

***"INFORME JURÍDICO SOBRE LA
ADECUACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE
OFERTAS A PÉRDIDAS EN LAS
CONCESIONES DE SERVICIOS.***



**Universidad
Zaragoza**

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

Catedrático de Derecho Administrativo.

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

28 de septiembre de 2021

Con fecha de 16 de septiembre, la Cámara de Concesionarios, Equipamientos y Servicios Públicos (CCIES) ha solicitado, a través del servicio OTRI de la Universidad de Zaragoza, a don José María GIMENO FELIU, Catedrático de Derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, la realización de un **"INFORME JURÍDICO SOBRE SOBRE LA ADECUACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE OFERTAS A PÉRDIDAS EN LAS CONCESIONES DE SERVICIOS"**.

El encargo se instrumenta a través del correspondiente contrato de servicios con la Oficina de Transferencia de Resultados de Investigación (OTRI) de la Universidad de Zaragoza.

Este Informe tiene por objeto analizar la corrección jurídica, o no, de la posibilidad práctica de que empresas licitadoras en contratos concesionales pudieran realizar ofertas anticompetitivas (a pérdidas) para incrementar su cartera de contratos y conseguir así, en el corto plazo, ser más atractivas a la entrada de inversores cortoplacistas.

Se limita el informe al análisis de dicha práctica en el marco de la normativa de contratación pública, sin profundizar las condiciones de la misma desde los límites que impone el derecho de la competencia (que, obviamente, inciden sobre dicha práctica laminando su ámbito).

Al respecto, se puede adelantar como **CONCLUSIÓN PRINCIPAL**, que se explicará en este Informe, que dicha práctica, no resulta jurídicamente viable. Los modelos concesionales se vinculan de forma muy directa a la forma de prestación de los servicios públicos, es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos¹. A tal fin, **debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión y, por ello, un modelo de**

¹ El contrato público y la concesión son herramientas para la mejor satisfacción de necesidades de la ciudadanía, por lo que hay que preservar una gestión pública que preserve la idea del necesario equilibrio jurídico entre lo público y lo privado y la seguridad jurídica de las inversiones. Al respecto, *in totum*, me remito al estudio de J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017.

riesgos con ofertas a pérdidas no resulta admisible pues cuestiona la sostenibilidad del modelo de colaboración comprometiendo el interés público. Además, esta posibilidad se aleja (o quebranta) de los principios regulatorios de la contratación pública (especialmente vinculados al interés general en los modelos concesionales) y podría estar favoreciendo mediante un mercado secundario de concesiones una “burbuja subprime” en el ámbito concesional, en tanto que empresas concesionarias de servicios asumirían carteras inviables económicamente. Y ello pondría en riesgo el correcto cumplimiento de la prestación y, por ende, del interés público, por lo que una oferta a pérdidas debe ser considerada ilegal y motivo de rechazo por parte del poder adjudicador. La fijación de precios por debajo del valor de mercado, en el equilibrio y tensión que ha de mantenerse entre los principios de eficiencia y competencia, tiene que evitar que la presentación de ofertas en pérdidas ocasione un dumping consistente en la eliminación de competidores que, como es conocido, es una práctica proscrita por la legislación de defensa de la competencia y deriva, en forma efectiva, en una desigualdad de trato de los licitadores.

Cumpliendo tal requerimiento, y una vez examinada tanto la normativa vigente como la jurisprudencia interpretativa, así como la documentación facilitada, se emite este Informe jurídico, que se sustenta en los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- SOBRE EL FUNDAMENTO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. EL VALOR INTERPRETATIVO DE LOS PRINCIPIOS REGULATORIOS

Para responder la cuestión objeto de análisis resulta oportuno “centrar” determinadas ideas fuerza sobre el fundamento y finalidad de la contratación pública y la necesidad de una interpretación funcional que atienda al resultado (y la causa) y no a la forma.

En la calificación de un contrato (así como en su diseño) y en la interpretación de la normativa debe estarse a la causa del mismo (como bien ha destacado DE SOLAS RAFECAS), de tal manera que si el interés público es causa del negocio y no mero elemento accesorio la interpretación sobre la viabilidad jurídica de las estrategias de ofertas de los licitadores encuentra como límite infranqueable el no poner en riesgo el elemento causal (y el fin público), del negocio jurídico². Máxime en modelos concesionales donde el interés general viene vinculado a la correcta prestación de actividades consideradas servicios públicos esenciales³.

