

# Compra Pública en Salud como estrategia corporativa.

## Marco jurídico y estratégico.

**JOSE MARIA GIMENO FELIU**

*Catedrático de derecho administrativo*

*Facultad Derecho. Universidad Zaragoza.*

*Director Observatorio de Contratación pública ([www.obcp.es](http://www.obcp.es))*

# 1

## Reflexiones previas: Fundamento y contexto de la contratación pública

# 1. Importancia económica de la contratación pública

No debe olvidarse la importante dimensión económica de la contratación pública y su impacto en PIB. La información más reciente se encuentra en el documento **OCDE “Government at a Glance 2017”**

(<http://www.oecd.org/gov/govataglance.htm>), donde, para España (p. 173) se indica un porcentaje en PIB de 16,5 para contratos clásicos de 16, 9, 11 de servicios públicos (concesiones) 1,5 de defensa. En total un 29.4 PIB

Los datos de la Comisión (de 2014, sitúan la suma sobre el 20 por ciento PIB).

## 2. Contexto de la contratación pública

El sector de los contratos públicos es, hoy en día, de máxima actualidad no sólo por novedades de índole jurídica, sino también por la incidencia que el mismo tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados.

La contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar, y reflexionar, sobre la prevención y la lucha contra la corrupción.

**Romper con la idea de “siempre se ha hecho así”. Evitar la tendencia a la autocomplacencia y la estricta visión “administrativa”.**

## 2. Contexto de la contratación pública

En tiempos donde el debate se centra en la regeneración democrática, la revisión del modelo normativo, su necesaria “codificación” y una praxis igualmente menos burocrática y más profesionalizada es una exigencia para revertir un modelo confuso, a **veces opaco, y muy poco eficiente, que revela a la organización pública como un obstáculo.**

**CONSOLIDAR UN NUEVO MODELO QUE PONGA EN VALOR EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD Y BUEN GOBIERNO.**

**El Objetivo es la Compra Pública Sostenible y eficiente.**

# 3. Contratación pública como estrategia

La actual normativa europea (y española) permite un cambio de “cultura” que habilite una gestión diseñada desde la estrategia y no desde la burocracia: (“Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”). Así lo advierte, por lo demás, la Comisión europea en su Comunicación sobre Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE - Bruselas, de 24 de julio de 2019. C (2019) 5494 final-.

Hay que recordar igualmente la importante Comunicación de la Comisión europea Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa. Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017 COM(2017) 572 final.

# 3. Contratación pública como estrategia

*“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.”*

Art. 1.3 LCSP 2017 (idea ya apuntada por GIMENO, 2014)

# 3. Contratación pública como estrategia

La regulación de los contratos debe incorporar una “visión completa” de todas las fases del contrato y un objetivo final de la contratación como “inversión pública”, no mero gasto. Como complemento a esta visión estratégica de la contratación pública debe destacarse también la previsión de especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas, que facilita una mejor respuesta jurídica a prestaciones alejadas de la lógica del mercado (artículos 75 a 77 de la Directiva 2014/24).

# 3. Contratación pública como estrategia

La regulación de contratación permite un cambio de “cultura” y habilita una gestión diseñada desde la estrategia y no desde la burocracia. Para ello destaca el Rediseño de los procedimientos de contratación pública pensando en la mejor solución y ejecución.

- a) Lo que importa es la mejor solución: la relación calidad/precio.
- b) El valor de la innovación y promoción tejido empresarial (y de las PYMES).
- c) La mejor calidad y atención de prestaciones en el ámbito de las personas.
- d) La rendición de cuentas a la sociedad: eficacia, eficiencia y valor.

# 3. Contratación pública como estrategia

En la gestión de la contratación pública no basta con realizar una tramitación que sea conforme al principio de legalidad. Además, es necesario que se respete, junto al principio de estabilidad presupuestaria, el principio de eficiencia.

No es una visión economicista. Se debe poner acento en la idea de “eficiencia social”.

LA COMPRA PUBLICA Y LA INNOVACION ASOCIADA A LA MISMA ES UNA HERRAMIENTA DE EFICIENCIA, EN ESPECIAL EN EL ÁMBITO SALUD.

LA EFICENCIA ES TAMBIEN CALIDAD Y EQUIDAD SOCIAL EN LA PRESTACION. HAY QUE CORREGIR EL PROBLEMA DEL INDICE DE VARIABILIDAD

# 4. Contratación pública y COVID

La extensión del virus denominado COVID 19 ha justificado, por su propagación mundial, la declaración de pandemia global, tal como ha sido calificada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020. La situación de alerta sanitaria de máximo nivel derivada de esta pandemia global ha justificado en la mayoría de los países (entre ellos España) la declaración de “emergencia sanitaria” que ha impactado sobre la ejecución práctica de los contratos públicos vigentes y sobre la necesidad de aprovisionamientos sanitarios urgentes.

También ha impactado sobre la forma de adquirir productos y servicios para combatir la pandemia.

Y, por supuesto, ha impactado en lo que pone de relieve la visión estratégica de la compra pública, tanto por cuanto nos ha permitido ver las debilidades – falta de planificación y anticipación, excesiva burocracia, falta de capacitación...- como por sus fortalezas para servir de escudo jurídico para proteger derechos económicos y sociales.

# 4. Contratación pública y COVID

La extensión del virus denominado COVID 19 ha justificado, por su propagación mundial, la declaración de pandemia global, tal como ha sido calificada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020. La situación de alerta sanitaria de máximo nivel derivada de esta pandemia global ha justificado en la mayoría de los países (entre ellos España) la declaración de “emergencia sanitaria” que ha impactado sobre la ejecución práctica de los contratos públicos vigentes y sobre la necesidad de aprovisionamientos sanitarios urgentes.

También ha impactado sobre la forma de adquirir productos y servicios para combatir la pandemia.

Y, por supuesto, ha impactado en lo que pone de relieve la visión estratégica de la compra pública, tanto por cuanto nos ha permitido ver las debilidades – falta de planificación y anticipación, excesiva burocracia, falta de capacitación...- como por sus fortalezas para servir de escudo jurídico para proteger derechos económicos y sociales.

