

Modelos colaborativos en el ámbito de la contratación pública: un nuevo enfoque anclado en calidad.

VI CONGRESO DEL OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 2024

(Sevilla, 16-18 octubre 2024)

Francisco L. Hernández González
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

I. La transformación de los modelos tradicionales de colaboración público-privada: de la concesión al contrato de servicios y otras fórmulas extracontractuales.

1. Según palabras textuales de la Ley de concesión de obras públicas de 2003: *“En nuestro ordenamiento jurídico, en el repertorio de instrumentos que articulan la colaboración entre los poderes públicos y el sector privado, ha tenido un papel significativo la institución de la concesión, tanto de obras como de servicios públicos”*.

En poco más de 10 años la situación que describe la Ley de 2003 cambia radicalmente: la concesión deja de ser el instrumento idóneo para canalizar la construcción de las grandes obras públicas y la prestación de los grandes servicios públicos económicos, para convertirse en una fórmula contractual meramente residual. Me atrevo a decir que se trata de uno de los cambios jurídicos más importante de los últimos años.

3. Como sabemos, la regulación tradicional de las concesiones dejaba números aspectos a la discrecionalidad de la Administración contratante. La razón era simple: garantizar la regularidad, continuidad y universalidad de los servicios públicos con arreglo a ciertos estándares de calidad (exigibles judicialmente). Se decía, que en las concesiones regía el principio de *“rigidez del servicio, flexibilidad del contrato”*; o lo que es lo mismo *“la prevalencia de la continuidad del servicio público sobre la intangibilidad del servicio”*. Como contrapartida, regía un modelo económico basado en los principios de remuneración suficiente del concesionario y de equilibrio económico-financiero del contrato, que venía a modular la rigidez del principio de riesgo y ventura propio de la concesión (aspecto decisivo del auge de la técnica concesional). Ello lleva al TS a hablar de un *“tratamiento especial y privilegiado”* del concesionario.

4. Por otro lado, en las concesiones de obras y servicios, la calidad de la prestación no era un problema relevante.

- Es sabido también que la adjudicación de las concesiones se llevaba a cabo mediante el sistema de *concurso*, lo que permitía a los órganos de contratación valorar la calidad de la prestación (junto al precio u otros criterios).
- Además de la aplicación de la *cláusula de progreso*, que obligaba al concesionario a acomodar la concesión a la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad... vigente en cada momento.
- La Administración también podía incluir en los pliegos mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario, y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a este en función de los mismos (cuestión bien diferente es que la Administración haya renunciado sistemáticamente a fiscalizar la ejecución de los contratos, como era habitual).

5. Todo esto cambia con la transposición de las Directivas de 2014. Se produce en ese momento un replanteamiento de las tipologías contractuales y de sus fundamentos, provocando un desplazamiento de la *concesión de servicios* por el *contrato de servicios*, en concreto, por el contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a la ciudadana del art. 312 LCSP, que asume alguna de las características de las concesiones para poder responder al funcionamiento de determinados servicios públicos.

Se trata de una mutación genética radical. Según el *Informe especial de la OIREscon de supervisión relativo a los contratos de concesión en 2022*, aprobado en noviembre de 2023, el mayor número de *concesiones de servicio* tiene CPV relativo a servicios de hostelería y restauración, los culturales y deportivos (que nunca fueron concesiones).

El resultado es que las concesiones, especialmente, las de servicio, sufren una anemia severa; situación que contrasta con la relevancia que las autoridades europeas y también nacionales le reconocen en escenarios de crisis presupuestaria, como los vividos en los últimos años.

6. La legislación de contratos, cada vez más formalista, parece llevar a un principio diferente: “rigidez del servicio, rigidez del contrato”, alterando los equilibrios y los fines propios de la colaboración público-privada.

Lejos queda ahora la plena potestad de la Administración para configurar el servicio público; la potestad para ordenarlo discrecionalmente como si lo gestionara directamente; o la potestad para introducir las modificaciones que aconsejare el interés público y, entre otras, la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones (medidas previstas en los arts. 126 y 127 RSCL).

7. La pregunta ahora no es si esto era lo que se pretendía con las nuevas Directivas, que evidentemente no lo era. La pregunta que debemos formularnos en este momento es si la actual regulación de la colaboración público-privada responde a los tiempos presentes

La respuesta, evidentemente, es que no. La mejor muestra es que, frente a la rigidez del contrato público, hemos empezado nuevamente a demandar flexibilidad y la necesidad de buscar nuevas fórmulas de colaboración público-privada, con compartición de los riesgos, cuando nosotros ya la teníamos desde hacía más de siglo y medio.

- Surgen así (o, menor, resurgen) los *conciertos sociales* en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios, que se han reproducido en todas las Comunidades Autónomas desde que lo regulara el Decreto-ley 1/2016, del Gobierno de Aragón, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario.
- Se crean los *PERTE* (Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica), que se parecen mucho, sin decirlo, a la vieja *acción concertada* utilizada durante los planes de desarrollo de los años 60-70 o la reconversión industrial, en los años 80 del pasado siglo.
- Se encumbran los *convenios*, para la ejecución de los fondos del Instrumento Europeo de Recuperación, eso sí, dotado de un régimen jurídico *ad hoc*, más flexible, diferenciado del previsto en la Ley 40/2015.

- Se vuelve apelar a las virtudes de la *empresa mixta*, pero en esta ocasión con capital público mayoritario y con sus propias singularidades.
- También proliferan los *fondos sin personalidad jurídica*, que son verdaderas máquinas para repartir el dinero al margen del derecho público, en particular, de las normas presupuestarias, contables y de control de las Administraciones públicas.