Desde esta perspectiva la causa, como elemento esencial, se convierte en “test de idoneidad” de las distintas incidencias que pueden surgir tanto en el

² Las ofertas anormales es un elemento “recurrente”, tal y como lo califica S. Muñoz Machado, quien advierte que la aparición de ofertas excesivamente bajas que pueden dar lugar, a posteriori y cuando ya se está en la fase de ejecución del contrato, a incumplimientos de las condiciones de ejecución establecidas en los pliegos previamente aprobados o propiciar procesos de modificación del contrato o de revisión de los precios establecidos que podrían no estar suficientemente justificados. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIII Contratos del Sector Público, 2ª edición*, Madrid, BOE, 2018, p. 145.

³ La función de la causa en los contratos es, como indica DE SOLAS RAFECAS, : 1) Requisito para la existencia y validez del contrato (arts. 1261 y 1275-76 CC), 2) dependiendo de licitud o ilicitud el contrato será válido o anulable (art. 1275 CC), 3) la causa del contrato determina su tipicidad o atipicidad. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 26.

procedimiento licitatorio como en la ejecución. Y en los modelos concesionales, el interés general, como causa de los mismos, se caracteriza por una mayor intensidad, al vincularse a prestaciones de “servicio público” que deben prevalecer siempre frente a estrategias empresariales. La necesaria interpretación funcional y teleológica (y no formal, insistimos) obliga a analizar la corrección o no de determinadas prácticas de las empresas desde esta óptica principal, que condiciona su viabilidad jurídica. Y es que en modo alguno puede asumirse como válida una opción que pongan en riesgo la correcta prestación del servicio público. Y eso es lo que sucedería con las ofertas a pérdidas que afectan al plan financiero sin el cual no sería viable (sostenible) el modelo concesional. La oferta a pérdidas supone claramente (indubitadamente) un incumplimiento del Plan Económico Financiero, cuyos umbrales mínimos nunca se pueden rebasar al ser un elemento esencial para el correcto funcionamiento. Y, por ello, como se argumentará, el poder adjudicador debe excluir a la empresa licitadora que la proponga.

Además, la respuesta exige una aplicación de la normativa y principios regulatorios en esta materia en el derecho europeo. La construcción europea ha sido, junto a un proceso de transformación política, un impulso para la construcción de un nuevo Derecho Administrativo. El profesor Santiago MUÑOZ MACHADO ha explicado muy bien el importante papel que el Derecho de la Unión Europea ha tenido en la consolidación de un derecho Administrativo Europeo ⁴. No es necesario justificar la afirmación según la cual el Derecho comunitario se ha ido apoderando del Derecho administrativo⁵. En este sentido, se ha destacado que en el Derecho administrativo europeo se manifiestan dos fenómenos de gran importancia: a) existe en la actualidad una destacada tendencia a la convergencia de principios generales, institutos jurídicos y soluciones de

⁴ Sobre las repercusiones e implicaciones de la Unión europea en la configuración de los Estados miembros, véase el excelente estudio de S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

⁵ Vid. S. CASSESE, *La Globalización jurídica*, INAP, 2006, pp. 120 y ss. Gráficamente explica lo que denomina el dominio del Derecho comunitario sobre el Derecho Administrativo y de la configuración comunitaria del Derecho Administrativo nacional.

naturaleza organizativa y procedimental entre los Derechos administrativos de los Estados miembros; b) se ha consolidado desde hace tiempo el Derecho administrativo comunitario europeo, que ha asumido un especial relieve en el sistema jurídico de la Unión Europea⁶.

Así, la normativa nacional de cada Estado, en tanto se encuentra vinculada a principios regulatorios europeos -como lo es la contratación pública, pero también el derecho de sociedades- debe ser interpretada desde la óptica de esta realidad jurídica, lo que impone evitar interpretaciones estrictamente formales⁷. Y aquí juega, sin duda, como destaca, entre otros, U. UVERLING⁸, un trascendental papel el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cuanto se está convirtiendo en instrumento dinámico para la consolidación de unos principios jurídico-

