetivo. Su significado práctico.

Existen importantes experiencias de modelos colaborativos en el ámbito de la gestión de proyectos constructivos y de edificación en el ámbito internacional y europeo.

El método ordinario de obras públicas en España se caracteriza por que el coste es la consecuencia del diseño, se inicia así el procedimiento mediante un presupuesto estimado que no se sabe si se va a poder cumplir con esa estimación. Existe por parte de los licitadores una adhesión a las soluciones diseñadas sin pensar en su coste, es decir, se diseña y luego se calcula el coste de lo que se ha diseñado. Así, es habitual encontramos con que en el proceso constructivo los costes irán variando (generalmente al alza) a medida que progresa la obra. Además, se desperdician esfuerzos de diseño, ya que la factibilidad y las preferencias del cliente llegan en la fase de ejecución —y no de diseño— con sobrecostes, con las dificultades (y conflictos entre las partes) que eso supone en la práctica. Se trata, pues, de un modelo formal —con un claro sesgo sobre la idea ahorro de precios en fase de adjudicación— que no aporta eficiencia desde la perspectiva del resultado.

Por ello, interesa destacar la aplicación de modalidades colaborativas diferentes. Entre ellas, las posibilidades prácticas en España del denominado *Target Costing* (en edificación hablamos de TVD o Diseño de valor objetivo) que constituye un modelo colaborativo en virtud del cual se le paga al contratista el Coste Total (*Total Cost*) en que incurre al realizar las obras más una tarifa (*Fee*), sujeta a un Coste Objetivo (*Target Cost*) pactado por las partes al inicio del proyecto. La finalidad de esta modalidad colaborativa es obtener el mayor valor para el cliente (en nuestro caso un poder adjudicador) en términos de diseño, funcionalidad, coste, cronograma y sostenibilidad (relacionado con el ciclo de vida). Las ventajas de este modelo es que el coste es lo que condiciona el diseño en la fase de proyecto y, además, la utilización de metodologías BIM ayuda a afinar el coste objetivo. Existe un diagrama de desarrollo permanentemente actualizado en el que los distintos interesados pueden ver la concreta evolución y el proyecto se diseña desde una perspectiva muy colaborativa, dado que el coste objetivo es, valga la redundancia, el objetivo común de todas las partes de esta contratación (en una filosofía de *win/win*).

Se trata de un modelo particularmente relevante en la contratación internacional de proyectos bien definidos en contraposición con aquellos poco definidos, en los que los cambios en el proyecto afectarían el coste objetivo. El *target costing* (o coste objetivo) integra en su formulación las variables precio, coste y margen, elementos básicos para el planteamiento de la fórmula que pretende garantizar la transparencia de la negociación entre clientes y los proveedores. Pero la principal finalidad es garantizar el mayor valor sin merma de calidad.

A la finalización del contrato, las partes verifican si se realizaron ahorros y si el proyecto se entregó por menos del *target cost* o si los costes se excedieron y el *Total Cost* estuvo por encima del *target cost*. Cualquier ahorro o sobrecoste se asigna de acuerdo con una fórmula predeterminada comúnmente conocida como mecanismo de ahorro/sobrecoste (*pain/gain*), que pretende recompensar la eficiencia y castigar la ineficiencia, lo que encaja con las exigencias de eficiencia y economía que refiere el artículo 31 de nuestra Constitución y el artículo 1.1 LCSP.

El *target costing* busca aprovechar el valor de la propuesta desde la fase de diseño de la necesidad y su mejor solución. Para realizar un buen proyecto en el ámbito público resulta fundamental tanto la selección del operador económico como la correcta «Definición del Proyecto» que determine el valor inicial y los diferentes costes (para lo que conviene fijar previamente una norma de costes, como, por ejemplo, ICAC y NODECOS).

En este modelo, como explica el profesor Ballard, se alinean de forma equilibrada e «inteligente» los objetivos de valor y coste, para lo que se adoptan estrategias para equilibrar ganancias y pérdidas (lo que se denomina Diseño de Valor Objetivo) (18). Con la determinación del coste objetivo se garantiza la sostenibilidad financiera pública (con los límites presupuestarios), pues el proyecto tiene un límite para no desviarse, y se permite la evaluación de alternativas, para lo que la metodología BIM es imprescindible.

Obviamente, la fase de ejecución, y su control, es determinante, aplicándose criterios de resultado que valoren la real eficiencia de las inversiones realizadas. Por ello conviene un seguimiento «a tiempo real» de estos proyectos con utilización de auditoría de costes (QUIROS CASTRO, C. 2021, pp. 347-367). Además, los conflictos deben resolverse de forma rápida para lo que resulta muy útil el arbitraje (lo que garantiza mayor seguridad jurídica y evita una litigiosidad innecesaria, si no perjudicial, en la ejecución de estos fondos).

(18) Puede consultarse en: <https://iglcstorage.blob.core.windows.net/papers/attachment-4b96b471-f9c3-4694-9ea3-49747441d478.pdf> y en <https://www.designsociety.org/publication/31968/TARGET+VALUE+DESIGN>.

En este contexto de asegurar el correcto cumplimiento, junto con condiciones especiales de ejecución (19), los órganos de contratación podrán obligar a los licitadores a incluir junto con sus ofertas, siendo excluidos de la licitación de no hacerlo, el compromiso de suscripción de un protocolo de legalidad con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia. Los órganos de contratación determinarán el contenido de las cláusulas incluidas en los protocolos de legalidad, respetando los principios de igualdad de trato, transparencia y proporcionalidad (20).

En todo caso, el éxito de estos modelos colaborativos aconseja tanto una adecuada transparencia como un correcto diseño organizativo de carácter horizontal (de la Administración y de la empresa) que asume como principales responsabilidades: a) la determinación de los objetivos del proyecto constructivo, b) la forma de gestionar los recursos financieros necesarios, c) la supervisión financiera y presupuestaria *on time*, d) la selección de los equipos funcionales y sus concretos roles y formas de cooperación, e) la gestión de la ejecución contractual (libro de ordenes, correcciones, etc.) y f) la resolución previa e interna de conflictos.

2. La digitalización del sector de la construcción representa una oportunidad única

Para hacer frente a estos desafíos estructurales debe aprovecharse la disponibilidad general de mejores prácticas desarrolladas en otros sectores industriales y los métodos y herramientas de ingeniería, los flujos de trabajo digital y las competencias tecnológicas para alcanzar un nivel más elevado de exigencia y crear un sector de la construcción digitalizado (21). Y aquí, máxime en proyectos colaborativos, la metodología *Building Information Modeling (BIM)*

(19) Por todos ahora el excelente trabajo de De Guerrero Manso, C. (2018, pp. 141-177).

(20) Además, para cumplir el objetivo del Reglamento europeo para ejecución de estos fondos, evitando conflictos y corrupción, convendría incorporar obligatoriamente que la empresa oferte un Programa de Cumplimiento Normativo identificando la persona que asume las funciones de *compliance officer* o responsable de cumplimiento normativo.

(21) El mercado único digital ha sido reconocido por la Comisión como una prioridad en su Estrategia para el Mercado Único Digital [COM(2015)0192], así como recientemente en la Agenda para Europa 2019-2024 de la Presidenta de la Comisión [A Union that strives for more – *My agenda for Europe: political guidelines for the next European Commission 2019-2024*] (Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados – Mi agenda para Europa: directrices políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024). El Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia señala como uno de los pilares la transformación digital.

desempeña un papel esencial (22). Como ha indicado el EUBIM Task Group en el *Manual para la introducción de la metodología BIM por parte del sector público europeo* (donde se documentan y valoran distintas experiencias de países en la utilización y fomento de BIM), la metodología BIM debe ser la palanca de actuación estratégica en favor de la productividad del sector de la construcción para impulsar la creación de valor, la innovación y el crecimiento (por lo demás, el Derecho europeo habilita y fomenta la extensión del BIM como claro elemento de liderazgo público para obtener, desde una cultura proactiva de la digitalización, una mayor eficiencia, mejor rentabilidad y una mejora de la competitividad de un sector tan estratégico como el de la construcción).

En esencia, su función es preservar la correcta calidad de la prestación (principio vinculado al derecho a la buena administración), lo que es especialmente relevante en el ámbito de las obras públicas (por supuesto, cuando se utiliza la fórmula de concesión de obra pública, donde la BIM es pieza principal en el diseño y control de la distribución de riesgos). Permite, además, detectar la anormalidad o incumplimiento técnico de las ofertas, preservando el interés público de la correcta ejecución de las prestaciones.

La información que se aporta al modelo BIM, proviene de distintos tipos de software, programas de modelado, cálculo estructural, MEP, software de presupuestos, análisis de comportamiento energético, etc. El conocimiento de todas estas herramientas y de la capacidad de interoperabilidad entre ellas, es fundamental para la correcta implantación del BIM. Las «ventajas» del BIM serían:

1. BIM permite definir y llevar a cabo los proyectos de construcción desde una perspectiva global e integrada del proyecto de construcción del edificio en todas sus fases hasta su terminación efectiva. Facilita, por tanto, la planificación de las infraestructuras y aporta importante información para validar el impacto social de dicha infraestructura.
2. La utilización de BIM permite actualizar automáticamente la información que es editada en cualquier parte del modelo. Lo que permite una información siempre coherente a la vez que evita eventuales sobrecostes no deseados.
3. Al trabajar todos los agentes sobre un único modelo, no hay posibilidad de pérdidas de información debidas a la descoordinación entre versiones que manejan los distintos profesionales.

(22) Son indudables e incuestionables las ventajas de la metodología BIM en tanto facilita la mejor comprensión y valoración de los proyectos como, principalmente, mejora los modelos de control en la ejecución (se construye lo proyectado), laminando el riesgo de sobrecostes (o modificados de objeto). A su vez permite, por ejemplo, la certificación *as-built* del presupuesto.

4. Al establecer este método de trabajo en paralelo, todos los agentes pueden plantear desde el principio las opciones que consideren más convenientes para el proyecto, implicando directamente a toda la organización. El proyecto se desarrolla en tiempo real de forma coordinada en un entorno colaborativo, siempre bajo la supervisión de quien contrata el proyecto constructivo.
5. El BIM permite disponer en todo momento de cualquier información que se requiera, tanto de diseño como técnica, de costes, plazos de ejecución, mantenimiento, etc. También permite hacer modificaciones en tiempo real que actualizarán automáticamente todos estos parámetros, aumentando el grado de personalización y adecuación del proyecto a las necesidades del cliente.
6. Las tareas de *facility management* se vuelven mucho más eficientes, al tener toda la información real del activo bajo demanda. Y se ajusta a las exigencias de tener en cuenta el ciclo de vida, facilitando su medición y repercusión.
7. El uso de BIM aporta beneficios medioambientales pues facilita, por ejemplo, una reducción del volumen de residuos ya que permite una mayor precisión en las concretas necesidades materiales. Igualmente, lo que es de especial interés en el actual contexto de incertidumbre mundial, la simulación optimizada de estudios energéticos se concreta en una menor demanda de energía por parte del entorno construido. No puede desconocerse que todo poder adjudicador debe cumplir con los objetivos del Tratado de París, para luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, para combatir la contaminación y para promover la economía circular. Y para ello es una herramienta de gran interés la metodología BIM.