# 4. Contratación pública y COVID

La extensión del virus denominado COVID 19 ha justificado, por su propagación mundial, la declaración de pandemia global, tal como ha sido calificada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020. La situación de alerta sanitaria de máximo nivel derivada de esta pandemia global ha justificado en la mayoría de los países (entre ellos España) la declaración de “emergencia sanitaria” que ha impactado sobre la ejecución práctica de los contratos públicos vigentes y sobre la necesidad de aprovisionamientos sanitarios urgentes.

También ha impactado sobre la forma de adquirir productos y servicios para combatir la pandemia.

Y, por supuesto, ha impactado en lo que pone de relieve la visión estratégica de la compra pública, tanto por cuanto nos ha permitido ver las debilidades – falta de planificación y anticipación, excesiva burocracia, falta de capacitación...- como por sus fortalezas para servir de escudo jurídico para proteger derechos económicos y sociales.

# 4. Contratación pública y COVID

La situación de pandemia ha obligado a desplazar el principio de tensión competitiva propio de la contratación pública a favor de la urgente respuesta para cubrir esa necesidad. El derecho a la salud resulta prevalente al de mejor eficiencia económica. Así, la emergencia ha aconsejado reducir la carga burocrática de los procedimientos de compra pública, incluso permitiendo contratación verbal y los abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista.

La utilización de la tramitación de emergencia como respuesta a la rápida respuesta a las necesidades derivadas de la pandemia no supone, en modo alguno, una exoneración del resto de reglas de la contratación pública, que, hay que advertir, continúan vigentes. Y muy especialmente de las relativas a la transparencia

# 3. Contratación pública y COVID

La visión de la compra pública como estrategia queda reforzada (y su caracterización como inversión y no como gasto). En el escenario actual, excepcional, conviene una interpretación teleológica de las medidas a adoptar que debe prevalecer sobre interpretaciones formales. Y existe unidad de criterio (político y jurídico) en que las distintas medidas adoptadas pretender activar un escudo económico para proteger a todo nuestro sector productivo (en especial Pymes y autónomos). Proteger el empleo, dotar de liquidez financiera a las empresas, o acompañar las exigencias tributarias a la realidad dinámica de esta crisis son elementos imprescindibles, donde, desde el mayor consenso, hay que ser valientes y no dogmáticos, activando todo el armamento, tanto público como privado, que se tenga a disposición para que el virus no contamine gravemente a nuestra economía. **La contratación pública, su correcta ejecución, puede servir de importante escudo económico y social.**

# 4. Contratación pública y COVID

La experiencia de esta crisis en el modelo de compra públicas, en especial en el ámbito sanitario, obliga a repensar soluciones jurídicas que concilien los intereses públicos en juego, diseñando procedimientos eficaces y eficientes (que importante las nuevas tecnologías, como los modelos blockchain) , que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización empresarial .

**Las exigencias de calidad en las prestaciones sanitarias aconseja abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas, en términos de valor, de distintas experiencias, como la del sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario al criterio de Value-Based Health Care (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por volumen o procedimiento (fee-for-service) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, que puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles.**

## 5. Gobernanza europea y contratación pública: el valor del contrato publico

Es necesario disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos y a sus proveedores adjudicar contratos transparentes y competitivos lo más fácilmente posible, para poder comprar con la mejor relación calidad/precio («value for money»).

Debe evitarse visión presupuestaria de la contratación pública. El valor de la CALIDAD de la prestación atendiendo al resultado.

La planificación de la contratación es condición esencial.

El control efectivo y rápido debe ser principal herramienta para cumplir los objetivos.

## 5. Gobernanza europea y contratación pública: el valor del contrato publico

El liderazgo de gobernanza en la contratación pública aconseja su reformulación, con especial atención a la fase de ejecución y cumplimiento, en un contexto de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente “numérica e insensible” sobre los resultados.

## 5. **Gobernanza europea y contratación pública: el valor del contrato publico**

Como bien advirtió la Abogado General J. KOKOTT en el asunto C-368/10, “Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social” .

**Educar el paladar de instituciones públicas y privadas y de los ciudadanos, para que pongan en valor la sostenibilidad social,** es el gran reto para poder consolidar un Estado de Derecho que puede enarbolar como principal bandera la de la justicia social, que, como recuerda Naciones Unidas, es el núcleo de nuestra misión global para promover el desarrollo y la dignidad humana .

## 6. Hacia una contratación pública abierta

Debe estar caracterizada por:

- a) la mayor transparencia,
- b) la extensión práctica de los medios electrónicos como herramienta ineludible en la gestión de las decisiones públicas, (la compra pública electrónica -que debería ser una realidad- en un modelo de interoperabilidad y cooperación público privada que aproveche inercias y experiencias, es una exigencia de actuación o abordaje inmediato).
- c) la adecuada cooperación administrativa para desarrollar “economías de escala organizativas” (a nivel interestatal)
- d) y, por supuesto, una estrategia de profesionalización horizontal en la contratación pública, delimitando de forma adecuada los distintos roles y funciones en la gestión contractual.

# 7. Los pilares de Next Generation EU y la contratación pública

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).

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. La necesidad de reactivar el sistema económico (tanto estatal como autonómico, que deberían alinearse en su estrategia de futuro) debe ser una oportunidad para avanzar hacia un nuevo modelo productivo más sostenible y más “inteligente

## 7. Los pilares de Next Generation EU y la contratación pública

Estos objetivos exigen una adaptación de las normas jurídicas aplicables con el fin de conciliar la mejor eficacia y rapidez en la gestión de estos fondos (y su finalidad) con los principios de transparencia, seguridad y buena administración. Un ejemplo evidente es la normativa vigente de contratación, sobre la que necesariamente deben articularse los proyectos seleccionados alineados con este programa de recuperación.

## 7. Los pilares de Next Generation EU y la contratación pública

El objetivo de la reconstrucción obliga a una actitud (y aptitud) proactiva, para aportar la mejor solución jurídica a las necesidades de la ciudadanía, lo que puede aconsejar que se dicte una normativa ad hoc, más flexible y simplificada, para contratar los distintos proyectos vinculados a los pilares del Next Generation (lo que puede servir de sandbox para validar su viabilidad para una aplicación más general).