⁶ M. CHITI, *Derecho administrativo europeo*, Madrid, 2002, p. 115. Santiago GONZÁLEZ-VARAS califica las repercusiones del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales como “proceso general de influencias”, así, de una parte, la justicia comunitaria se basaría en los Derechos nacionales para elaborar su jurisprudencia utilizando un método jurídico-comparado (el “uso dell approccio comparatistico”), por otro lado debería destacarse el efecto de armonización de la jurisprudencia comunitaria (un efecto de comunanza o concurrencia) siendo los Estados una parte del todo, y por último, se subrayaría el papel de “puente” entre Derechos que efectúa el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es lo cierto que en esa misma e inteligente descripción de relaciones entre Derechos más que ordenamientos, el Derecho comunitario, como señala asimismo González-Varas, actúa como “plataforma” para el “transplante” de los instrumentos de un Derecho nacional en otro, y no se detiene su capacidad en ese fenómeno, sino que, en mi opinión, su envergadura conformadora de los Derechos nacionales traspasa la técnica armonizadora porque nace de unos principios “que son comunes a los Estados miembros” y su eficacia nace de su prevalencia jerárquica sobre las normas dictadas por los Estados miembros. *El Derecho Administrativo Europeo*, IAAP, Sevilla, 2003.

⁷De especial interés el trabajo de D. BERBEROFF AYUDA, “La doctrina del tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo”, *libro col. Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 163-200.

⁸ U. UVERLING, participa también de la idea de que nos encontramos inmersos en un proceso de configuración de un Derecho Administrativo Europeo. “Comunidad Europea. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Administrativo”, en libro col. dirigido por J. Barnes La justicia administrativa en el Derecho comparado, Civitas, Madrid, 1993, pp. 661-663. En estos términos puede también consultarse el trabajo de A. MASSERA “L’ amministrazione e i cittadini nel Diritto comunitario”, RTDP núm. 1, 1993, pp. 19 y ss.

públicos de alcance comunitario de aplicación a todos los Estados miembros y que puede servir de base para la construcción de la estructura sobre la que construir un nuevo y moderno Derecho Administrativo Europeo que de solución a los principales problemas que plantea la actual sociedad y que no pueden ser resueltos a través de los rígidos -y, a veces anticuados- derechos nacionales⁹. Un excelente ejemplo de lo que se acaba de exponer es la regulación de la contratación pública, donde la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea 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 Europea¹⁰. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE ¹¹ . Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos interpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos

⁹ Sobre esta cuestión me remito a los trabajos de S. MUÑOZ MACHADO “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española”, REDA núm. 75, 1992, pp. 329 y ss.

¹⁰ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, REDA núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CORCOLES, “Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en libro colectivo dirigido por M. Almeida e I. Martín, *La nueva contratación pública*, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; pp. 89-116.

¹¹ Vid. CHINCHILLA MARÍN, C.: “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79; y M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102.

públicos¹². Existe, en consecuencia, 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)¹³. Así ha sucedido con conceptos claves como el de poder adjudicador o el del contrato público. Pero siempre ha preservado los distintos ámbitos jurídicos, como lo son el de la organización administrativa y el de la propia organización de la empresa. Así, 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, se debe dar prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones del derecho europeo, y dejar sin aplicación, de ser necesario, toda disposición contraria de la ley nacional. Es necesaria, en palabras de R. ALONSO GARCIA, una interpretación de la norma nacional (y del ordenamiento) conforme al Derecho europeo (sin olvidar que existe reiterada jurisprudencia al respecto: en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, apartado 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros, apartados 113 a 119 y la jurisprudencia allí citada, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, apartados 108, 109 y 111)¹⁴.

¹² Para conocer como se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por M. SANCHEZ MORON: *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

¹³ Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARIN (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...”, ob. cit., pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación.

¹⁴ Ricardo ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 28, 2008, pp. 385-410. Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO, de los imperativos propios del Derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo (“La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los Ordenamientos internos”, *Revista andaluza de administración pública*, núm. 7, 1991, pp. 9-38).

Desde esta perspectiva, la 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) exige una interpretación que no vaya más allá de sus límites y función. Y, por supuesto, exige una interpretación coherente con las exigencias del derecho europeo de los contratos públicos y sus principios¹⁵. Lo que tiene repercusión práctica, además de en la correcta “protección” de la causa del negocio a celebrar, en los límites de las estrategias de las empresas en relación al precio/retribución, que va incluso más allá de la técnica de la anormalidad de ofertas.