Estas y otras ventajas tienen como resultado una optimización de todo el proceso de edificación y gestión de activos durante todo el ciclo de vida, que se vuelven infinitamente más eficientes y cuyos costes y plazos de ejecución se reducen considerablemente (23). De hecho, se mencionan ahorros de entre

(23) En relación con esta metodología puede consultarse el documento *Fundamentos BIM para la contratación pública*, aprobado por La Comisión Interministerial para la incorporación de la metodología BIM en la contratación pública, con asistencia de su Comité Técnico, en la reunión de dicha Comisión de fecha de 13 de diciembre de 2022. El documento *Fundamentos BIM* forma parte del marco documental de referencia para el «Plan para la incorporación de la metodología BIM en la contratación pública de la AGE y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes» que está produciendo la Comisión Interministerial para la incorporación de la metodología BIM en la contratación pública, por mandato del Real Decreto 1515/2018, de 28 de diciembre, por el que se crea dicha Comisión. Este marco documental se completará con una guía para el uso de BIM en

el 13 y el 21 por ciento en fase de diseño y de construcción y de entre el 10 y el 17 por ciento en fase de operaciones (24). Lo que en un país como en España, y en un escenario macroeconómico como el actual, hace que la BIM debe ser utilizada como una herramienta de primer orden (25). La misma resulta una herramienta imprescindible en los proyectos colaborativos donde su carácter horizontal sobre el proyecto se alinea claramente con la finalidad de proyectos colaborativos de Valor Objetivo.

En la práctica, y con una clara insuficiencia legal (con una única referencia en la Disposición Adicional 15ª LCSP) distintos órganos de contratación han venido fomentando la utilización de BIM a través de su configuración como elemento de solvencia, o criterio de adjudicación o, incluso, como condición de ejecución (*OBSERVATORIO BIM*). Estas diferentes opciones pueden no ajustarse, sin embargo, a las reglas de la contratación pública (al menos en lo relativo a los efectos que se pretenden).

La BIM no es, ni puede ser, un elemento de solvencia. La normativa contractual supedita el poder contratar con las entidades públicas al cumplimiento previo de ciertos requisitos de capacidad, de competencia profesional y de solvencia, que son conocidos como «criterios de selección cualitativa». Estos criterios están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores o candidatos para ejecutar el contrato y establecen los requisitos positivos que deben cumplir estos operadores económicos para participar en un procedimiento de adjudicación contractual —que sean capaces, solventes y honestos— a la vez que determinan las condiciones que impiden concurrir a la licitación a quienes muestren una insuficiencia en sus cualidades profesionales o hayan dado muestra de un comportamiento ímprobo (requisitos negativos). Es decir, determinan quién puede y quién no puede ser contratista en atención a la situación personal del candidato o licitador, a su capacidad económica y financiera, a sus conocimientos técnicos, a su experiencia, y más allá de los conocimientos técnicos, a su fiabilidad, su imparcialidad o «capacidad moral», en denominación utilizada por nuestro Tribunal Supremo, estableciendo los supuestos en los cuales se puede excluir de los procedimientos de adjudicación a determinados sujetos. La metodología BIM, por tanto, no guarda relación con el elemento subjetivo del licitador (es una técnica/metodología), por lo

los procesos de contratación pública y una guía para facilitar el intercambio estandarizado de información BIM en la contratación pública para homogeneizar el empleo de BIM en los contratos públicos. Puede consultarse el documento en el siguiente enlace.

(24) Consulting Group Digital in Engineering and Construction: The Transformative Power of Building Information Modeling, 2016.

(25) En tanto metodología de datos en formato electrónico debe tenerse en cuenta la Norma Técnica de Interoperabilidad de Catálogo de estándares (Resolución de 3 de octubre de 2012, de la Secretaría de Estado de las Administraciones Públicas).

que utilizar la BIM como elemento de solvencia resulta claramente incorrecto y supone una clara discriminación indebida al restringir de forma indebida la competencia. La *sentencia de 8 de julio de 2021 (asunto C-295/20)*, Sanresa, es de especial interés en tanto permite delimitar condiciones de solvencia de condiciones especiales de ejecución. Y la utilización de BIM encaja con esa naturaleza de obligación contractual y no de solvencia empresarial.

Tampoco debería ser utilizado como criterio de adjudicación, pues no guarda relación directa con la prestación (sino solo con la tramitación y la información que facilita). El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, ha destacado la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora: *«La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijan deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios»*. En nuestra opinión el uso o no de BIM no debe servir para discriminar ofertas, pues no es una mejora a la funcionalidad propia del objeto del contrato (por el contrario, sí lo ha admitido la Resolución 102/2019, de 30 de mayo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi). Además, su utilización como criterio puede concluir en que obtenga el contrato una oferta que no aplique BIM (por obtener mejor puntuación en otros criterios) lo que se «aleja» del fin pretendido de aplicar la BIM como elemento de una gestión más eficiente y transparente.

Existe también la opción de exigir BIM como condición de ejecución (art. 70 de la Directiva 2014/24). Posibilidad validada por la *Resolución 102/2019 Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi*, que entiende que esta exigencia no es desproporcionada ni arbitraria afirmando que *«ha habido tiempo suficiente para que los diversos operadores del mercado del ámbito de la arquitectura, ingeniería, construcción, así como la Administración pública, se hayan adecuado a una metodología de trabajo impulsada por las propias administraciones (europeas, nacionales y autonómicas), de tal forma que su exigencia actual no supone una discriminación de potenciales licitadores ni la restricción indebida del acceso de los operadores económicos a los procedimientos de contratación»*. Las condiciones de ejecución no son discriminatorias ni laminan la competencia en tanto no son un parámetro previo de selección/exclusión. Cualquier empresa adjudicataria puede cumplir las exigencias BIM, ya sea con sus propios medios, ya sea

mediante su «externalización», habiendo calculado y asumido el coste en la oferta planteada. En todo caso, como condición de ejecución contractual (lo que sugiere que es potestativa su inclusión para los órganos de contratación, salvo reforma legal) hay que advertir que debe configurarse como condición esencial que en todo caso dará lugar a la resolución por incumplimiento de no utilizarse.

De lo expuesto, y con la finalidad de conseguir una mayor seguridad jurídica que facilite la implantación del BIM en los procesos constructivos públicos, la mejor solución jurídica es su caracterización como exigencia técnica de carácter obligatorio para toda licitación, escalando en el tiempo por umbrales para evitar una distorsión de la competencia o la creación de mercado cerrados a las PYMES. La configuración como exigencia técnica obligatoria resuelve la eventualidad de impugnación de los pliegos, lo que facilita al gestor su utilización y una transición sin riesgos jurídicos. La utilización caso por caso, por procedimiento, con carácter optativo, plantea importantes problemas jurídicos y técnicos que se comportan como freno al objetivo de liderar el impulso BIM en los procesos constructivos públicos.

La referida exigencia técnica puede articularse en dos momentos. Uno primero sería el de la presentación de ofertas, de tal forma que, ya en fase de selección de ofertas, las distintas proposiciones descansan en la utilización de BIM. El segundo sería su exigencia para la empresa adjudicataria, lo que puede facilitar la gestión administrativa previa. En el contexto actual, y en un escenario de impulso progresivo, parece adecuado que la utilización de BIM se aplique en fase de ejecución del contrato. Además, la extensión del BIM como elemento exigible en la presentación de ofertas tiene el riesgo de posibles fugas de información que quiebren los requerimientos del principio de confidencialidad. La confidencialidad y correlativa protección de los secretos comerciales, que aparece como un principio jurídico de especial relevancia en las actividades económicas, es un contrapunto de la regla de transparencia y su objeto es proteger bienes y derechos que no deben ser objeto de conocimiento general o público. La confidencialidad, como principio inherente a toda contratación pública, debe ser especialmente vigilada por cuanto hay que evitar políticas de competencia desleal o uso indebido de la información obtenida en el procedimiento (26). Y la exigencia BIM en fase de ofertas es,

(26) Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008, VAREC, el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. Igualmente, por lo que se refiere al alcance de la confidencialidad de las ofertas en los procedimientos de licitación de contratos públicos, ha de estarse a lo dispuesto en la reciente sentencia del TJUE, de 17 de noviembre de 2022, Antea Polska y otros (asunto C-54/21). En todo caso, muy especialmente deben respetarse las exigencias de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8

en estos momentos, una amenaza a la confidencialidad que puede ser un freno al objetivo de la extensión de su aplicación.

En este caso de exigencia técnica, como se ha hecho en Francia (*Arrêt du 30 septembre 2021 modifiant les cahiers des clauses administratives générales des marchés publics*) (27), el órgano de contratación deberá elaborar un documento de condiciones BIM, en el que se especificaran los requisitos y objetivos de los sucesivos participantes en el mismo. Tras la adjudicación (o momento de ofertas) se aprobará el «acuerdo BIM» de la operación, que es el documento que describe los métodos de organización, la representación gráfica, la gestión y la transferencia de los datos del proyecto, así como los procesos, los modelos, los usos, el papel de cada participante y el entorno BIM colaborativo (hay que recordar que, con esta metodología, en cada etapa del ciclo de vida del proyecto el acuerdo evoluciona y se adapta a nuevos actores, nuevos usos o necesidades del proyecto).

IV. EL ANCLAJE DE MODELOS COLABORATIVOS DE COSTE OBJETIVO CON LAS PREVISIONES DE LA LCSP.

La LCSP no establece una rígida e inmutable arquitectura en los procedimientos de provisión de necesidades públicas a través del contrato público. La Ley habilita diferentes modalidades de gestión contractual e introduce flexibilidad a la hora de decidir como tramitar, adjudicar y gestionar cada concreto contrato público. Será el gestor el que, desde la perspectiva de mejor cumplimiento de la prestación (que es la causa del contrato), escoja la modalidad a aplicar en el supuesto concreto. No hay, por tanto, una obligación de aplicar en todo caso procedimientos abiertos donde el precio se comporte como criterio definitivo, empujando al contratista a ofertas inadecuadas por anormales que comprometen la correcta ejecución del contrato (que es lo más importante)

de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DOUE 15 junio de 2016). El artículo 2 de esta Directiva define el concepto de secreto comercial: se caracteriza por ser información desconocida para la generalidad de los círculos relevantes; que posea valor comercial; y que haya sido objeto de medidas para mantenerla en secreto, que si bien no alude a los secretos de carácter industrial nada impide entender que quedan excluidos, por lo que cabrá entender que el secreto empresarial engloba el comercial y el industrial.

(27) La reciente modificación del pliego de cláusulas administrativas generales (CCAG) aplicable a los contratos de obras públicas y de gestión de proyectos ha incorporado la definición de BIM al conjunto de normas relativas a los contratos públicos. Así, el BIM se caracteriza por ser una «herramienta de representación digital compartida para facilitar los procesos de diseño, construcción y explotación y constituir una base fiable para la toma de decisiones» (artículo 2 de las obras del CCAG y la gestión de proyectos del CCAG).

ni, por supuesto, pliegos tipo, que facilitan el cumplimiento formal, pero que aportan riesgos importantes que afectan a la causa del propio contrato o al principio de competencia (al facilitar la actividad ilícita de cartelización) (28).