No se trata de revisar al completo la LCSP de 2017 sino de dictar una Ley singular para la contratación de estos proyectos (a ser posible consensuada entre Estado y Comunidades Autónomas), donde, en todo caso, habrá que respetar las exigencias y principios de las Directivas europeas de contratación pública de 2014 (y extremar los cuidados para que la ejecución sea correcta).

# 7. Los pilares de Next Generation EU y la contratación pública

Una norma “singular” que permita relajar (pero no eliminar) tanto el principio de tensión competitiva de los mercados como las reglas de control financiero, facilitar e interpretar el cumplimiento de los contratos públicos vigentes para favorecer el mantenimiento de empleo o fomentar la compra de proximidad. Pero sin que ello permita relajar la calidad de las exigencias democráticas y de buen gobierno.

Norma que debe descansar en una adecuada cooperación administrativa para desarrollar “economías de escala organizativas” (a nivel interestatal) y en una apuesta por la mejor capacitación de los gestores encargados de impulsar y vigilar los proyectos que se adjudiquen (donde debe existir una lógica de colaboración más allá de la concreta Administración Pública a la que el personal esté adscrito). Obviamente la experiencia de los conocidos Planes E aprobados con motivo de la última crisis económica debe ser tenida en cuenta para no cometer los mismos errores (advertidos por el Tribunal de Cuentas, cuyas observaciones mantienen plena actualidad).

## 8. El derecho europeo como fundamento interpretativo

Existe una “armonización” a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal).

**Así ha sucedido con conceptos claves como el de poder adjudicador. Pero también con el de operador económico. Y ello porque la normativa europea de contratación no pivota sobre el elemento subjetivo (como ha sido la tradición española), sino sobre el concepto objetivo relativo a la existencia, o no, de un contrato público en sentido estricto.**

## 8. El derecho europeo como fundamento interpretativo

Ello no siempre ha casado bien en España con nuestra tradición centrada en el contrato administrativo desde la perspectiva fundamentalmente subjetiva. Lo que ha obligado a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el TJUE. Y ello, como advierte la sentencia TJUE de 22 de diciembre de 2008, *Magoora*, C-414/07, apartado 44, para alcanzar los resultados que el Derecho europeo persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad.

## 8. El derecho europeo como fundamento interpretativo

El criterio principal que ha utilizado de forma constante el TJUE para esta operación de quien es poder adjudicador no gravita sobre la idea del quien, sino sobre el criterio de una relación contractual donde existe como causa en su prestación un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas y existe financiación pública a tal fin, lo que justifica la aplicación de los principios de transparencia y concurrencia inherentes a la contratación pública.

## 9. La atención sanitaria y la compra pública: el carácter “singular”

La atención sanitaria –la salud, en suma– no es una materia que deba estar sometida en todo caso al principio de tensión competitiva. Los objetivos de mejorar los resultados clínicos, ampliar el acceso a los tratamientos y optimizar costes y eficiencia son fundamentales para todos los sistemas sanitarios. Para ello, es necesario un cambio de cultura colaborativa entre empresas, hospitales y administraciones públicas para diseñar nuevos modelos de atención sanitaria basados en el valor, mediante procesos integrados capaces de incorporar nuevas tecnologías y soluciones innovadoras capaces de brindar mejores resultados a los pacientes y, al mismo tiempo, mantener o reducir los costes preservando la sostenibilidad del SNS.

## 9. La atención sanitaria y la compra pública: el carácter “singular”

Hay que reseñar que en el ámbito de la contratación de servicios y suministros en salud, para un correcto desarrollo existen distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger –la salud de los pacientes–, lo que desplaza el principio tradicional de tensión competitiva inherente al mercado ordinario de los contratos públicos.

En la situación actual, en la que la crisis provocada por el COVID-19 aconseja obtener conclusiones que permitan una mejor anticipación y una respuesta más eficaz ante las crisis sanitarias, es oportuno delimitar el significado para la gestión sanitaria pública de las nuevas formas de adquisición de servicios y tecnología sanitaria con valor añadido.

## 9. La atención sanitaria y la compra pública: el carácter “singular”

Hay que reseñar que en el ámbito de la contratación de servicios y suministros en salud, para un correcto desarrollo existen distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger –la salud de los pacientes–, lo que desplaza el principio tradicional de tensión competitiva inherente al mercado ordinario de los contratos públicos.

En la situación actual, en la que la crisis provocada por el COVID-19 aconseja obtener conclusiones que permitan una mejor anticipación y una respuesta más eficaz ante las crisis sanitarias, es oportuno delimitar el significado para la gestión sanitaria pública de las nuevas formas de adquisición de servicios y tecnología sanitaria con valor añadido.

## 9. La atención sanitaria y la compra pública: el carácter “singular”

El derecho europeo admite relaciones jurídicas al margen de las normas de contratación pública. Es posible que se adopten mecanismos de compra de medicamentos al margen de la contratación pública, como es el caso del sistema «open house» utilizado en Alemania y considerado conforme al Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 2 de junio de 2016, Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit.

Con la finalidad de preservar la mejor relación entre eficiencia y adecuada gestión sanitaria sería posible diseñar un sistema de adquisición de medicamentos donde no se licite, al existir ya un precio determinado mediante un procedimiento administrativo, negociado entre Administración y laboratorio farmacéutico.

## 9. La atención sanitaria y la compra pública: el carácter “singular”

Esta posibilidad (al igual que en la acción concertada en servicios sociales mediante la Ley 12/2018) ha sido desarrollada por la Comunidad Autónoma de Baleares . Con claros título competenciales en la materia de gestión sanitaria en aras a la mejor prestación de salud a los ciudadanos, mediante el Decreto-ley 8/2020 (hoy sustituido por la Ley 2/2020), que ofrece posibilidades de dar respuesta a la problemática expuesta y que se justifica como solución jurídica para mejorar y articular un sistema de compras sanitarias eficiente, que permita poner remedio a la situación denunciada por los diferentes órganos de control del gasto público en la concreta gestión del gasto hospitalario diario (debe recordarse de que el Derecho se debe adaptar a la realidad y no la realidad al Derecho, así como que cualquier interpretación jurídica exige una visión completa del ordenamiento jurídico y de los distintos principios aplicables).