Esa interpretación de la normativa de los contratos públicos se debe alinear, por tanto, como se ha apuntado en anteriores trabajos, con la máxima de que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos

¹⁵ Sobre el contenido de estas Directivas me remito a: J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; J.A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J.A. MORENO MOLINA, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M.M. RAZQUIN, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, RAP núm. 196, 2015, pp. 97-13 y. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M.A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J.A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II. Una visión crítica sobre los objetivos de estas Directivas puede verse en el estudio del profesor J. SANTAMARIA PASTOR, “Contratos del sector público y derecho de la Unión”, RAP núm. 200, 2016, pp. 83-102.

realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras y, principalmente, no poner en riesgo el fin público inherente a la prestación del contrato público/concesión¹⁶. Esta visión instrumental de la contratación pública nos conduce, como bien indica T. MEDINA, a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato¹⁷. De lo que se deduce que no son viables ofertas empresariales que se alejen de la estrategia pública del contrato.

¹⁶ J.M. GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006, pp. 15-21, ibídem, “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 99, 2010, pp. 50-55. También D. ORDOÑEZ SOLIS, *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 162-182, J.A. MORENO MOLINA, “Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 83, 2009, pp. 37 y ss. y L. ORTEGA ALVAREZ, “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3 de 2009. Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 17/2008, de 21 de julio. Y es que, como bien advirtiera J. MESTRE DELGADO, se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo-o fomento- para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones -no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas- contempladas en normativas sectoriales, “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, *REALA* núm. 291, 2003, p. 707.

¹⁷ T. MEDINA, “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94. También J. RODRIGUEZ ARANA, “La contratación del sector público como política pública”, en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, ob. cit., pp. 31-44.

Hay que insistir en que la finalidad del proceso de adjudicación no es ya conseguir la oferta económicamente más ventajosa (concepto que desaparece del artículo 145 LCSP), sino conseguir la mejor oferta que presenta la mejor relación calidad/precio. No todo, y de forma necesaria, se ha de reconducir al principio de precio y debe aplicarse la regla anglosajona del *best value for money*¹⁸. Por ello, ofertas a pérdidas no son sinónimo (más bien lo contrario) de la mejor oferta¹⁹. Conclusión todavía más clara en sectores donde el interés general tiene una especial dimensión o intensidad en tanto se trata de relevantes servicios públicos. Buen ejemplo es el sector de las aguas, de indudable repercusión social (más que económica) en donde ya el principio de recuperación de costes se recoge en el artículo 9 de la Directiva 2000/60/CE Marco del agua, lo que o que impide cargar la tarifa con menos costes de los que realmente experimenta el servicio²⁰.

SEGUNDO.- SOBRE LA FUNCION (Y SUS CONSECUENCIAS PRACTICAS) DE LAS CONCESIONES DE CARÁCTER CONTRACTUAL.

a) Delimitación de los modelos de colaboración público-privada. El interés general como seña de identidad.

El marco de la colaboración público-privada como estrategia en la provisión de servicios o de obras está de actualidad, no solo por los evidentes motivos de la

¹⁸ J.M. GIMENO FELIÚ, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 219.

¹⁹ Ya lo advirtió A. RUIZ OJEDA al afirmar que “*nuestro sistema de licitación a la baja no permite detectar la oferta más eficiente sino la más osada, sobre todo si el adjudicatario sabe que podrá conseguir un alza del precio en el curso de ejecución del contrato. Coge el contrato y corre: así se podría resumir la estrategia empresarial fomentada por nuestra legislación y por la práctica administrativa*”. *Derecho de la contratación pública y regulada*, Madrid, 2004 Civitas, p.436.

²⁰ Recogido después a nivel estatal en el art. 111 bis de la ley de aguas 2001 introducido por la Ley de medidas fiscales de 2003 en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. Vid. I. JIMENEZ COMPAIRED, “, quien explica la importancia de este principio en al determinación de cánones y tarifas. “Cuestiones actuales de los cánones de regulación y tarifas de utilización del agua”, en libro col. Régimen económico-financiero del agua: los precios del agua 2009, Aranzadi, pp. 81-166

necesaria estabilidad financiera-presupuestaria ²¹ , sino sobre todo por la oportunidad de habilitar soluciones técnico-jurídicas más avanzadas, que posibiliten el impulso de ciertos proyectos de interés relevante que difícilmente se pueden articular bajo la arquitectura tradicional de los contratos públicos ordinarios²².