1. La viabilidad de modelos colaborativos con la normativa española vigente

El modelo «ordinario» de contrato de obra pública, sobre un proyecto de obras y ofertas donde prima para la adjudicación lo económico (presupuestario) no siempre permite el fin del correcto cumplimiento de todo lo pactado: calidad, plazos, costes. De hecho, un análisis de ejemplos de la práctica en España nos permite concluir que existen ciertas debilidades de indudable impacto: a) la falta de planificación y anticipación de las necesidades donde el proyecto de obras no siempre está «completo» y en su diseño, el precio final funciona como un «agujero negro» frente al mejor resultado y la necesaria calidad (29). A ello se suma la habitual situación de «desajuste» de precios que incentiva la práctica de las ofertas «temerarias»; b) pliegos de cláusulas administrativa de carácter «tipo», que en la práctica presentan lagunas, en especial en la fase de ejecución, que generan discrepancias y litigiosidad con efectos sobre plazos de cumplimiento y costes finales a satisfacer por el poder adjudicador (sobrecostes); c) ausencia de una verdadera gobernanza en la fase de ejecución del contrato, donde se aprecia cierta indiferencia (incluso indolencia), hacia el fin público que es la causa del contrato público (en este caso, de la infraestructura). Y aquí las conocidas «prerrogativas» del artículo 190 LCSP aportan, en la práctica, escasa utilidad; d) tendencia a judicializar las controversias, lo que se traduce en demoras en el cumplimiento de plazos y en costes transaccionales no previstos que ponen en riesgo la eficiencia del modelo de gestión contractual (aquí el arbitraje, como se explicará, comporta importantes ventajas), y e) falta de adaptabilidad a necesidades sobrevenidas,

(28) Sobre el problema de las bajas anormales me remito ahora a GIMENO FELIÚ, J.M. (2022b).

(29) Conviene recordar que el propio Consejo de Estado viene denunciando esta mala práctica e insiste en «la necesidad de extremar el celo tanto en la elaboración de los proyectos de obras como en su replanteo previo y supervisión técnica, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación, pues, de lo contrario, se podrían encubrir prácticas viciosas que vinieran a frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas» (Dictámenes 1.733/2006, de 8 de noviembre, y 34/2007, de 1 de febrero). En esta misma línea, ha insistido el Consejo de Estado en la necesidad de que los proyectos se redacten con el grado de minuciosidad y calidad precisos para evitar situaciones que son previsibles, que perturban la normal ejecución de los trabajos públicos y que pueden incidir o incluso alterar las reglas de la competencia al variar sustancialmente los contratos (Dictámenes 2.092/2006, de 21 de diciembre, y 1.867/2008, de 20 de noviembre).

que no alteran el objeto de la prestación, pero que requieren de flexibilidad decisional.

La arquitectura de modelos colaborativos en obras públicas que pivoten sobre modelos de Coste Objetivo con previsiones de *pain/gain*, es viable con las propias previsiones de la LCSP (30). Este tipo de contratos, como explica bien Gómez Guzmán, son un mecanismo muy práctico para «asegurar un precio competitivo y adecuado al mercado en aquellos casos en que la complejidad de las prestaciones y la dificultad para definir con precisión de antemano las especificaciones del objeto del contrato propician tener que asumir unos riesgos muy importantes a la hora de establecer un contrato de precio fijo y evitar, de esta manera, futuros sobrecostes que son irrazonables en los contratos, sobre todo cuando está en ellos prevista la posibilidad de prórrogas y modificados del contrato. En general, estos acuerdos proporcionan flexibilidad y transparencia para la entidad pública contratante; y reducen el riesgo operativo y financiero del contratista porque tiene garantizado la recuperación de todos sus gastos que son imputables al contrato y la obtención de un beneficio razonable».

Explicaremos las reglas y principios aplicables para la articulación práctica de un modelo colaborativo de construcción de infraestructuras de estas características.

2. Más allá del modelo de precio fijo en las obras públicas. El precio de las obras no debe ser fijo, sino determinable

El artículo 75 LCSP señala que «En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados» (negrita nuestra). La LCSP

(30) Sobre las ventajas de modelos más flexibles puede consultarse a GÓMEZ GUZMÁN, J.C. (2016). Como bien explica, en un *Open Book Contract* (OBC) el cliente —es decir, la Entidad Pública contratante— y el proveedor —es decir, el contratista— acuerdan los costes que son reembolsables y la metodología aplicable de cálculo del beneficio. En esta modalidad de contrataciones —de costes reembolsables— el precio que percibe el contratista es equivalente a los costes reales incurridos en la ejecución de la prestación más una cuota de beneficio, hasta el límite del valor estimado para el contrato —de conformidad con las reglas para su cálculo contenidas en el artículo 102 LCSP.

exige un precio cierto —que no fijo—. Concepto que no define y que obliga a una interpretación de «segundo grado» con la regulación prevista en el Derecho Privado, donde los artículos 1.447 y 1.449 del Código Civil (CC), respectivamente establecen: «*Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada*» y «*El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*» Criterio asumido por el Consejo de Estado en Dictamen de 4 de marzo de 1993 donde afirma que, si bien los contratos administrativos han de tener un precio cierto, «*precio cierto no es precio fijo, pues con referencia a aquél lo que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias*».

En este mismo sentido, el Informe 2/2013, de 28 de junio, de la Junta consultiva de contratación administrativa de las Islas Baleares, señala: «*la obligación de que el precio sea cierto significa que el precio o, en cualquier caso, los elementos que lo integran deben estar determinados en el momento en que se perfeccione el contrato o deben ser determinables en un momento posterior.*» También la jurisprudencia contencioso-administrativa se ha manifestado en este mismo sentido, y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2005, señala: «*Por tanto, con carácter previo a la aprobación del expediente (art. 70 LCAP) deberá haberse determinado con exactitud el precio, más la certitud no parece razonablemente exigible de la totalidad del precio sino que la certidumbre se predica de los elementos que lo integran*» (*negrita nuestra*).

En consecuencia, es conforme al ordenamiento jurídico vigente y a la exigencia de un precio cierto que el modelo de retribución de una prestación contractual pueda ser determinado por variables diferentes previamente conocidas, que será un precio «con un modo de determinarlo», como indica el artículo 35.f) LCSP (incluso se admiten precios provisionales ex arts. 75.5 y 85.5 LCSP) (31).

Opción de pago por resultados, como es la cuota litis, que no es extraña en otros objetos licitatorios. Así, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 52/09, de 26 de febrero de 2010, denominado «Ámbito y exclusiones de los contratos de servicios. Posibilidad de que el precio del contrato consista únicamente en un porcentaje sobre los rendimientos obtenidos»,

(31) La Junta Consultiva Contratación Administrativa ha analizado en profundidad también los conceptos de valor estimado del contrato, presupuesto de licitación y precio del contrato (referidos a la regulación de la Ley 30/2007 y de sus normas de desarrollo, como es lógico por las fechas de emisión) en sus Informes 43/2008, y 17/2012, entre otros. En ellos, se incluye una interesante y completa recopilación sobre la doctrina relativa a estos conceptos y se establecen pautas para identificarlos y distinguirlos con precisión. *Vid.* por todos, PEÑA OCHOA, A. (2018, pp. 948-952).

concluye, de forma indubitada, que *«Sí es posible retribuir al contratista única y exclusivamente con un porcentaje sobre el importe efectivamente cobrado (principal, intereses y sanciones), en los expedientes fruto de la colaboración entre el Ayuntamiento y el contratista»* (negrita nuestra). Modelo de retribución que se utiliza también en ciertos servicios de eficiencia energética donde se incentiva (y se paga) según la reducción del consumo/importe de la factura de electricidad. En este ámbito, la Junta Consultiva de Contratación Pública, mediante *Informe 59/11 de 1 de marzo de 2012*, da respuesta a la cuestión relativa a la posibilidad de fijar el precio de un contrato para la implantación de un Proyecto de mejora de la eficiencia energética mediante un porcentaje sobre los ahorros que se generen. La Junta Consultiva de Contratación Pública aplica la doctrina contenida en su Informe 52/09, concluyendo que fijar el precio en un porcentaje sobre el ahorro obtenido por diferencia entre el consumo de energía antes y después de la implantación del proyecto, y siempre que cumpla el requisito de ser verificable, medible o estimable, *«puede cumplir con la doctrina expuesta en el informe citado.../...el precio, si bien no es fijo, resulta determinable si se introducen los correspondientes parámetros que permitan cuantificar su variación en base a los ahorros de consumo energético verificados»* (negrita nuestra). En definitiva, por tanto, admite de nuevo un sistema de determinación del precio variable, pero determinable y, por tanto, cierto. La Junta Consultiva de Contratación Pública decanta, además, una importante conclusión, pues generaliza la posibilidad de aplicación del sistema de precios variable previsto en el artículo 87.4 a cualquier contrato de servicios, al señalar al respecto de dicho sistema que: *«si bien resulta especialmente aplicable a los contratos de colaboración público-privada en los que se prevé expresamente la remuneración variable asociada a determinados objetivos de rendimiento, igualmente son aplicables para el caso de que los contratos sean calificados como mixtos, de suministro y servicios, o bien como contrato de servicios»*. Recuerda la Junta que el artículo 278 TRLCSP —actual artículo 302 LCSP— establece que el precio de los contratos de servicios *«podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades»* (negrita nuestra). Definición que considera perfectamente compatible con el sistema de determinación del precio analizado, señalando al respecto que *«dicha previsión —en referencia al artículo 302 TRLCSP— no está en modo alguno en contradicción con lo expuesto, ya que deja abierta la posibilidad a que el precio sea fijo o variable por referencia a parámetros que permitan su determinación, siguiendo la regla general expuesta»*.

Otro tanto sucede, por ejemplo, con el modelo de retribución por pagos por resultados (con techo presupuestario) en la adquisición pública de medica-

mentos o de contratación de servicios de tecnología innovadora en salud (32). La retribución no es fija y depende del «éxito» de la prestación.

En definitiva, es posible la determinación de retribución que introduzca elementos referidos a los resultados, que es una opción admitida por el propio artículo 102 LCSP. Opción que pretende dotar de cierta flexibilidad como estímulo a una mejor ejecución de la prestación, lo que aporta valor como elemento de la decisión.

De hecho, la LCSP prevé la modalidad de precio a tanto alzado (artículo 216 LCSP), que en obras públicas significa que el precio final no dependerá de la medición general de la obra tras ser recibida. Esta modalidad, según la LCSP, tiene carácter excepcional. Se trata, según algunos autores, de un modelo idóneo en la medida en que constituye la fijación de un precio invariable que no supone desviaciones ni sobresaltos presupuestarios, que facilita el ajuste del gasto y que arraiga directamente en el principio de riesgo y ventura a cargo del contratista.

La dificultad en la aplicación del sistema de precio a tanto alzado comienza cuando se constata que la LCSP no efectúa mayor especificación de este concepto de «tanto alzado», como género, aunque sí ofrece mayor detalle en relación con una de sus especies, la de las obras a precio cerrado (33). Por ello, ante la ausencia de previsión de normativa administrativa, se debe acudir al derecho privado (interpretación autointegrativa de segundo grado). El artículo 1593 del Código Civil establece que: *«El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario»*.

En consecuencia, el sistema de retribución a tanto alzado es aquel en el que la retribución del contratista se establece de antemano, sin atención al precio de los distintos elementos o partes componentes de la prestación objeto del contrato (esquema básico que resulta aplicable sin mayor dificultad a la modalidad de obra a tanto alzado en la contratación del sector público en general). Precio alzado que puede tener varias modalidades. Una, de precio

(32) Vid. GIMENO FELIÚ, J.M, y GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. (2020).