## 9. La atención sanitaria y la compra pública: el carácter “singular”

La evidente relevancia y relación directa de productos como los medicamentos con derechos humanos básicos es lo que justifica la existencia de un modelo regulatorio de los precios públicos de los medicamentos que se van a financiar a cargo del Sistema Nacional de Salud: una regulación especialmente intensa, diseñada sobre la premisa de “armonización” de intereses públicos y privados. Como ya hemos señalado, no puede olvidarse que en cuestiones como la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud no parece conveniente la adopción de una posición cerradamente economicista, cerrada a criterios de calidad postulados por el legislador en la vigente Ley de Contratos del Sector Público, más en cuestiones tan delicadas como las prestaciones públicas en materias como la salud.

# 2

## PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA



# 1. Significado de los principios de la contratación pública

Interesa destacar que los principios de la contratación pública se fundamentan en los Tratados de la Unión (derecho originario), por lo que su vis atractiva alcanza a todo contrato al margen del concreto importe y no es admisible una interpretación “relajada” por tal circunstancia (STC 84/2015, de 30 de abril). En esta línea conviene recordar la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de abril de 2015, SC Enterprise Focused Solutions, en el asunto C-278/14.

En el significado y alcance de estos principios hay que advertir que existe una importante **“fuente de derecho” como es la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea, que ha conformado un sólido y coherente “derecho pretoriano”,** que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea

## 2. Principio de transparencia

Para asegurar un nuevo modelo de gobernanza en la contratación pública (y de eficiencia y contención déficit publico) es necesario articular la obligación de **transparencia como instrumento principal que ha de garantizar**, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

Resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento **de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones**

## 2. Principio de transparencia

Interesa destacar que este **principio de transparencia** –junto con los de igualdad de trato y no discriminación- se fundamentan en los Tratados de la Unión (derecho originario), por lo que su vis atractiva alcanza a todo contrato al margen del concreto importe y no es admisible una interpretación “relajada” por tal circunstancia (STC 84/2015, de 30 de abril).

El principio de transparencia se configura por la jurisprudencia del TJUE como una consecuencia del principio de igualdad de trato. En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia. Cuestión que queda “cerrada” con la doctrina fijada por la **STJUE de 19 de septiembre de 2013** (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general al supuesto que nos ocupa y de la que se deduce que resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.

También, debe servir para evitar que mediante fraccionamiento del objeto contractual se eludan los principios de publicidad y concurrencia.

## 2. Principio de transparencia

Debe advertirse que la **publicidad debe generar competencia** o concurrencia empresarial, como acaba de recordar la STJUE de 15 de octubre de 2009 (TJCE 2009, 321), *Acoset*, al afirmar que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

Así, en una licitación con publicidad que no exista efectiva concurrencia existirá una *red flag* que exige un análisis de las circunstancias y, en su caso, justificará la anulación de la licitación (Acuerdo 60/2015 Tribunal Contratos Públicos Aragón)

Por ello,, siendo ese día el del inicio de la presentación de ofertas. **la LCSP establece la obligación de que la convocatoria de la licitación y la adjudicación se publique NECESARIAMENTE en la Plataforma de contratos del Sector Público**

Resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.

# 3. Principio de integridad

La compra pública debe reforzarse desde la integridad —auténtico principio jurídico y no mera norma ética—, en tanto la realidad nos presenta como en este escenario concurren numerosos casos de corrupción y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas.

Este principio se regula de forma expresa en el artículo 1 LCSP. Este objetivo de integridad —reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>6</sup>— forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley orgánica 1/2008, de 30 de julio [RCL 2008, 1437]).

Este principio, junto con el de eficiencia, y transparencia —que son la filosofía de la contratación pública— son de aplicación para cualquier tipo de contrato público al margen de su importe y no es admisible una interpretación «relajada» por tal circunstancia.

# 4. Principio de eficiencia

En la gestión de la contratación pública no basta con realizar una tramitación que sea conforme al principio de legalidad. Además, es necesario que se respete, junto al principio de estabilidad presupuestaria, el principio de eficiencia.

LA EFICENCIA ES TAMBIEN CALIDAD Y EQUIDAD SOCIAL EN LA PRESTACION. EL PROBLEMA DEL INDICE DE VARIABILIDAD

No es una visión economicista. **Se debe poner acento en la idea de “eficiencia social” (art. 1.3 LCSP).**

# 4. Principio de eficiencia

Principio comunitario y constitucional del que deriva la necesidad de que la decisión administrativa a adoptar sea la más eficiente desde la perspectiva de fondos públicos. Se trata también de un principio de alcance constitucional –artículo 31.2 CE .

Este principio, ligado al principio de buena administración (art. 41 Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europea) limita las opciones de los distintos poderes adjudicadores que deben optar por la más eficiente desde la perspectiva de los fondos públicos. Toda decisión debe ir necesariamente dirigida a este objetivo que podrá ser controlado por los tribunales.

Directamente ligado con este principio, debe advertirse que **la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas**. Es decir, la contratación puede –y debe, diría- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.

# 4. Principio de eficiencia

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

Conviene destacar que este principio ha evolucionado presentando unas notas que lo convierten en uno de los principales “actores” en el escenario de la actuación y control de los poderes públicos y que aparece claramente vinculado con el derecho fundamental de buena administración (del que es requisito previo), aplicable a cualquier decisión de gestión administrativa (entendida esta en sentido amplio). Así, la vertiente económica de la decisión administrativa cobra realce jurídico, pudiendo ser parámetro de control.

# 5. Principio de libre competencia

La contratación pública de los distintos poderes públicos debe ir, ineludiblemente vinculada a la protección de la libre competencia en el ejercicio de actividades socio-económicas. Y así se reconoce en el art. 3 del TUE al afirmar que la satisfacción de los objetivos comunitarios deberá respetar «el principio de una economía de mercado y de libre competencia».