Son cuatro los objetivos de las distintas fórmulas de colaboración público-privada: mayor eficiencia económica, implicación más directa del sector privado, aumento y mejora de la cantidad y calidad de los equipamientos y servicios públicos y, también, la posibilidad de soslayar las restricciones financieras públicas²³. Esto explica la extensión de estas fórmulas de colaboración público-privada, pero conviene advertir que el eventual éxito que algunos le conceden a

²¹ Sobre los orígenes, fundamentos y modalidades de la colaboración público privada en la contratación pública pueden referirse los siguientes estudios doctrinales: M.T. BRUNETE DE LA LLAVE “Colaboración público-privada”, *Observatorio de Contratos Públicos*, Ed. Civitas (Navarra) 2011, y su monografía “Los contratos de CPP en la LCSP, *La Ley*, 2009; B. NOGUERA DE LA MUELA, B. “La colaboración público-privada en las obras hidráulicas”, en libro col. *Tributos, aguas e infraestructuras*, ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 223 a 252; M.A. BERNAL BLAY *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Cizur Menor, 2011, M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012 y A. PALOMAR OLMEDA, *Colaboración público privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

²² P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en el libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012, pp. 435-462. También, de la misma autora, “La colaboración público-privada como fórmula de externalización de cometidos públicos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Orense*, 2007, pp. 645-662. Entre la bibliografía más reciente A.I. PEIRO BAQUEDANO, *El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*, Aranzadi, 2019.

²³ M. GARCÉS recuerda varias de las fortalezas de estos modelos. En concreto, y en la línea de la exigencia de *accountability*, está el control de los costes y plazos de ejecución, en tanto que las empresas constructoras tienden a reducir tiempo y costes de la construcción para comenzar a rentabilizar la infraestructura o el servicio y así obtener ingresos. Además, se libera al sector público de la ejecución de estos contratos, generalmente complejos, y se aprovecha de mejor manera el conocimiento y *expertising* de las empresas. Vid. M. GARCÉS SANAGUSTÍN, “En torno a la colaboración”, en libro col. *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, p. 52. En el mismo sentido M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, ed. Civitas, Cizur Menor, 2012., pp. 530-532.

esta modalidad contractual viene por el lado de las ventajas asociadas a la idea de que la inversión de capital y la gestión privada pueden aliviar las restricciones fiscales sobre la inversión en infraestructuras, incrementando la eficiencia²⁴. No obstante, no debería ser ese el único criterio, sino más bien la cláusula de valor por dinero y en ese análisis hay que advertir de posibles deficiencias, como la pérdida del control público de las decisiones, los riesgos políticos y de rendición de cuentas, la posible reducción o pérdida de la competencia en un mercado “cerrado” o el que esos servicios sean pagados directamente por los ciudadanos.

Una de las cuestiones que más claramente justifican la colaboración entre el sector público y el sector privado es la posibilidad de trasladar la inversión pública fuera del presupuesto y la deuda fuera del balance de las Administraciones públicas, aunque sea la Administración pública la que finalmente soporte, a pesar de todo, la mayor parte de los riesgos implicados y tenga que hacer frente, al menos en potencia, a importantes costes financieros²⁵. Esto explica que en los últimos años se haya producido en España un aluvión de contratos CPP: la crisis ha sido un elemento que ha resultado un factor determinante en el aumento del uso de la colaboración público-privada²⁶.

²⁴ Así, el Dictamen del Consejo de Estado 3375/2001 de 5 de diciembre de 2001, advierte de esta circunstancia y recuerda que la Comisión de las Comunidades Europeas, en su Informe "Réseaux Transeuropéens" (1993) declara que "los mecanismos de financiación extrapresupuestaria están llamados a cumplir, a buen seguro, una función adicional y complementaria respecto a los sistemas tradicionales de financiación pública, exclusiva y directa".

²⁵ J. F. MESTRE DELGADO recuerda con acierto que las Directivas europeas han ido consolidando este modelo de colaboración público privada en su trabajo "Las principales novedades de la Ley de contratos del sector público", en el vol. col. *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 37-40.

²⁶ En todo caso hay que advertir de la necesidad de diseñar un adecuado modelo de gobernanza integral en toda fórmula de colaboración público-privada que ponga especial atención al adecuado cumplimiento de la prestación pública. Para lo que tiene una gran importancia la incorporación de la adecuada calidad a la definición del objeto de las fórmulas de CPPI.