(33) En sede reglamentaria sí encontramos una definición del precio a tanto alzado, aunque referido a los contratos de servicios. Así, conforme al art. 197.a) RGLCAP, el precio a tanto alzado es el precio fijado de forma global en el que no se utilizan precios unitarios o descompuestos y que va referido a la totalidad del objeto del contrato o aquella parte del mismo susceptibles de entrega parcial por estar así previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

cerrado (artículo 216.2 LCSP), donde el contratista asume los riesgos que se hayan pactado y donde hay un tope de retribución que asume en todo caso la empresa que ejecutará. La contratación de obras a tanto alzado con precio cerrado requerirá que se cumplan las siguientes condiciones:

a. Que así se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, pudiendo éste establecer que algunas unidades o partes de la obra se excluyan de este sistema y se abonen por precios unitarios.

b. Las unidades de obra cuyo precio se vaya a abonar con arreglo a este sistema deberán estar previamente definidas en el proyecto y haberse replanteado antes de la licitación. El órgano de contratación deberá garantizar a los interesados el acceso al terreno donde se ubicarán las obras, a fin de que puedan realizar sobre el mismo las comprobaciones que consideren oportunas con suficiente antelación a la fecha límite de presentación de ofertas.

c. Que el precio correspondiente a los elementos del contrato o unidades de obra contratados por el sistema de tanto alzado con precio cerrado sea abonado mensualmente, en la misma proporción que la obra ejecutada en el mes a que corresponda, guarde con el total de la unidad o elemento de obra de que se trate.

d. Cuando, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 147, se autorice a los licitadores la presentación de variantes o mejoras sobre determinados elementos o unidades de obra que de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato deban ser ofertadas por el precio cerrado, las citadas variantes deberán ser ofertadas bajo dicha modalidad.

En este caso, los licitadores vendrán obligados a presentar un proyecto básico cuyo contenido se determinará en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato.

El adjudicatario del contrato en el plazo que determine dicho pliego deberá aportar el proyecto de construcción de las variantes o mejoras ofertadas, para su preceptiva supervisión y aprobación. En ningún caso el precio o el plazo de la adjudicación sufrirá variación como consecuencia de la aprobación de este proyecto».

Una segunda, sería la de precios provisionales, prevista en el artículo 75.5 LCSP que indica las condiciones para ello:

«...la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto.

En los contratos celebrados con precios provisionales el precio se determinará, dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes en que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado, para lo que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos:

a. El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio.

b. *Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.*

c. *Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción».*

En todo caso, de conformidad al principio de libertad de pactos (artículos 34 y 35 LCSP), en este tipo de modelos de retribución no cerrada resulta posible fijar el modo en que se determina (y abona) el precio de la obra. Esta determinación define a su vez la naturaleza del propio contrato (contrato de obra a tanto alzado, contrato de obra precio cerrado, etc.) y, en consecuencia, la normativa aplicable. Ahora bien, la libertad de pactos supone, además, que las partes puedan —es la esencia de este principio— establecer en el contrato el contenido de su relación, no limitándose a optar por alguno de los tipos previstos en la LCSP, lo que permite introducir soluciones de *pain/gain* (como se aplica ya en contratos de salud) que pretenden incentivar la mejor calidad en la ejecución con el mayor compromiso institucional (cooperación) de las diferentes partes.

Por último, en relación al valor estimado de este contrato con este modelo de retribución se deberán aplicar las reglas generales. El concepto de valor estimado tiene su origen en el artículo 9 de la derogada Directiva 2004/18/CE, que establecía el método para el cálculo del valor estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, a los efectos de identificar los que superan los umbrales que determinaban la aplicación directa de sus normas. Incorporado este concepto por la legislación española de 2007, durante la vigencia del sistema del TRLCSP su cálculo se ha regido por las reglas establecidas en el artículo 88, prácticamente idénticas a las que se contienen en el artículo 101 de la nueva Ley. Según aquellas, el valor estimado del contrato es el importe total sin IVA que, según las estimaciones del órgano de contratación, se podrá pagar al contratista por la ejecución del contrato, incluidas las variaciones que puedan aprobarse durante su ejecución. Por tanto, deben tenerse en cuenta en su estimación cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato. También se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, en los casos que contemplen la posibilidad de que del contrato sea modificado (o ajustado conforme a los denominados *Compensation Events*). Y, por el contrario, no se computarán nunca como valor estimado del contrato las posibles revisiones de precios que se reconozcan al contratista en los casos que procedan.

3. De la selección de las empresas y la negociación del proyecto: las posibilidades del procedimiento negociado con publicidad

En los proyectos constructivos colaborativos interesan dos fases. Una primera de selección de las empresas y otra, posterior, de negociación de las ofertas (proyecto constructivo). Tan importante como el proyecto de obras (el qué) es la selección del contratista (el quién), que es un elemento esencial para garantizar el mejor cumplimiento del contrato (34). Para cumplir esta finalidad y alinear las exigencias de quién y de qué, la opción más adecuada resulta el procedimiento negociado con publicidad (donde, como afirmara la STJUE de 5 de octubre de 2000, asunto C-337/1998, «*las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contratos...*»).

El artículo 167 LCSP regula el procedimiento negociado con publicidad. Entre los supuestos que permiten su utilización interesa destacar (35):

a) Cuando para dar satisfacción a las necesidades del órgano de contratación resulte imprescindible que la prestación, tal y como se encuentra disponible en el mercado, sea objeto de un trabajo previo de diseño o de adaptación por parte de los licitadores.

b) Cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras.

c) Cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma.

d) Cuando el órgano de contratación no pueda establecer con la suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica, en los términos establecidos en esta Ley».

Todas estas posibilidades dan cobertura a la utilización de este procedimiento de negociación con publicidad, de más fácil articulación práctica que el diálogo competitivo, en un modelo colaborativo de coste objetivo para obras públicas.

(34) La implicación práctica de la solvencia es decisiva en la correcta adjudicación y ejecución de cualquier contrato público o concesión. Así lo recuerda, entre otros (es doctrina unánime), el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 18/2011, de 29 de julio (TACPA), al recordar que la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y de solvencia (exigiéndose que el objeto de licitación este comprendido en el objeto social de la empresa licitadora), en sus distintas vertientes económica, técnica y profesional-empresarial, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada.

(35) Por todos, me remito a GALLEGO CÓRCOLES, I. (2014, pp. 220 y ss).

El artículo 169 LCSP establece que al seleccionar a los candidatos que vayan a participar en la fase de negociación, los órganos de contratación se basarán, en particular, en criterios que se utilizan en el procedimiento restringido (artículos 161, 162, 163 y 164.1 LCSP). La finalidad es «filtrar» desde el inicio las empresas a las que se invitará a presentar ofertas (36).

En los pliegos debe quedar claro el número de operadores económicos a los que el órgano de contratación invitará, tras la preceptiva selección, a participar en el procedimiento licitatorio, que no podrá ser inferior a tres, salvo que el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número. El pliego contendrá los criterios de selección cualitativos de las empresas que pueden ser seleccionadas. Y entre los ordinarios de solvencia económica y técnica, junto a la experiencia contrastada (es fundamental que

(36) Especial significado práctico tiene el del *Reglamento (UE) n° 2022/1031*, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (más conocido como Instrumento de contratación internacional o ICI). Este reglamento introduce relevantes novedades en materia de contratación con operadores originarios de países terceros, o de adquisición de bienes y servicios de dichos territorios. En particular, las medidas recogidas pretenden reforzar la posición de los operadores, bienes y servicios de la Unión que, en la actualidad, experimentan notables dificultades para el acceso a ciertos mercados de contratación pública internacional. Así, es habitual que se encuentren trabas en mercados tan relevantes como los de China, Rusia, India o Turquía. Se habilita a la Comisión para la adopción de medidas restrictivas, en caso de que se detecten prácticas en sede de contratación pública que sean contrarias a los operadores, bienes o servicios de la Unión. Estas medidas podrán alcanzar a licitaciones que no se encuentren cubiertas por acuerdos de contratación pública internacional, entre los que destaca el Acuerdo de Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio. Por el contrario, en el caso de que rija uno de estos tratados, ante eventuales controversias, se deberá estar a los mecanismos previstos en los mismos. Las medidas que puede adoptar la Comisión Europea son especialmente rigurosas. En concreto se prevé la imposición de reducciones en las puntuaciones obtenidas por las ofertas afectadas, que podrán alcanzar hasta un 50 % —o incluso un 100 % si el único criterio valorado es el precio. Asimismo, y como medida todavía más severa, se prevé también la directa exclusión de las ofertas. No obstante, estas medidas restrictivas cuentan con ciertas limitaciones. En primer término, se establece un umbral económico, de modo que las penalizaciones solamente procederán en contratos cuyo valor estimado sea superior a 15.000.000 de euros para concesiones y obras, o a 5.000.000 de euros para suministros y servicios. A su vez, como vía de flexibilización, las medidas de ajuste podrán inaplicarse en ciertos supuestos, vinculados a la existencia de circunstancias de interés general que lo justifiquen o a la intervención de algunos poderes adjudicadores locales de reducidas dimensiones. En todo caso, las medidas restrictivas, además de reforzar la reciprocidad, se orientan en último término a incentivar la conclusión de acuerdos internacionales de contratación. Así, se prevé expresamente que la adhesión al ACP —o la celebración de acuerdos bilaterales de contratación con la UE— conllevarán la retirada de las medidas de ajuste que se estén aplicando. Vid. ESTEBAN RÍOS, J. (2022b, pp. 175-216).

se puedan aportar las experiencias de todas las empresas dependientes de la matriz, ello debido a la estructura internacional de las compañías españolas, pues lo contrario implica excluir la experiencia aportada por filiales internacionales), se podrán incluir criterios que atiendan a los indicadores ESG (siglas en inglés para «*Environmental, Social and Governance*») promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno) (37), que se tendrán en cuenta para la preselección de las empresas a presentar la oferta, así como su ponderación estableciendo un umbral mínimo cuya no superación implicará la exclusión automática. Interesa, también, valorar la existencia (y nivel) de las certificaciones en materia de calidad, seguridad, medio ambiente y prevención de riesgos laborales, así como los sistemas de gestión y procesos. Exigir una óptima cualificación, y desde una perspectiva transversal, en modo alguna cuestiona los principios del derecho de la competencia siempre que, obviamente su efecto no «cierre de forma desproporcionada» el mercado.

En todo caso, conviene referir la conveniencia de impulsar modelos de participación en las licitaciones que superen las inercias en torno a la constitución de Uniones Temporales de Empresa (38), a favor del concepto funcional

(37) Se evita, así, un *dumping* social, y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Vid. DOLAN, C y BARRERO ZALLES, D. (2021).