La apertura a la competencia del mercado de la contratación pública exige velar por el cumplimiento real de las libertades comunitarias, de tal manera que resultan contrarias a éstas las especificaciones técnicas que posean un efecto discriminatorio, tal y como expresamente se ha reconocido en la STJCE de 9 de julio de 1987 (TJCE 1988, 4)

En todo caso, como importante novedad, debe advertirse que la política de contratación pública está orientada, ciertamente, a la consecución de objetivos de eficiencia económica, pero también, y esto conviene resaltarlo especialmente, a la consecución de objetivos sociales y medioambientales (configuradas como políticas propias en el Tratado). Es decir, debe tener como principal objetivo institucionalizar un modelo de competencia funcional, eficaz y practicable que debe tomar en consideración los costes sociales reales que el propio sistema competitivo genera ya que en el marco de la construcción del mercado único europeo conviene dar a los aspectos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos y, por tanto, ambos deben ser desarrollados de forma equilibrada.

# 6. Principio de confidencialidad

La **confidencialidad implica que los poderes adjudicadores no pueden facilitar información sobre secretos técnicos o comerciales** ni los aspectos comerciales de las distintas ofertas.

La STJUE de 14 de febrero de 2008 (TJCE 2008, 22) Varec, ha declarado que: "el organismo responsable de los procedimientos de recurso previstos en dicho artículo 1, apartado 1, debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo."

Es decir, el órgano de contratación deberá solicitar previamente autorización al licitador para que un competidor pueda acceder a su oferta, concretando que extremos tienen carácter confidencial, Con ello, se trata de preservar la buena fe de las relaciones entre empresas.

La confidencialidad, por tanto, exige adoptar medidas e interpretaciones que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores competidores, pues como advierte la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), de 29 de enero de 2013 (TJCE 2013, 21), Cosepuri Soc. Coop. p.A

Resulta de especial interés el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre "Confidencialidad de las proposiciones de los licitadores. Ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación

## 6. Confidencialidad y secreto comercial

**El derecho a la protección de secretos comerciales: Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales** (transpone Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 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.):

***Las organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los derechos de propiedad industrial e intelectual y utilizan la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresarial, de transferencia de conocimiento público-privada y de la innovación en investigación con el objetivo de proteger información que abarca no solo conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado.***

## 6. Confidencialidad en los medicamentos

**La confidencialidad del art. 97 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.**

### **Su extensión a los precios de la licitación**

(permite conseguir unas condiciones más beneficiosas desde el punto de vista financiero sino que, dado el carácter limitado de los recursos, comporta la posibilidad de incluir en la cartera de prestaciones nuevos medicamentos cuya adquisición de otra manera no podría financiarse)

## 6. Confidencialidad y Protección de la licitación: evitar hub and spoke

### HAY QUE EVITAR PRACTICAS COLUSORIAS

El *hub & spoke* es un mecanismo de articulación de restricciones horizontales en el que interviene un operador situado en un mercado vertical. En un escenario extremo, el *hub* contratante puede poner en contacto a los licitadores, suministrarles información relevante sobre futuras licitaciones y coordinar la estrategia colusoria (ofertas de cobertura, rotación de ofertas, subcontratación o UTEs anticompetitivas, etc.)

**EL ENTE CONTRATANTE DEBE EXTREMAR EL CUIDADO EN LAS INFORMACIONES**

# 7. Principio de calidad

**La calidad no es un mayor gasto, ni cuestiona en si misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda licitación pública (no hay que confundir precio con valor).** El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio .

Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Así, la mejor calidad se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia (y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental).

**La calidad de la prestación, la visión de cómo se satisface el interés público, debe ser también factor determinante para decidir las fórmulas de gestión de los servicios y la intensidad de colaboración pública privada.** En todo caso, conviene insistir en que el debate sobre la forma de prestación de los servicios públicos, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público, es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos.

# 7. Principio de calidad

La calidad de la prestación es, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público. 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 ([50 criterios de calidad](#)).

**Es más, conforma un elemento de lo que sería la correcta aplicación del principio de buena administración (por todas STJUE 28 de febrero de 2018, Vakakis kai Synergates, que lo vincula a la diligencia). Difícilmente se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y el contrato**

# 8. Principio de proporcionalidad

La caracterización jurídica del principio de proporcionalidad como un principio rector en materia de contratación pública ha sido positivizada por la Directiva 2014/24/UE, que recoge en su artículo 18 la obligación de los poderes adjudicadores de actuar de forma proporcionada. Por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, el TRLCSP no le reconocía dicho status de forma expresa, si bien hace referencia al mismo en diversas ocasiones a lo largo de su articulado, especialmente en relación con los criterios de solvencia y las ofertas con valores anormales o desproporcionados.

La LCSP 2017 ya sí, reconoce en el su artículo 132.1 el carácter vinculante de este principio para los órganos de contratación con un tenor literal prácticamente similar al de la normativa europea.

En este orden de consideraciones, la sentencia *Ambisig* (STJUE de 7 de julio de 2016 C-46/15, examina la proporcionalidad de la exigencia del órgano de contratación de que los operadores económicos acrediten su solvencia técnica mediante la declaración de un comprador privado, reservando la declaración unilateral para el supuesto de que no puedan obtener dicha declaración. Este pronunciamiento efectúa una comparación entre medios para determinar la necesidad de la medida y, por otro, parece llevar a cabo un examen de proporcionalidad *stricto sensu* de forma implícita, ya que pondera las cargas impuestas a los operadores y la necesidad de evitar una distorsión de la competencia y garantizar el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato.

# 3

## COMPRA PUBLICA Y SALUD

# 1. Nuevos paradigmas. Conocer el entorno

Resulta de especial interés que los criterios de adjudicación contribuyan a determinar o valorar las características del producto, aunque no sean “visibles” (no siempre es necesario que genere una ventaja económica directa para el poder adjudicador).

Y para ello tampoco hay que desconocer el entorno, caracterizado, en la salud, por el envejecimiento, la cronicidad de las patologías, la presión presupuestaria (de especial intensidad en épocas de crisis) y la innovación disruptiva.