Pero al margen de esos motivos, conviene insistir en que bajo el aparato del negocio concesional se encuentra, como causa, la mejor prestación de servicios públicos, en una clara posición pública de garante del interés general²⁷. De ahí la necesidad de diseñar un adecuado modelo de gobernanza integral en toda fórmula de colaboración público-privada que ponga especial atención al adecuado cumplimiento de la prestación pública²⁸. Y aquí juega gran importancia la correcta calidad del objeto de la concesión²⁹. En consecuencia, el principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas vinculados al precio/oferta económica, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la eficaz prestación del servicio³⁰. Es decir,

²⁷ J. ESTEVE PARDO, “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39. *Ibidem*, *Estado garante. Idea y realidad*. Innap Investiga, Madrid, 2015.

²⁸ El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El objetivo es lograr integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea. *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001. Esta nueva no es solo una moda que pasará. Debe ser uno de los paradigmas sobre los que reformar nuestro modelo de organización y actividad administrativa. Vid. R. GARCÍA MACHO, Presentación del libro, *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, p. 8. Vid, también P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública”, en el libro: *Por el Derecho y la libertad, Vol. II, Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1901 a 1931 y B. NOGUERA DE LA MUELA, “La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español”, en libro homenaje al profesor L. Cosculluela, *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 948-950.

²⁹ La justificación de la decisión sobre cómo gestionar un “servicio público” debe atender a criterios objetivos de buena administración. Hay que evitar, por tanto, el maniqueísmo sobre quien presta mejor el interés general y, para ello, hay que 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 los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente (no se trata en definitiva tanto del quién, como del cómo, en la mejor satisfacción del interés público).

³⁰ Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a mi estudio “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la

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. La mejor calidad se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia (y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental). Así, **los modelos concesionales deben pivotar sobre la correcta prestación del “servicio público”, de tal forma que las estrategias económicas de los licitadores que pongan en riesgo no asumible la eficaz prestación deben ser rechazadas, no tanto por ser anormales (como lo serán en el caso de ofertas a pérdidas) sino por ser incompatibles con el elemento causal del negocio jurídico. Incompatibilidad evidente desde la correcta visión decisional de la necesaria óptica de la buena administración**³¹.

b) Arquitectura de los modelos concesionales en la legislación nacional española.

Con la nueva LCSP de 2017, como se ha indicado, desaparece el tipo contractual de colaboración público-privada (una adecuada trasposición hizo llegar a la conclusión de que no resulta necesario -ni conveniente- mantener la figura española del contrato de colaboración entre sector público y sector privado,

transparencia en la contratación pública”, número monográfico de la revista Presupuesto y Gasto Público sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno, núm. 82, 2016, pp. 137-158. También, T. Medina Arnáiz, “Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 121, 2013, pp. 87-97.

³¹ Vid. J . PONCE, “La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local”, en *Anuario de Derecho Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 136-137. Esta vinculación de la contratación pública al derecho a una buena administración fue expresamente advertida en el Acuerdo 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Otros principios generales del Derecho administrativo aplicables lo serían la interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa, la seguridad jurídica, la buena fe, la protección de la confianza legítima y la responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

pues, en puridad, toda concesión es una modalidad de PPP³²). La opción de realizar CPP (desde de la perspectiva de SEC 2010) se encuentra en la regulación de concesiones ³³ . Se incorpora, por lo demás, una definición contrato servicios conforme al Derecho de la Unión Europea y la interpretación dada por el TJUE³⁴.

³² Analizaban con gran detalle esa modalidad “española de colaboración público-privada”, M.T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009; A. DORREGO DE CARLOS y F. MARTÍNEZ VAZOSA, *La colaboración pública privada en la Ley de contratos del sector público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009, M.A. BERNAL BLAY *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Cizur Menor, 2011, M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012 y A. PALOMAR OLMEDA, *Colaboración público privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

³³ Me remito a los siguientes trabajos publicados en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018: P. VALCARCEL, “La delimitación de los tipos contractuales”, pp. 431-451, F. HERNANDEZ, “Delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios”, pp. 477-516, X. LAZO, “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, pp. 517-545, J. TORNOS, “El contrato de concesión de servicios”, pp. 1447-1484 y J. LAVILLA, “Régimen jurídico de la concesión de obras”, pp. 1415-1445. También al trabajo de A. HUERGO LORAS, “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa núm. 4, nueva época, pp. 31-51. También X. LAZO, “*El contrato de concesión de servicios*”, en libro col. dirigido por E. Gamero e I. Gallego, *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2547-2612 y J. JIMÉNEZ LÓPEZ, *El contrato de concesión de obras* en libro col. dirigido por E. Gamero e I. Gallego, *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2511 y ss.