(38) Las UTEs están expresamente reconocidas en la legislación en materia de contratos públicos, que las contempla como una forma posible de concurrir a los procedimientos de adjudicación (artículo 69 LCSP), y muchas veces se recomiendan e incluso se fomentan por las Administraciones Públicas, como herramienta para permitir que las empresas de menor tamaño (en ocasiones, localmente arraigadas) accedan a los contratos públicos de mayor relevancia. No obstante, se trata de una figura problemática desde el punto de vista de la aplicación de las normas en materia de defensa de la competencia, en la medida en que puede ser un instrumento para la infracción de tales normas: la formación de UTEs entre empresas real o potencialmente competidoras para optar a la adjudicación de contratos públicos puede dar lugar a acuerdos para el reparto del mercado, la fijación de precios y la compartición de información sensible, así como la constitución de barreras de entrada, conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y sancionadas con severidad en dichas normas. En relación con lo anterior, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) viene manteniendo desde tiempo atrás una postura ciertamente restrictiva en cuanto a la utilización de las UTEs en los procesos de adjudicación de contratos públicos, con objeto de que su uso no conduzca a una vulneración de las normas sobre defensa de la competencia. La CNMC sostiene, en síntesis, que el análisis de admisibilidad de la UTE respecto de las normas en materia de defensa de la competencia debe efectuarse caso por caso en función de las características de las empresas que la componen y del contexto en el que se produce la agrupación, teniendo en cuenta los criterios a los que se ha hecho referencia anteriormente, y concluye que: «*Solamente cabrá apreciar el beneficio y la necesidad de asociarse a través de una UTE para determinados contratos, y la inexistencia de una conculcación de las normas de competencia, cuando no sea posible que las empresas puedan concurrir a los mismos de*

de operador económico que integre solvencia con recursos ajenos (art. 75 LCSP) (39). Este precepto legal permite que, para acreditar y completar su solvencia, los licitadores puedan basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas (en el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades se podrán tener en cuenta las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando aquéllas acrediten que tienen efectivamente a su disposición los medios, pertenecientes a dichas sociedades, necesarios para la ejecución de los contratos). Se trata de un derecho de los potenciales licitadores que ni tiene que ser previsto, ni puede ser limitado mediante el pliego de la licitación. Y que no se limita, en modo alguno, a empresas de un mismo grupo empresarial (40). La posibilidad de que un candidato o un licitador recurriera a las capacidades de una o varias entidades terceras, además de a su propia capacidad, para cumplir los criterios establecidos por el poder adjudicador, es conforme al marco normativo vigente, tal y como indica la Sentencia TJUE de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2* y *Mannocchi Luigino* (apartado 30). Según esta misma jurisprudencia, dichas disposiciones reconocen a los operadores económicos el derecho a basarse, para un contrato determinado, en las capacidades de otras entidades, «independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas», siempre que demuestren ante el poder adjudicador que dispondrán de los medios necesarios para ejecutar dicho contrato (véase la sentencia de 14 de enero de 2016, *Ostas celnieks*, C-234/14, apartado 23). Tal interpretación es conforme con el objetivo de

manera individual ante su falta de capacidad. Solo en estos supuestos puede acogerse la posibilidad de constituirse puntualmente en UTE». (Resolución de 29 de septiembre de 2016, expediente SNC/DC/007/16 Agencias de Viajes). Sobre esta cuestión resulta de especial interés la monografía de LÓPEZ MIÑO, A. (2019). También, GALLEGO CÓRCOLES, I. (2018, pp. 303-341); RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A. (2021, pp. 255-296).

(39) El artículo 2 de la Directiva 2014/24 define el concepto de «operador económico» de forma funcional: «una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios».

(40) Esta opción, amén de conforme con el Derecho europeo (ya contenida en la Directiva 2004/18, y ahora en la Directiva 2014/24, en el artículo 63), encuentra su apoyo directo en la doctrina del TJUE, en concreto, en su sentencia de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia*, al afirmar que: «La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato».

abrir los contratos públicos a la competencia más amplia posible que persiguen las Directivas en esta materia, en beneficio no sólo de los operadores económicos, sino también de los poderes adjudicadores (véase, en este sentido, la citada sentencia de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa, apartado 37 y jurisprudencia citada). Criterio jurisprudencial refrendado por la STJUE de fecha 2 de junio de 2016, *Pippo Pizzo*, Asunto C-27/15, que ha recordado que con carácter general los operadores económicos pueden valerse de las capacidades de una o varias entidades terceras para satisfacer los requisitos mínimos de participación en un procedimiento de licitación, aunque advierte que cabe considerar que existen obras cuyas particularidades puedan necesitar una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo las capacidades inferiores de varios operadores y que en este supuesto, y con carácter excepcional, cabe la posibilidad de exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o recurriendo a un número limitado de operadores económicos, siempre que dicha exigencia esté relacionada con y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate y se regule en los pliegos. En todo caso, la integración de la solvencia en este tipo de contratos de obras, necesariamente requiere acreditar, como se ha indicado anteriormente, que se dispone efectivamente de los medios necesarios para el cumplimiento del contrato. (Resolución Tribunal de Contratación Pública de Madrid 103/2016, de 1 de junio). Esta comprobación de disponibilidad de los medios de la empresa que complementa la solvencia no debe ajustarse a una formalidad estricta ni, mucho menos, procede validar sobre esta empresa los requisitos de solvencia del pliego (no se trata, insistimos, de un supuesto de Unión Temporal de Empresas). La explicación, reiteramos, es que prima un concepto funcional, no formal, del contratista (operador económico, en la terminología de las Directivas de contratación pública) (41). Este criterio de integración de solvencia con medios externos está llamado en la práctica a tener una gran importancia pues permitiría que realmente se seleccionara a las empresas más capaces desde una visión global del contrato, con lo que, a la vez que se garantiza una verdadera concurrencia, se favorecería el mejor cumplimiento de la prestación contractual, evitando, por lo demás, los característicos problemas que se derivan siempre que este aspecto se difiere a la fase de ejecución. Asimismo, permite un «reconocimiento» a las distintas

(41) Criterio funcional de operador económico admitido por el Tribunal Supremo en su sentencia 886/2021 (recurso de casación 7906/2018), recordando que «en el Derecho de la Unión Europea se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos, contemplándose para ello mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa (principio de complementariedad de las capacidades y principio de funcionalidad), dejando claro la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en la interpretación de esos mecanismos por parte del poder adjudicador debe imperar el principio de proporcionalidad».

entidades que conforman el operador económico (a diferencia de cuando se subcontrata, en donde los resultados de esa contratación se imputan en exclusiva al contratista), así como se facilita la retribución a cada «unidad empresarial» que suma en ese operador económico (siendo, por lo demás, una responsabilidad mancomunada y no solidaria). En nada se cuestionan las reglas de capacidad del contratista con este modelo, pues los criterios de solvencia lo son para poder contratar y no para poder licitar (además evita posibles acuerdos de cartelización).

La fase de adjudicación propiamente dicha se articula en tres secuencias: presentación de ofertas iniciales, negociación de las mismas, y presentación de oferta final. La oferta inicial será la base de las negociaciones ulteriores. Los órganos de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos dependientes, negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por estos, excepto las ofertas definitivas, con el fin de mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios. Los límites de la negociación son los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación (por otro lado, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberá advertirse si el procedimiento de negociación se realizará en fases sucesivas, con reducción de las ofertas).

Las negociaciones podrán referirse a aspectos técnicos, temporales, de costes, etc., pero quedan fuera de las mismas los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación que se hubiesen perfilado en el pliego (42). Con este modelo colaborativo se contrasta y perfecciona el diseño y alcance del proyecto durante un plazo adecuado (a priori se considera un mínimo de 6 meses, que es un plazo similar al del diálogo competitivo), situación que, por lo general, predetermina la ejecución del contrato mediante modelos colaborativos *target cost*. El grado de desarrollo de este diseño será tal que permita poder estimar este *target cost* con un mínimo de certeza (con un mínimo desarrollo de diseño en torno a 60% o más, aunque sería conveniente, en unas primeras experiencias, intentar elevar este porcentaje), quedando la finalización del diseño de detalle constructivo como primera etapa de la fase de ejecución en la mayoría de los casos.

(42) Hay que recordar que, conforme al artículo 169.3 LCSP, el procedimiento se podrá articular en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de cláusulas administrativas particulares, indicándose en estos si se va a hacer uso de esta facultad. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

Durante la fase negociadora, los órganos de contratación han de cuidar por la igualdad de trato entre todos los licitadores y no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de éste (169.4 LCSP). Es por tanto especialmente importante que cualquier *value engineering* o alternativa propuesta por los licitantes no sea compartida con los competidores durante la fase de oferta o hasta que el licitador en cuestión sea designado como no adjudicatario y reciba la retribución a cambio de la propiedad intelectual.

Los órganos de contratación informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido excluidas, de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación que no establezca los requisitos mínimos a que se refiere el artículo 166, y les darán plazo suficiente para que presenten una nueva oferta revisada.

Los órganos de contratación, en su caso a través de los servicios técnicos de ellos dependientes, negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por éstos, excepto las ofertas definitivas a que se refiere el apartado octavo del artículo 166, para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación y, en su caso, en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la mejor oferta de conformidad con lo previsto en el artículo 145 LCSP.

Los criterios de negociación y adjudicación deben alinearse con la mejor calidad del proyecto constructivo y cumplimiento «primario» de políticas públicas. Así deberían valorarse los métodos constructivos, justificación del plan de obra (con los *deadline* que protegen el itinerario crítico —constructivo y financiero— de la obra), aplicación particularizada de los sistemas de calidad, medio ambiente, seguridad y salud, la sostenibilidad del modelo de ejecución y, en especial, indicadores que pongan en valor el coste del ciclo de vida (43) y las medidas de economía circular (44).

(43) Vid. DELGADO FERNÁNDEZ, R. (2016, pp. 116-152). Como destaca esta autora, «Su aplicación práctica presenta ciertamente problemas, que disminuirán según se avance en su aplicación y aumenten los conocimientos al respecto de los gestores de contratación y que solo se podrán resolver con la voluntad decidida de las administraciones contratantes. Sin duda dicha aplicación experimentará un estímulo importante si se aprueban normas de cálculo generales en el ámbito de toda la UE. Ya existen antecedentes (sobre todo en la industria militar y de la construcción) de dicho cálculo y normas internacionales que analizan y calculan el ciclo de vida desde diferentes aspectos y pueden ayudar a la aplicación del mismo como criterio de valoración así como proyectos en marcha sobre este aspecto».

(44) La Directiva 2014/24 introduce el concepto de ciclo de vida en su artículo 2, apartado 20, estipulando que éste incluye «todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la

Obviamente la rentabilidad y costes será un elemento de valoración, pero diferenciado de la opción del simple precio como oferta económica (45). Lo interesante es poner el foco como criterio valoración en la negociación de la propuesta de retribución y costes de la infraestructura (el parámetro debe de ser la *fee*), para lo que habrá que realizar una valoración de la estructura de costes de la empresa y de los costes estimados en la oferta en términos de razonabilidad —en sus aspectos técnico y económico—, lo que implica evaluar, asimismo, la metodología que ha utilizado la empresa para su estimación con base en los costes históricos o en relaciones paramétricas (46). En la negociación de los costes se tendrán en cuenta las siguientes tres categorías de costes de la oferta:

1. Costes sin salvedades: Son aquellos que son razonables y cuya necesidad se ha reconocido para la obtención del resultado final.
2. Costes sin resolver: Son costes que tienen salvedades, pero cuya necesidad se ha demostrado y, sin embargo, su importe no se considera razonable por no haber podido ser contrastado debidamente, ya sea porque el contratista tiene debilidades en sus sistemas de control interno, especialmente en sus procedimientos de estimación de costes, que hacen sospechar de su fiabilidad; o porque no ha aportado suficiente información como para aceptar la validez del coste final.
3. Costes no soportados: Son costes con salvedades en los que hay evidencias suficientes para excluir su imputación, por ser irrazonables e innecesarios (por ejemplo, la subactividad y costes de la capacidad ociosa; los costes de la falta de calidad debido a rectificaciones de trabajos defectuosos; los costes derivados de conflictos de intereses,

comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización».