## 2.Nuevos paradigmas. la compra publica como inversion

La regulación de los contratos debe incorporar una “visión completa” de todas las fases del contrato y un objetivo final de la contratación como “inversión pública”, no mero gasto. Como complemento a esta visión estratégica de la contratación pública debe destacarse también la previsión de especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas, que facilita una mejor respuesta jurídica a prestaciones alejadas de la lógica del mercado (artículos 75 a 77 de la Directiva 2014/24).

### 3. La contratación pública en el ámbito salud: contexto

En todo el mundo los sistemas sanitarios afrontan importantes desafíos clínicos y económicos, puestos en evidencia por la pandemia COVID-19. Esto obliga a una revisión del modelo –no mera actualización– para conseguir mejor calidad y mayor eficiencia. De no afrontarse de forma adecuada, este contexto puede socavar el crecimiento y el desarrollo globales. Los objetivos de mejora de los resultados clínicos, ampliación del acceso a los tratamientos y la optimización de costes y eficiencia son fundamentales para todos los sistemas sanitarios

### 3. La contratación pública en el ámbito salud: contexto

El Derecho a la Salud implica un mayor esfuerzo presupuestario de inversión y otra perspectiva en la consecución de mejores resultados: el énfasis no debe estar en la asunción como gasto, sino en las inversiones que pueden rendir más que un recorte de costes en la atención sanitaria o en la reducción de precios a los proveedores.

**La nueva era de la asistencia sanitaria es una realidad que obliga a replantear nuestro modelo público de “compra de salud”.**

## 4. La contratación pública en el ámbito salud: ¿una visión equivocada?

El Segundo Informe “Spending Review” de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF) de junio de 2019 ha abierto un importante debate técnico-jurídico sobre cómo deben provisionarse de medicamentos (extrapolable a otros suministros y servicios sanitarios) las entidades integradas en el Sistema Nacional de Salud y en qué medida existe un margen de mejora desde la perspectiva de la sostenibilidad financiera del modelo público de prestaciones de farmacia, pronunciándose a favor de mecanismos que parecen tener un cierto apoyo popular y público. El Informe, desde una perspectiva exclusivamente económica, tiene por objetivo de reducir el gasto público farmacéutico tensionando el precio a la baja. **(esta misma orientación, en medicamentos, mantiene el Informe de 2020)**

## 4. La contratación pública en el ámbito salud: ¿una visión equivocada?

**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 único como factor determinante en la compra pública, especialmente en el caso de medicamentos –aunque extensible a otros equipamientos sanitarios–, además de en otros sectores con connotaciones similares a las que tiene la protección de la salud.

A nuestro entender, mecanismos como el propuesto por la AIREF obedecen a una concepción que puede estar un tanto “sesgada” por la visión como mero gasto y no como inversión de la compra pública, siendo que ésta debe entenderse ante todo como una estrategia para implementar políticas públicas.

## 4. La contratación pública en el ámbito salud: ¿una visión equivocada?

Un sistema de subasta para la adquisición de medicamentos (o de servicios sanitarios de tecnología) vinculado en exclusiva al criterio precio carece de cobertura legal europea y nacional y puede poner en riesgo elementos esenciales del Sistema Nacional de Salud, dado que no puede considerarse el medicamento no es un “simple” producto. **Este tipo de sistemas puede además falsear la competencia y obstaculizar la inversión privada en un sector estratégico, fomentando una indeseada deslocalización.** Además, pone en riesgo la calidad asistencial al “excluir” de la opción terapéutica a ciertos medicamentos y aumentar el riesgo efectivo a desabastecimiento. Finalmente, puede romper el principio de equidad social al excluir del sistema medicamentos que solo se podrán adquirir por centros privados o particulares que podrán pagar el precio libre que fije la empresa farmacéutica.

## 5. La contratación pública en el ámbito salud: propuesta

La revisión del modelo de compra pública en salud, de la que el paciente es el principal pilar del sistema, resulta necesaria para conseguir una mejor calidad, una rápida respuesta terapéutica, una flexibilidad de soluciones atendiendo al resultado y una fácil incorporación de las innovaciones. El objetivo **es conseguir la mayor eficacia sanitaria (que pivota sobre el paciente), en un contexto también de necesidad de sostenibilidad económica.** Con este objetivo hay que defender la oportunidad de cambios tanto en la adquisición de servicios y tecnología sanitaria (superando los límites del contrato de suministro) como en la adquisición de medicamentos.

## 5. La contratación pública en el ámbito salud: propuesta

La compra pública de servicios de tecnología sanitaria en el marco del Sistema Nacional de Salud debe permitir preservar las notas de sostenibilidad financiera como la equidad del modelo, lo que exige una visión transversal del “mercado público de la salud” que se aleje de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial.

**El “ahorro” en la compra de servicios y suministros sanitarios debe contribuir a mantener e incluso a ampliar la cobertura, no a erosionar su calidad y sostenibilidad.**

## 6. La contratación pública en el ámbito salud: eficiencia y sostenibilidad

La compra pública de servicios de tecnología innovadora y suministros de productos relacionados con la salud es una gran oportunidad para mejorar la asistencia sanitaria, ser más eficientes y promover una “nueva cultura, con riesgos compartidos desde lo público con el sector privado.

Desde otra perspectiva, revisten especial interés los sistemas dinámicos de adquisición de compras, diseñados desde la óptica de la rentabilidad y la calidad, que pueden proporcionar un elemento de adecuado equilibrio de todos los intereses en juego: flexibilidad, rapidez de respuestas, confidencialidad, calidad de prestación y eficiencia.

## 7. La creación de valor en los servicios sanitarios como nueva cultura contractual

La creación de valor en salud (VBHC) debe ser parte de la estrategia de la contratación pública, armonizando tanto el valor clínico de las innovaciones terapéuticas promovidas por la industria, como un valor económico para el propio sistema sanitario. De este modo, cada producto o servicio de salud que se adquiriera ha de proporcionar también un beneficio económico que puede consistir en mayor eficiencia, reducción del gasto para los sistemas sanitarios o la ampliación del acceso a las terapias para más pacientes que se puedan beneficiar de ellas

## 7. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor

Los poderes públicos deben poder adquirir los servicios sanitarios y los medicamentos en función de la mejor relación entre calidad y precio, conforme a la fórmula habitual de *value for money*, con la finalidad de “acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo”, como señalase DENING al establecer sus máximas para una óptima gestión empresarial. Máxime en un mercado como el farmacéutico, de precios regulados. Donde incluso es posible la inaplicación de las reglas de contratación pública, como en el citado sistema “open-house” utilizado en Alemania para seleccionar el precio de medicamentos reembolsables sin seleccionar un proveedor único.