Son todos ellos instrumentos que tienen como finalidad favorecer la modernización de la Administración y la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Real Decreto-ley 36/2022); y que operan extramuros de la normativa de contratos públicos.

8. En ocasiones, lo que se hace es dar nuevas etiquetas a viejas categorías, redescubriendo las concesiones con modulación del riesgo, la acción concertada o los convenios de colaboración con sujetos de derecho privado. En otros casos, simplemente, se utiliza como alternativa la concesión demanial, cuando concurren los requisitos previstos en la legislación de patrimonio, lo que –al margen de otras diferencias sustanciales- conlleva prescindir de la garantía propia de los principios de remuneración suficiente del concesionario y de equilibrio económico del contrato.

La creación de nuevas figuras y la reviviscencia de otras antiguas vienen a demostrar, a su vez, que los sistemas de racionalización de la contratación previstos en la LCSP (sistemas dinámicos, acuerdos marcos,...) no contribuyen a dar una respuesta satisfactoria a las necesidades presentes, en los plazos que marca la Unión Europea.

9. Entre otras medidas, la reversión de esta situación pasa –nuevamente- por rescatar la concesión de su letargo. Para ello es necesario formular una interpretación flexible del concepto de *riesgo operacional* y desvincularla de la normativa de *desindexación de la economía* (Ley 2/2015 y Real Decreto 55/2017), que está lastrando la financiación privada en proyectos de infraestructuras. Sólo así podrá la concesión recuperar la relevancia que ha tenido tradicionalmente, constituyendo una herramienta más a disposición de la Administración para la ejecución de proyectos de obras y de servicios estratégicos (y no que permanezca, como sucede en la actualidad, restringida a los servicios de hostelería, restauración, culturales y deportivos).

Que esto sea posible, lo demuestra el hecho de que ni en Francia, Alemania e Italia existe este debate: en estos países, la limitación del riesgo transferido en sectores de servicios públicos es compatible con la concesión de servicios (salvo que exista la garantía de pagar al concesionario todos los costes, convirtiendo la concesión en un contrato sin riesgo, equivalente a una mera compra de servicios, lo que nunca fue). Lo que preocupa en estos países es, precisamente, el fenómeno de “contractualización” de las concesiones, esto es, la cada vez mayor equiparación entre la concesión de obras y de servicio y el contrato público de obras y de servicios.

10. Es evidente que si 7 años después de la LCSP (incluso, me atrevería a decir, 17 años, tras el fallido contrato de colaboración público-privada de la LCSP de 2007) seguimos hablando de la necesidad de buscar fórmulas de cooperación público-privada flexibles es que algo falla en la legislación, que no es capaz de dar respuesta a las necesidades de la Administración.

II. La necesidad de reforzar la calidad en los criterios de adjudicación.

1. Por último, hablando de contratación pública y de calidad de las prestaciones, hay otras dos cuestiones sobre las que hay que llamar la atención, como son: el establecimiento de umbrales de saciedad y la implantación de criterios sociales y/o ambientales.

2. La importancia de incluir de *umbrales de saciedad* en los criterios de evaluación mediante fórmulas como medida para potenciar la calidad, cuya legalidad ha refrendado la STS nº 381/2024, poniendo fin al debate que existía en la doctrina de los tribunales administrativos. Se trata de establecer un tope a la rebaja de precios en las ofertas económicas sobre el precio máximo, de modo que al presentar las ofertas, aunque bajen más el precio, no se obtenga mayor puntuación en la valoración económica, evitando así que se pueda desvirtuar la calidad de la prestación ofertada.

En un proyecto que estamos desarrollando en la ULL, hemos analizado diferentes pliegos de cláusulas administrativas para la contratación de servicio de gestión de residuos sólidos urbanos. De los pliegos analizados ninguno incorporaba cláusula de umbral de saciedad (el PCAP de Yecla dice que incorpora umbral de saciedad pero no lo tiene). Como tampoco se recoge en la Guía para la elaboración de los pliegos para la

contratación de los servicios de recogida de residuos municipales y de limpieza viaria elaborada por la FEMP.

En esta línea cabe mencionar el *Decreto-ley 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica de Extremadura*, que, con el objeto de obtener prestaciones de calidad, pone límites a la reducción del precio y a la reducción de plazo de ejecución.

3. Por último, cabe formular también una reflexión sobre las dificultades que está teniendo la *incorporación de cláusulas sociales y ambientales* en los contratos públicos, ya sea como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución, como consecuencia de la interpretación restrictiva que hacen los tribunales administrativo de contratos públicos de los requisitos previstos en el art. 145 LCSP.

En este sentido, se hace necesario que los tribunales flexibilicen el criterio de la *vinculación con el objeto del contrato* de las cláusulas sociales y ambientales, pero también que los órganos de contratación motiven adecuadamente la relación de dichas cláusulas con las prestaciones objeto del contrato, justificando su contribución a una mayor calidad o un mejor rendimiento.

De otra forma, va a resultar difícil que la contratación pública cumpla la función estratégica que se le atribuye, convirtiéndose en un verdadero instrumento de consolidación de políticas sociales y ambientales (de momento no lo está cumpliendo).

Sin duda alguna, requiere un esfuerzo añadido utilizar el contrato público no sólo para atender las necesidades de obras, servicios y suministros de la Administración, sino, al mismo tiempo, hacer efectivas otras políticas públicas.