(45) En los modelos *target cost* se utiliza la opción de precio cerrado o precio objetivo, según proceda, y a la matriz de compartición de sobrecostes y ahorros. Ejemplos de este tipo de contrato son los *New Engineering Contract (NEC) Engineering and Construction Contracts*, en sus modalidades *Option C: Target contract with activity schedule*, y *Option D: Target Contract with Bill of Quantities*. La experiencia práctica, en un contexto de incertidumbres políticas y económicas, aconsejaría un modelo de coste objetivo.

(46) Vid. HUERTA BARAJAS, J.A. (2008, pp. 55-68). Como explica este autor, una oferta económica coherente con la solución técnica debe guiarse por la definición que haga el contratista del producto a nivel funcional o de sistemas principales de producción, concretando por cada paso y/o nivel de producción los costes de los trabajos precisos para su definición, desarrollo, fabricación e integración, así como la integración en la producción de los materiales y piezas que sean necesarios y las subcontrataciones. Esta estructura a nivel funcional compone lo que se conoce como «*work breakdown structure (WBS)*» que es una herramienta de gestión de proyectos que utiliza una descomposición jerárquica orientada al producto final.

comisiones inapropiadas, etc; y, en general, duplicidad y sobrecarga de costes procedentes de servicios centralizados de la empresa).

Todos estos costes son negociados con los licitadores, de manera que los costes sin salvedades son susceptibles de ser incorporados en su totalidad al objeto del contrato; los costes sin resolver deben ser acordados específicamente —partida por partida—, pudiendo, incluso, ser retirados de la oferta por el licitador; y, por último, los costes no soportados se excluyen de plano de la oferta (47).

Otro criterio de negociación/adjudicación será el modelo de *pain/gain* por resultados que se propone (cumplimiento, o no, de hitos del proyecto ejecutivo (48)), en los que convendrá imponer umbrales de saciedad para evitar ofertas que luego son de difícil ejecución (49). Esta nueva finalidad del precio (valor) vinculado a la calidad ha sido reconocida por el Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 822/2019 cuya argumentación conviene transcribir:

«Dicho esto, sin embargo, este Tribunal, que bajo el imperio del TRLCSP se mostró contrario a esa fórmula de evaluación de las ofertas económicas (cfr.: Resoluciones 906/2014, 542/2015, 873/2016 —citada por la recurrente— o 230/2018 —que transcribe la 857/2018, invocada asimismo por la recurrente—), ha modificado ya tal criterio inicial, según hicimos constar en nuestra Resolución 976/2018, en la que, además, se tuvo en cuenta igualmente, el cambio normativo que supuso la Directiva 2014/24/UE y la LCSP. Dijimos entonces y reiteramos hoy:

(...) 2º. Los argumentos anteriores justificativos de por qué este Tribunal no comparte algunas de las consideraciones más arriba reseñadas, se refuerzan de forma notable a la vista del contenido de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP, que la traspone al ordenamiento español, hasta el punto de que hace decaer completamente los argumentos que apoyan las consideraciones expuestas que no compartimos, en especial, la relativa a la presunta inadmisibilidad legal del establecimiento de un índice de saciedad en la configuración y aplicación del criterio precio cuando opera conjuntamente con otros criterios objetivos y/o subjetivos.

Efectivamente, la Directiva 2014/24/UE mantiene que la adjudicación de los contratos debe hacerse sobre la base del criterio de la oferta económicamente

(47) Con este modelo los contratistas que tengan implantados los mejores sistemas de control interno en su gestión y sean más transparentes, es decir presenten su contabilidad como un auténtico «libro abierto», serán los que ofrezcan las mejores garantías para realizar el objeto de la contratación y, por tanto, se les presuma con mejor capacidad de ofrecer la propuesta más ventajosa.

(48) Como indica PORTER, M. (2006), la mejora en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión lo que aconseja medidas rigurosas de valoración (de «*outcomes*» y costes) para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato. Así, el pliego contendrá previsiones específicas y claras sobre los resultados previstos (y cómo se constatan) para determinar la concreta retribución final.

(49) Vid. GIMENO FELIÚ, J.M.,(2022b).

más ventajosa, que, a su vez, se ha de determinar "...desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate" (Art. 67 de la Directiva 2014/24/UE). Por tanto, no determina en ningún caso que en esa relación coste-eficacia o en la relación calidad-precio, siempre se haya de aplicar el criterio precio en su modulación de precio más bajo.

Es más, la propia Directiva admite que no se valore la minoración del criterio coste o precio, en cuanto admite que se opere sobre un coste o precio fijo, cuando determina en su artículo 67.2, que: "El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad".

A partir de ese texto normativo hemos de considerar que si el factor coste puede adoptar la forma de un precio fijo no susceptible de mejora por minoración, con mayor motivo debe admitirse un precio no fijo pero limitado por un índice de saciedad, que puede minorarse más allá de ese límite pero sin favorecerse por un incremento de puntos en su valoración. En el mismo sentido, es indudable que esa Directiva atribuye al poder adjudicador la libertad de delimitar los criterios de adjudicación dentro del respeto a los requisitos que establece, cuando en su artículo 67.5 determina que: "5. El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada". En fin, la LCSP ha incorporado las directrices de la Directiva 2014/24 al ordenamiento español, recogiendo los criterios antes citados en lo relativo a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y a la incorporación de criterios sociales y medioambientales y de innovación, que modulan la relación coste-eficacia y la relación calidad-precio, así como los principios de eficiencia y economía en el gasto público. En particular, este último principio es indudablemente matizado, en lo que aquí concierne, en el artículo 1.3, de la LCSP cuando determina que:

"En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social". Lo anterior, vinculado a la autorización normativa sobre que el factor coste pueda operar como coste o precio fijo de forma que los licitadores compitan solo en función de criterios de calidad, es lo que determina que no pueda ya, actualmente, afirmarse en modo alguno que no es admisible legalmente establecer en el PCAP índices de saciedad que limiten en la aplicación de la valoración de la oferta económica mediante el criterio precio la atribución

del máximo de puntos posibles a la ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minore el precio más allá del citado límite. En suma, lejos de suponer una infracción del Ordenamiento Jurídico determinante de nulidad de pleno derecho, la cláusula cuestionada es conforme a Derecho, lo que determina la inadmisibilidad del recurso en lo que se refiere a la impugnación indirecta del Pliego» (50).

En definitiva, más que el precio (o junto con él), en un modelo colaborativo para la construcción de infraestructuras se deberán considerar no solo los costes actuales, sino el conjunto de los costes del ciclo de vida del objeto del contrato, que incluye los costes del desarrollo del producto, su adquisición y posible transporte e instalación, los de mantenimiento y disposición sobre los productos o servicios, y los asociados a su eliminación, además de otros aspectos importantes tales como la calidad y el mérito técnico de la oferta. De esta manera resultará posible adjudicar a la combinación óptima del conjunto de costes del ciclo de vida y las consideraciones de calidad, con relación al precio. Se trata en definitiva de dar más valor en términos relativos a los aspectos innovadores del modelo de ejecución frente al precio (51).

En este tipo de modalidad colaborativa, caracterizada por la complejidad, técnica o financiera, en la que no es un elemento principal el precio, puede resultar conveniente utilizar como criterio de adjudicación y elemento de negociación la admisión de variantes. El artículo 45 de la Directiva 2014/24/UE contempla la posibilidad de que los poderes adjudicadores admitan o exijan que los licitadores presenten variantes, que en tal caso se deben indicar en el anuncio de licitación, o, cuando se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, en la invitación a confirmar el interés, si autorizan o no, o exigen variantes advirtiendo que sus requisitos mínimos deben detallarse en el pliego de condiciones. Esta previsión europea se desarrolla en el artículo 142 LCSP, que exige que en el PCAP se especifi-

(50) No se trata de un criterio compartido por otros tribunales. El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco en la Resolución 127/2018, entiende que establecer un umbral de saciedad infringe tanto el principio de igualdad —al valorar igual ofertas potencialmente desiguales— como el de oferta económicamente más ventajosa —debido al desincentivo a ofertar precios competitivos—. La saciedad, en mi opinión, debe funcionar como indicio de anormalidad de tal manera que una oferta que supere ese umbral y justifique su normalidad puede ser admitida corrigiendo proporcionalmente la asignación de puntuación. Vid. sobre esta cuestión Martínez Montes, G. (2020). Respecto a la legalidad de los umbrales de saciedad, cuestión controvertida dentro del Derecho Administrativo, *interesan las reflexiones de DOMÉNECH PASCUAL, G.* (2020). Esta opción ha sido la adoptada por la Comunidad Autónoma de Extremadura mediante DECRETO-LEY 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica.

(51) Por precio se entiende cualquier contraprestación con un valor que preserve la equivalencia de las prestaciones (propia de cualquier relación sinalagmática). Lo que hay que conseguir es un valor razonable. Vid. GÓMEZ GUZMÁN, J.C. (2018).

quen los requisitos mínimos, modalidades, y características de las variantes admisibles, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato (52).

Además, en la negociación (como mecanismo de refuerzo al mejor cumplimiento que complementa el diseño de las penalidades), puede interesar incluir la valoración de indicadores de desempeño o KPIs (Key Performance Indicators) a los que se les asigna un programa de incentivos con una contraprestación económica asociada en caso de cumplimiento. A modo de ejemplo, como ejemplos de KPIs utilizados en contratación internacional, se puede mencionar los siguientes: a) alcanzar los hitos de programa en una fecha prevista, b) la optimización de materiales de cara a reducir el coste de mantenimiento o gestión del tráfico durante la ejecución del contrato, c) indicadores de Seguridad y Salud, Medioambiente y Sostenibilidad e incluso Relaciones Colaborativas.

En un modelo colaborativo para la construcción de infraestructuras, un elemento puede ser el propio proyecto de obras si se utiliza la posibilidad conjunta de proyecto y obra. El artículo 234 LCSP regula las especialidades del contrato de obras cuando incluye la presentación del proyecto por el empresario. El párrafo 1 empieza por señalar que la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes tendrá carácter excepcional y solo podrá efectuarse en los siguientes supuestos, cuya concurrencia deberá justificarse debidamente en el expediente:

«a) Cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra.

b) Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas».

(52) Hay que reseñar la importancia de definir claramente la finalidad, alcance y funcionamiento de la admisión de una variante (diferente de las mejoras), ya que Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha insistido en la obligación que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la presentación de las variantes en aras al respecto al principio de igualdad de trato de los licitadores: así, en Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto C-421/01, *Traunfellner GmbH*, considera contraria a la regulación comunitaria una licitación en la que se reconoce la presentación de variantes pero en la que no se detalla ni precisa las condiciones y requisitos de las mismas, limitándose el pliego a referirse a una disposición normativa nacional que establece que la oferta alternativa debe garantizar la realización de una prestación cualitativamente equivalente con respecto a la que es objeto de la licitación. Por otra parte, hay que recordar igualmente que la presentación de variantes que no se hayan previsto de forma expresa en los pliegos supone la presentación de proposiciones simultáneas o alternativas, por lo que deben rechazarse todas las presentadas (entre otras Resolución nº 51/2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, de 28 de Julio de 2016).