## 7. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor

El principio que define la estrategia colaborativa que atiende al VALOR se concentra en el desarrollo de una innovación significativa a nivel terapia, procedimiento y sistema; aprovechar las capacidades y experiencia de las empresas y centros hospitalarios para armonizar el valor entre los distintos participantes del sistema sanitario; y además ampliar el acceso global a las terapias. En ese contexto, la adquisición de valor aconseja migrar del tradicional contrato de suministros al contrato de servicios que frente a la adquisición de cosas permite la compra de soluciones y de innovación al sistema. Es decir, de un modelo de pago por volumen o procedimiento a un modelo de pago en salud por resultado conseguido, que permite facilitar la cooperación con una mayor integración de las empresas en los procesos internos y externos de control del paciente y los resultados en salud a la vez que focalizar los esfuerzos en aquellas áreas donde se pueda aportar mayor valor por parte de todos los *stakeholders* del proceso

## 7. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor

La creación de valor en salud (VBHC) debe ser parte de la estrategia de la contratación pública armonizando tanto el valor clínico de las innovaciones terapéuticas promovidas por la industria, como también un valor económico para el propio sistema sanitario. De este modo, cada producto o servicio de salud que se adquiriera ha de proporcionar también un beneficio económico que puede consistir en mayor eficiencia, reducción del gasto para los sistemas sanitarios o la ampliación del acceso a las terapias para más pacientes que se pueden beneficiar de ellas.

## 7. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor

El sistema de retribución vinculado en el ámbito sanitario al criterio de *Value-Based HealthCare* o de riesgos compartidos, pueden ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles. La utilización de un sistema de retribución vinculado en el ámbito sanitario al modelo del *Value-Based HealthCare*, que pasa no sólo por medir los resultados, sino por medir correctamente las cosas correctas, supondría abandonar en algunos casos el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) a favor de un modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, lo que puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles como son las sanitarias.

**Las experiencias prácticas ya consolidadas validan este modelo de gestión de la salud que fija la atención (valor) en el paciente.**

## 7. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor

Como indicase M. PORTER, la mejora en cualquier campo **requiere medir los resultados**, un principio bien conocido de gestión, lo que aconseja medidas rigurosas de valoración de resultados o “outcomes” y de costes, para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato.

En esta línea, **contratos con riesgo compartido permiten eliminar las disfunciones existentes** sobre efectividad de resultados terapéuticos y el precio satisfecho por servicios sanitarios que no han aportado mejoras.

## 8. La contratación pública en el ámbito salud: del precio al valor y su encaje en la LCSP

Un modelo de contrato de servicios centrado en la idea de valor en la salud puede ayudar a una atención que mejore los resultados clínicos al tiempo que reduzca los gastos generales.

La LCSP de 2017 ha introducido importantes novedades que habilitan una nueva forma de contratar alejada de principios economicistas simples, apostando claramente por la calidad, lo que se alinea con el objetivo de creación de valor en el ámbito de las prestaciones sanitarias.

**La opción de los artículo 29 LCSP sobre los plazos del contrato vinculado a la amortización, del artículo 99 sobre delimitación del objeto o el artículo 102 sobre retribución facilitan un nuevo de adquisición de soluciones (o procesos) y no de productos que pivota sobre los resultados.**

## 9. La contratación pública en el ámbito salud: la innovación como nueva identidad

Hay que recordar que la compra pública de innovación en el ámbito sanitario puede ser de gran interés pues puede permitir a la Administración “dirigir” la innovación y fomentar soluciones a necesidades no cubiertas en el mercado.

A su vez, la **compra pública de soluciones innovadoras de salud puede servir de palanca para afianzar un modelo productivo de I+D+i, que permita una transición a un nuevo modelo productivo que pivote sobre el conocimiento y que favorezca un sistema sanitario más sostenible y de mayor calidad y equidad (a la vez que dar “estabilidad” a un sector empresarial europeo claramente productivo y no especulativo que aporta riqueza)**

## 9. La contratación pública en el ámbito salud: la innovación como nueva identidad

La posibilidad práctica del procedimiento de CPI de la LCSP permite a los gestores público liderar y orientar la innovación en el ámbito de la salud y favorecer nuevas soluciones que, inicialmente, pueden no resultar atractivas para las empresas privadas (no puede olvidarse que la aversión al riesgo, en mayor o menor medida, es algo inherente en las empresas).

Las necesidades en salud evolucionan rápidamente lo que exige nuevas respuestas que hacen de la innovación la seña de identidad de un sistema sanitario que aspira a la excelencia y la mayor equidad. Innovación que, claro, debe, como hemos venido insistiendo, aportar valor (lo que exige una adecuada medición de resultados).

## 10. La contratación pública en el ámbito de la salud: conclusiones

Con estas reflexiones se pretende contextualizar de forma adecuada el debate político y técnico sobre el aprovisionamiento en el Sistema Nacional de Salud, pues la necesaria eficiencia del modelo prestacional público debe preservar el adecuado equilibrio con otros principios y exigencias regulatorias y, en especial, con la mejor asistencia pública a todo los ciudadanos, seña de identidad del modelo de Estado social, lo que **aconseja abandonar la idea del precio como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de compra pública tanto de servicios sanitarios como de medicamentos.** Una inadecuada política de ahorros desproporcionados o una indebida transparencia que afecte a la confidencialidad y a la protección de secretos comerciales en los precios de medicamentos puede perjudicar la eficiencia del sistema.

## 10. La contratación pública en el ámbito de la salud: conclusiones

La necesidad de servicios sanitarios innovadores (también en su tramitación y gestión) aconsejan nuevas fórmulas de colaboración público-privada propias de las exigencias de un Estado garante.