Como especialidades del procedimiento debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a) La licitación de este tipo de contrato [siempre con utilización de más de un criterio de adjudicación, según el artículo 145.3, a) LCSP] requerirá la redacción previa por la Administración o entidad contratante del correspondiente Proyecto o documento similar y solo cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse.

b) La adjudicación quedará condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto por el órgano de contratación (artículo 231.2 LCSP), a cuyo efecto presentará el proyecto al órgano de contratación. Si se observaren defectos o referencias de precios inadecuadas en el proyecto recibido, se requerirá su subsanación del contratista, en los términos del artículo 314 LCSP, sin que pueda iniciarse la ejecución de obra hasta que se proceda a una nueva supervisión, aprobación y replanteo del proyecto. En el supuesto de que el órgano de contratación y el contratista no llegaren a un acuerdo sobre los precios, el último quedará exonerado de ejecutar las obras, sin otro derecho frente al órgano de contratación que el pago de los trabajos de redacción del correspondiente proyecto.

c) La iniciación del expediente y la reserva de crédito correspondiente fijarán el importe máximo previsto que el futuro contrato puede alcanzar. No obstante, no se procederá a la fiscalización del gasto, a su aprobación, así como a la adquisición del compromiso generado por el mismo, hasta que se conozca el importe y las condiciones del contrato de acuerdo con la proposición seleccionada, circunstancias que serán recogidas en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares.

Cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todos los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas y valorará conforme a los criterios de adjudicación previstos en la licitación. A continuación, la mesa de contratación verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos, y que cumplen todos los requisitos establecidos en el pliego; valorará las mismas con arreglo a los criterios de adjudicación; elevará la correspondiente propuesta; y el órgano de contratación procederá a adjudicar el contrato (art. 169.8 LCSP).

4. Gobernanza en la ejecución y cumplimiento

Para la ejecución del contrato, en primer lugar, el PCAP y el contrato deben reflejar de forma clara y precisa una descripción detallada del objeto de la prestación, precisando de forma indubitada el alcance de las prestaciones a cargo del contratista y el programa de obra (incluyendo la fecha de inicio de proyecto, fecha prevista de finalización y, según caso, hitos parciales).

Por supuesto, debe prestarse especial atención (huyendo de formalismos o referencias a preceptos en abstracto) a las diferentes condiciones de ejecución y a la arquitectura de gobernanza del contrato. En concreto, se debe incluir una lista de elementos de compensación directamente relacionados con el régimen de reparto de riesgos acordados entre cliente y contratista durante la licitación o ejecución del contrato, pudiendo acordarse límites en el importe de los riesgos a partir de los cuales los asumiría íntegramente el cliente.

Asimismo, debe quedar claro cuál es el modelo de *pain/gain* y su concreto funcionamiento (con sus límites), así como el modelo de pagos en tanto el contrato se va ejecutando. El carácter sofisticado de estas fórmulas colaborativas y su complejidad (en la lógica de un adecuado reparto de riesgos), aconsejan también que los pliegos y el contrato contemplen códigos éticos de actuación en el cumplimiento de la relación contractual, pues aquí es donde la ciudadanía, en muchas ocasiones como destinataria de la prestación, puede percibir una nueva cultura de gestión pública basada en la ejemplaridad.

En la ejecución del contrato resulta imprescindible la utilización de un modelo de auditoría de costes. Puede ser conveniente la utilización de los OBC (*Open Book Contracts*), que requieren una total transparencia por parte del contratista, de tal forma que éste debe proporcionar un completo acceso a sus bases de datos contables para poder medir y constar datos relevantes sobre los costes del contrato que sean completos, fiables y actuales. El nivel de acceso y su aplicabilidad a la información necesaria para determinar los costes admisibles y que son reembolsables, han debido quedar definidos claramente en el PCAP del contrato. Como bien explica GÓMEZ GUZMÁN, «*los OBC en la contratación pública proporcionan transparencia en los procesos que soportan las bases de determinación del precio, porque se desarrollan en un ambiente colaborativo que aporta una comprensión al órgano o poder adjudicador sobre:*

- a) *los gastos y los consumos de factores, es decir las bases del coste de producción,*
- b) *las implicaciones que tienen en los costes las decisiones que toma el adjudicatario sobre las inversiones para alcanzar la capacidad de producción planeada,*
- c) *los procesos de gestión y el control interno que permiten al adjudicatario conseguir los objetivos de la manera más eficiente en costes, y*
- d) *las decisiones que se toman para realizar cambios en los procesos productivos que les hagan más eficaces».*

Por otra parte, y como se puede ver con la actual situación de incertidumbres en el ámbito económico internacional, el pliego y el contrato deben incluir una referencia al funcionamiento del principio de «honesta equivalencia» de lo pactado, que implica que el equilibrio o equivalencia de prestaciones,

determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus*. Esta regla pretende aportar tanto seguridad a los potenciales licitadores sobre la viabilidad del negocio jurídico como, al propio tiempo, las garantías o certezas suficientes sobre el cumplimiento de lo pactado en sus propios términos (53).

Toda esta arquitectura exige prestar atención a la figura del responsable del contrato, de carácter obligatorio ex artículo 62 LCSP, para todo poder adjudicador y tipo contractual (54). El responsable del contrato (puede ser una persona jurídica), tiene un elenco abierto de competencias, que debe determinarse por el órgano de contratación en los pliegos y que pueden abarcar obligaciones de aseguramiento de la transparencia y de vigilancia sobre diversos aspectos que interesan al órgano de contratación, como preservar la adecuada calidad de la prestación y el adecuado mantenimiento del reparto de riesgos (55). En todo caso le corresponde proponer la imposición de penalidades (art. 194 LCSP), informar, en los supuestos de prórrogas, sobre si el retraso en la ejecución es o no imputable al contratista (art. 195 LCSP) y dictar instrucciones interpretativas en los contratos de servicios (art.

(53) GIMENO FELIÚ, J.M. (2022d, pp. 35-46) y CANO CAMPOS, T. (2023).

(54) Esta figura es común en las legislaciones de contratos públicos de países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, como indica GÓMEZ GUZMÁN, J.C. (*«El responsable del contrato»*) en la legislación americana, en las *Federal Acquisition Regulations* (FAR) —Subpart 42.3— se regulan las funciones del *contract administration office* (CAO) con, entre otras, las siguientes responsabilidades cuando éste se designe: a) Desarrollar y aplicar procedimientos eficientes para llevar a cabo las acciones de aseguramiento de la calidad del contrato; b) Realizar todas las acciones necesarias para verificar si los suministros o servicios cumplen los requisitos de calidad del contrato; c) Mantener, como parte de su labor de inspección del contrato, registros adecuados que reflejen: a) naturaleza de las acciones de aseguramiento de la calidad de los contratos, incluyendo, cuando proceda, las observaciones realizadas y el número y tipo de defectos hallados; decisiones relativas a la aceptabilidad de los productos, los procesos y los requisitos, así como acciones para corregir los defectos; d) Aplicar instrucciones específicas del órgano de contratación; e) Informar al órgano de contratación sobre cualquier defecto observado en el diseño o en los requisitos técnicos, incluidos los requisitos de calidad, del objeto del contrato; y f) Recomendar cualquier cambio necesario al contrato, como especificaciones, instrucciones u otros requisitos que proporcionen operaciones más eficaces o eliminen costes innecesarios.

(55) Una cláusula sencilla en un pliego, como propone RUIZ DAMIEL, M. (2018), podría consistir en lo siguiente: *«Además de las recogidas expresamente en la Ley, el ejercicio de las facultades inherentes a la potestad de dirección del contrato, así como proponer al órgano de contratación el ejercicio de las prerrogativas que le correspondan por razones de interés público. Igualmente le corresponderá acreditar la conformidad de la prestación con lo previsto en el contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 198 y asistir al acto de recepción del contrato en calidad de representante de la Administración o en su caso, dar la conformidad final al contrato»*.

311 LCSP). Responsable del contrato que deberá contar con la capacitación suficiente para detectar disfunciones e imponer las medidas necesarias para el correcto cumplimiento de las distintas obligaciones y estándares de calidad.

La correcta vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del concesionario a través de un responsable del contrato profesionalizado es la pieza basilar del modelo de gobernanza en la contratación pública, pues la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado y a que sea el contratista quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por ello, es necesario que los gestores cuenten no solo con conocimientos especializados relacionados con los aspectos legales, sino también con aquellos que se relacionan con la gestión de proyectos y de riesgos (SANMARTÍN MORA, A., 2012, pp. 298-312).

La complejidad del contrato obliga a que las posibles discrepancias se resuelvan de la forma más rápida posible por lo que, para evitar la judicialización de las mismas (con importantes costes transaccionales), resulta oportuno derivar dichas discrepancias a fórmulas de arbitraje (56). La LCSP pretende ser «neutra» frente a la opción de utilización del arbitraje en la ejecución de los contratos públicos, de tal forma que corresponde al órgano de contratación decidir sobre su conveniencia (57). Lo que es evidente es que el arbitraje en contratos públicos en otros países no es nada excepcional y que en contratos complejos puede ser una muy buena opción (en Andalucía, para la gestión de los fondos europeos, se habilita la opción de arbitraje por el Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, de la Junta de Andalucía). Esta posibilidad ha sido muy bien explicada por el profesor GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (2020, pp. 549-564), que analiza el concreto ámbito de esta fórmula de resolución extrajudicial de conflictos. La ausencia de referencia en la LCSP 2017 significa que no existe una regla básica y que los arbitrajes en este ámbito han vuelto a regirse por las reglas generales y, por tanto, en el ámbito de la Administración General del Estado, esto supone para su utilización la necesidad de autorización del Consejo de Ministros (58).

(56) Vid. GIMENO FELIÚ, J.M. (2019), donde se señala que en la nueva LCSP de 2017 desaparece la previsión a arbitraje para los contratos de las Administraciones públicas, para que sea decisión de cada Administración pública optar por esta posibilidad (aplicando, claro, las previsiones de la Ley vigente de Arbitraje).

(57) hay que recordar que este arbitraje —desde la STC núm. 75, de 30 de abril de 1996— no es obligatorio, sino que se fundamenta en la libertad de pactos, por lo que en modo alguno existe merma de garantías jurídicas, de ahí que el legislador estatal en 2017 se decante por la libertad de arbitraje para todo tipo de poder adjudicador.

(58) Así lo explica también BALLESTEROS PANIZO, C. (2019, pp. 191-218) quien señala que la ausencia de previsión expresa en uno u otro sentido no elimina la opción del arbitraje si bien tampoco la favorece. .

V. A MODO DE CONCLUSIONES

La finalidad de cualquier procedimiento contractual es satisfacer una necesidad pública con el mayor nivel de eficacia y eficiencia asegurando un óptimo nivel de calidad. En prestaciones complejas, en concreto en la gestión de determinadas infraestructuras, resulta conveniente, para conseguir ese nivel de eficacia y eficiencia, utilizar fórmulas flexibles que faciliten un modelo colaborativo donde, sobre la base de un coste objetivo, se seleccione una oferta que permita articular un arquitectura contractual cooperativa de carácter horizontal, que promueva un sistema de cumplimiento sobre la idea del *win/win*.