Frente a la vieja concepción del Estado **prestacional hay que avanzar en una nueva cultura de colaboración entre poderes público y empresa en las que ambos puedan verse favorecidos.** Más allá de apriorismos ideológicos, es necesario impulsar modelos de colaboración público-privada orientados a satisfacer el interés general: el ejemplo de muchas de muchas empresas en la crisis generadas por la pandemia no puede ser cuestionado, llegando allí donde la organización administrativa no podía

## 10. La contratación pública en el ámbito de la salud: conclusiones

No se trata de “privatizar” la salud como derecho subjetivo de los ciudadanos, sino de mejorar la calidad “sumando” a la empresa privada, lo que permite alinear el valor tanto en interés del socio privado como del sistema sanitario y “caminar más lejos todos juntos”. Esta propuesta descansa en la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público.

**Sin “privatizar” el modelo se puede optimizar la atención, reducir el gasto y reinyectar tiempo y dinero al sistema de salud.**

**Un modelo de contrato de servicios centrado en la idea del valor en la salud puede ayudar a una atención que mejore los resultados clínicos (excelencia) al tiempo que reduce los gastos generales (sostenibilidad).**

## 10. La contratación pública en el ámbito de la salud: conclusiones

Hay que impulsar una transición “no ruidosa” hacia esta nueva gobernanza de la contratación pública que supere la “presión política” de hacer más por menos y a corto plazo. Y de avanzar, por tanto, a una forma distinta de hacer contratación pública, que se cimiente en una adecuada planificación, la calidad de la prestación (y de su resultado), una eficaz cooperación interadministrativa, una innovadora visión del procedimiento en cuanto a su función y objetivos –con la calidad como paradigma irrenunciable– pensado en el mejor cumplimiento del fin público, que es la causa del contrato. Y, sobre todo, a una nueva cultura de la colaboración público-privada basada en la lógica del *win to win* que permita alinear el valor en interés del socio privado y del sistema sanitario.

## 10. La contratación pública en el ámbito de la salud: conclusiones

**Especial repercusión ha de tener el internet de las cosas (IoT) en el ámbito sanitario**, que ha de permitir que la asistencia sanitaria sea más eficiente, rápida y concreta y que los profesionales de la salud puedan extraer datos de dispositivos médicos, aplicaciones móviles e incluso chips integrados en nuestros cuerpos para ayudar a diagnosticar la salud del paciente de manera más rápida. Los datos clínicos agregados ayudan a llenar los vacíos en la memoria de eventos de los pacientes.

La postcrisis sanitaria es la oportunidad para impulsar este modelo.

**Un ejemplo: La adquisición de vacunas COVID. Hacia una plataforma de gestión**

# EPILOGO

# 1. Epilogo reflexivo

Hoy se necesita una visión transversal del “mercado público de la salud” que se aleje de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial.

## Epilogo reflexivo

**El nuevo enfoque sobre la salud -especialmente impulsado como consecuencia de la pandemia- implica un mayor esfuerzo presupuestario de inversión y otra perspectiva en la consecución de mejores resultados: el énfasis no debe estar en la asunción como gasto y sino en las inversiones que pueden rendir más que un recorte de costes en la atención sanitaria o en la reducción de precios a los proveedores. La nueva era de la asistencia sanitaria es una realidad que obliga a replantear nuestro modelo de “compra de salud”.**

## Epilogo reflexivo

En la indiscutible misión de mejorar la salud individual y colectiva, es incuestionable el potencial de la tecnología actual y los nuevos servicios farmacéuticos, tanto a corto como a largo plazo, obligando a adoptar una más moderna mentalidad, centrada en el paciente con el aprovechamiento de la experiencia y la aplicación necesarios para marcar la diferencia para los pacientes, los proveedores y los sistemas sanitarios en su conjunto.

La compra de salud y su correcta estrategia (no siempre será contrato público) obliga a repensar la forma de gestión.

# Epilogo reflexivo

La actual situación y la recepción de fondos europeos es la oportunidad para relanzar un nuevo modelo de servicios públicos inteligentes y “circulares”, que integren lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Por supuesto, en ese contexto, urge facilitar la dinamización de la actividad empresarial, ayudando al tejido PYME a afrontar la crisis con la vocación de mantener y crear empleo. Las Administraciones públicas tienen que actuar con “inteligencia decisional” pensando también a pequeña escala, para corregir la inercia de destrucción de este importantísimo tejido empresarial.

La compra pública (con sus modalidades de concesión) es una ventana para una gestión inteligente que permita la mejor satisfacción del interés público desde un nuevo prisma que ponga la atención en el valor, la eficiencia social y la equidad.

**Y el ámbito de la salud es una oportunidad para avanzar al cambio: del precio al valor, de la concepción como gasto a la de inversión, de la desconfianza al win/win, del suministro al proceso.**

## Epilogo reflexivo

Una contratación pública de salud que articule de forma armónica los denominados círculos de excelencia: excelencia de servicios (pensar primero en las personas), excelencia de procesos (hacer lo que toca sin burocracia indebida) y excelencia técnica (tener talento y conocimiento).

Necesitamos una nueva cultura de contratación pública: responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora. Una contratación pública **estratégica y proactiva y no meramente reactiva**, que ponga en valor la calidad de la prestación.

## Epilogo reflexivo

Es momento de consolidar un nuevo modelo de liderazgo institucional que ponga en valor la calidad (junto con la transparencia y la integridad), para dinamizar, desde la contratación pública, un modelo económico y de gestión pública “inteligente” y más eficiente (desde la perspectiva del resultado). Y el precio no puede ser un parámetro esencial (ni el argumento de ajuste presupuestario para su justificación)

**Como ya advirtiera Albert Einstein, “no podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo”.**

Muchas Gracias por su atención



Dr. José María  
Gimeno Felíu

Catedrático de  
Derecho Administrativo

**Mail: [gimenof@unizar.es](mailto:gimenof@unizar.es)**  
**[www.unizar.es/gimenof](http://www.unizar.es/gimenof)**  
**[www.obcp.es](http://www.obcp.es)**