La LCSP permite, sin demasiados problemas interpretativos, dar la respuesta jurídica para impulsar un modelo de este tipo, que se deberá cimentar sobre unos pliegos bien pensados tanto en la fase de adjudicación como, especialmente, de ejecución, en los que deben quedar claros la auditoría de costes y el mecanismo de medición de resultados, con el objeto de asegurar el correcto cumplimiento y determinar la retribución pactada. Y donde se especificarán límites en el importe de los riesgos (el cuadro inferior resume una matriz tipo utilizada en contratación internacional).

	Riesgo	Cliente	Contratista	Compartido
1	Accesos	•		
2	Expropiaciones	•		
3	Geológico (conocido; aplicación de límites)		•	•
4	Geológico (desconocido)	•		
5	Contaminación (conocida)		•	•
6	Contaminación (desconocida)	•		
7	Otras condiciones del terreno (conocidas)		•	•
8	Otras condiciones del terreno (desconocidas)	•		
9	Servicios afectados identificados		•	•
10	Servicios afectados no identificados	•		
11	Aprobaciones gubernamentales del proyecto	•		
12	Cumplimiento de aprobaciones y otras aprobaciones propias de construcción		•	
13	Cambios en aprobaciones, normativas o fiscalidad	•		

14	Desarrollo de las actividades propias de diseño y construcción		•	
15	Progreso tecnológico			•
16	Decisiones unilaterales del cliente	•		
17	Cambios (instruidos por cliente)	•		
18	Defectos		•	
19	Seguridad & Salud	•	•	
20	Cambios de Ley	•		
21	Fuerza Mayor			
22	Inflación	•		
23	Contaminación (conocida)		•	•

En este modelo colaborativo (en concreto, de *target costing*) se deberá utilizar, como exigencia técnica de todo el proceso de licitación y de cumplimiento, la metodología BIM con el fin de conseguir una mayor eficacia y eficiencia, y un ajustado control que mejore la rendición de cuentas y la transparencia de todo el proceso (evitando sobrecostes innecesarios). El impulso de la metodología BIM en estos procesos públicos colaborativos de construcción y edificación es, además, una oportunidad para avanzar en el diseño de una moderna estrategia de gobernanza de las infraestructuras públicas sostenibles, que pivote sobre la estrategia (proyectos) y no en la burocracia formal (procedimiento). La metodología BIM permite pensar en clave de valor y de inversión y no de ahorro y precio, donde la colaboración público-privada debe ser una herramienta para satisfacer el interés general.

Por otra parte, resulta imprescindible igualmente, un diseño organizativo diferente, de carácter horizontal, con una implicación menos formal y burocrática y más funcional de los diferentes actores implicados. Por supuesto del órgano promotor y del operador económico, cuyos intereses deben estar correctamente alineados (de ahí la importancia del proceso de negociación), pero también del responsable del contrato y de los órganos de fiscalización interna, que deben adoptar en estos modelos un rol proactivo (y no meramente reactivo) en tiempo real, que permita validar rápidamente las diferentes cuestiones financieras y presupuestarias (59).

Estos modelos son, además, una oportunidad para poner en jaque la práctica de comprar a precio más bajo (FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., 2022, pp. 209-262) y, en la «eterna búsqueda de la piedra filosofal» (BACA NONETO, V. 2021)

(59) *De lege ferenda*, en aras a «reforzar la seguridad jurídica», podría ser conveniente incluir una previsión normativa mediante articulado en la LCSP que contemplase de forma expresa esta modalidad, regulando sus aspectos más sustanciales.

orientar la contratación pública a la estrella polar de la contratación pública caracterizada por la calidad y el mayor valor en el resultado de la prestación, que son la seña de identidad de una gestión pública moderna y proactiva al servicio de políticas públicas (GIMENO FELIÚ, J.M., 2023b).

VI. BIBLIOGRAFIA CITADA

- AGUADO I CUDOLA, V. (2021): *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor.
- BACA ONETO, V. (2021): «La contratación pública en el Perú y la perpetua búsqueda de la piedra filosofal» en libro colectivo *Buen Gobierno y Mejor Gestión. Cómo Entender y Fortalecer el Estado en Tiempos de Pandemia*, Gaceta Jurídica (Perú).
- BERNAL BLAY, M.A. (2011): *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, Civitas, Cizur Menor.
- BALLESTEROS PANIZO, C (2019): «El arbitraje en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200.
- CAAMAÑO, F., GIMENO, J.M., QUINTEROS, G, y SALA P. (2017): *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego. Profit. Barcelona*.
- CANO CAMPOS, T. (2023): «Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el ius variandi y el riesgo imprevisible». *Revista de estudios de la Administración Local y Autónoma*, núm. 19.
- DEMING, W.E (1982): *Quality, Productivity and Competitive Position*. MIT Press, Cambridge.
- DE GUERRERO MANZO, C. (2018): «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública», en esta REVISTA, núm. Extra 19 (ejemplar dedicado a: Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental).
- DELGADO FERNÁNDEZ, R. (2016): «El cálculo del coste del ciclo de vida en la contratación administrativa», *Revista Gabilex* núm. 7.
- DOLAN, C y BARRERO ZALLES, D. (2021): *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*. Business Expert Press.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2020) .«Umbral de saciedad y principios de eficiencia, igualdad y libre competencia en las licitaciones públicas», en *Observatorio de Contratación Pública* (revista electrónica). <http://www.obcp.es/opiniones/umbrales-de-saciedad-y-principios-de-eficiencia-igualdad-y-libre-competencia-en-las>.

- ESTEBAN RÍOS, J. (2022a): «La imposición de límites para el acceso a los contratos públicos por parte de licitadores, bienes y servicios de países terceros: evitar la “competencia desleal” para reforzar el mercado interior», *Observatorio de Contratación Pública* (Revista electrónica).
- (2022b) «Contratos públicos y límites para los licitadores, bienes y servicios de países terceros: Evitar la “competencia desleal” para reforzar el mercado interior», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 217.
- ESTEVE PARDO, J. (2021): *Principios de derecho regulatorio*, Marcial Pons, Barcelona.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2022): «Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque», en libro colectivo, dirigido por X. Lazo, *Compra pública verde y cambio climático*, Atelier, Barcelona.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2014): «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor.
- (2018): «UTEs y contratación pública: algunas consideraciones desde las perspectivas de defensa de la libre competencia y concursal», *Observatorio de los contratos públicos 2017* (dir. Gimeno Feliú y coord. De Guerrero Manso), Aranzadi, Cizur Menor.
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. (2020): «El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos», José María Gimeno Feliú (dir.) y Carmen de Guerrero Manso (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Cizur Menor.
- GIMENO FELIÚ, J.M. (2019): *La Ley de Contratos del Sector Público. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Cizur Menor, Aranzadi.
- (2021a): «La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción», en libro colectivo, dirigido por J. Esteve Pardo, *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local núm. 32, Fundación y Democracia Gobierno Local, Madrid.
- (2021b): «Los fondos europeos next generation como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 214.
- (2021c): «El desafío de fondos Next Generation como elemento de transformación de la gestión pública», en *Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoria*, en esta REVISTA, Monográfico núm. XX.

- (2022a): «El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 59.
 - (2022b): «A propósito de la (IN) adecuación a los principios de la contratación pública de ofertas a pérdidas en la contratación pública y en negocios concesionales», *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 60.
 - (2022c): «Los fondos Next Generation: su aplicación en España desde la perspectiva del sistema de distribución territorial», *Informe Comunidades Autonomas 2021*. IDP. 2022, pp. 59-90.
 - (2022d): «Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia», *Observatorio de contratación pública 2021 (Dir.)*, Aranzadi, Cizur Menor.
 - (2023a): «La Administración pública como autoridad de regulación y como operador económico en los mercados: ¿freno o impulso de la economía?», en libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Aranzadi, Cizur Menor.
 - (2023b): «Reflexiones sobre la aplicación de la normativa contratación pública en España: en búsqueda de la estrella polar», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2022*, Aranzadi. Cizur Menor.
- GIMENO FELIÚ, J.M, y GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. (2020): *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GÓMEZ GÚZMAN, J.C. (2016): «Contrataciones de libro abierto». Publicado en *Observatorio de Contratación Pública* (Revista electrónica). <https://www.obcp.es/opiniones/contrataciones-de-libro-abierto>.
- (2018): *La determinación del precio en los contratos públicos con base en el coste*, La Ley.
- HUERTA BARAJAS, J.A. (2008): «La evaluación previa de la colaboración del sector público y el sector privado. El diálogo competitivo en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 44.
- LÓPEZ MIÑO, A. (2019): *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor.
- MARTÍNEZ MONTES, G. (2022): Calidad y precio en la contratación pública. Los umbrales de saciedad y su sentido estratégico», en *Observatorio de Contratación Pública* (revista electrónica) <http://www.obcp.es/opiniones/calidad-y-precio-en-la-contratacion-publica-los-umbrales-de-saciedad-y-su-sentido>.

- MORCILLO MORENO, J. (2016): «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al *dumping* social intracomunitario», en esta REVISTA, 47-48.
- MORENO MOLINA, J.A. (2018): *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Tirant lo Blanch, 2018, Valencia.
- (2022): *Compra pública socialmente responsable*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- NOGUERA DE LA MUELA, B. (2021): «La colaboración público-privada a propósito de los fondos europeos Next Generation (NG-EU) PERTE, agrupaciones, consorcios y sociedades de economía mixta». En libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2020*, coord. por Carmen de Guerrero Manso; José María Gimeno Feliú (dir.).
- PALACÍN SÁENZ, B. (2022): *A la responsabilidad social por la contratación pública*. Editorial BOE, Madrid.
- PEÑA OCHOA, A. (2018): «Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva Ley de Contratos del Sector público de 2017», en libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor.
- PORTER, M. (con E. TEISBERG) (2006): *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, ed. Harvard Business Scholl Press.
- QUIROS CASTRO, C. (2021): «La (tan) necesaria auditoría de resultados en el mecanismo de recuperación y resiliencia». en esta REVISTA, núm. extra 20 (ejemplar dedicado a: Fondos Europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: Ejecución y auditoría).
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A. (2021): «Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia», *Revista Gallega de Administración Pública* núm. 62.
- RUIZ DAMIEL, M. (2018): «El responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público». Observatorio de Contratación Pública (revista electrónica). <https://obcp.es/opiniones/el-responsable-del-contrato-en-la-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico>.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. (2021): «El reto de las administraciones españolas para gestionar los fondos europeos para la recuperación», Cuadernos de Derecho Local núm. 55.
- SANMARTIN MORA, A. (2012): «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», en libro colectivo *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Aranzadi, Cizur Menor.
- SCHARMER, O. (2017): *Teoría U: Liderar desde el futuro a medida que emerge*. Eleftheria.

- TORNOS MAS, J. (2008): El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», libro colectivo Libro *Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Ed. Justicia de Aragón, Zaragoza.
- ZÁRATE MIRANDA, R. (2022): «¡Todos para uno y uno para todos!: Los contratos colaborativos y derecho de la construcción. Breve reflexión desde la contratación pública», publicado en *Observatorio de Contratación Pública* (revista electrónica).
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2022): «Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos, ¿son admisibles?», *Revista de Administración Pública* núm. 217.
- ZIMINA, D., BALLARD, G. y PASQUIRE, C. (2012): «Target value design: Using collaboration and a lean approach to reduce construction cost», en la revista (Reino Unido) *Construction Management and Economics*, núm. 30 (5). <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01446193.2012.676658>.