³⁴ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, REDA núm. 156, págs. 17 y ss.; y M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (comentario a las sentencia del Tribunal de justicia de la Unión europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)”, en el *Liber amicorum a Tomás Ramón Fernández. Administración y Justicia*, Thomson, Pamplona, 2012., págs. 3549 y ss. del II tomo; e ibidem, “Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)”, REDA núm. 161, 2014, pp. 37-74.

Para la correcta delimitación de estas figuras pueden citarse los trabajos de Sobre esta cuestión pueden verse los trabajos de M.A. BERNAL BLAY *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Cizur Menor, 2011; P. VALCARCEL FERNANDEZ, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 450 y ss.

Así, se incluye contrato concesión de servicios, que se caracteriza por la transferencia de un riesgo operacional³⁵. Ya no hay contrato de gestión de servicios públicos y se eliminan formalmente las figuras del concierto y de la gestión interesada (aunque la una se mantiene como contrato de servicios y la otra se engloba en el nuevo concepto de concesión). Interesa recordar que en la tipificación de una prestación como contrato de servicios o como contrato de concesión se exige, por exigencia de la jurisprudencia europea ³⁶, una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las Directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009 (Comisión/Alemania)³⁷.

³⁵ Vid. A. ROMAN BAZQUEZ, “El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario”, Revista Española de Derecho Comunitario núm. 182, 2017, pp. 445-481.

³⁶ Sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009, Wasser, 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst, y 10 de noviembre de 2011, Norma-A, SIA.

³⁷ Según esta doctrina consolidada, existirá un «contrato de servicios» en el sentido de las Directivas en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos sino de servicios, tal y como se advierte en la STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Comisión/República Irlanda). Con matices a tal calificación puede verse la STJUE de 29 de abril de 2010 (Comisión/República de Alemania). En esta Sentencia se recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, sobre los que versa el presente asunto, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del anexo A de la Directiva 92/50 o del anexo II A de la Directiva 2004/18, y en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 o del anexo II B de la Directiva 2004/18, de modo que los contratos que tienen por objeto tales servicios están sujetos a la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/50 o del artículo 22 de la Directiva 2004/18 (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel, C-76/97, Rec. p. I-5357, apartado 40). Doctrina aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2013 de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por Acuerdos 55/2013 7 37/2014, del TACPA). También por el TACRC, que en su Resolución 134/2013 de fecha 19 de septiembre de 2014 hace suya la distinción entre el riesgo propio de todo contrato y el riesgo específico de los contratos de gestión de servicios públicos que hace el TJUE en la sentencia 348/10 Norma-A y Dekom (en las Resoluciones 154 y 220/2011 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios). Este mismo criterio ha sido compartido por el órgano de recursos contractuales de Cataluña (Resoluciones 24/2013, de 28 de enero, 50/2013, de 25 de marzo y 19 de septiembre de 2013) y Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).

Se adopta el criterio del riesgo operacional (lo que no implica traspasar todo el riesgo, pero tampoco reconducirlo a la mera idea de riesgo y ventura *-locatio operis-* propia de todo contrato público) como elemento para delimitar concesión de contrato, lo que supone un cambio, pues bastará con que se transfiera el riesgo de suministro de oferta o el riesgo de suministro de demanda para que exista una concesión (criterio aplicable por igual a concesiones de obras o concesiones de servicio)³⁸. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión³⁹. Es decir, este riesgo es la posibilidad de que se pueda, en la ejecución, tener pérdidas, lo que encuentra su origen, tal y como apunta R. SAHUN PACHECO⁴⁰, en el pensamiento de en Adam Smith.

Así, dentro del riesgo demanda, como explica P. VALCARCEL, se encontrará el riesgo de crecimiento ligado a la evolución de la economía y el riesgo de competencia, lo que puede significar la existencia de ofertas más competitivas para el usuario final⁴¹. Y, como riesgo de suministro, en palabras de L. MIGUEZ

³⁸Vid. X. LAZO VITORIA, nos indica que el riesgo operacional es un riesgo económico, un riesgo ajeno al control de las partes y un riesgo sustancial (con problemas de cuantificación). “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, pp. 517-545. Ibidem, “El contrato de concesión de servicios”, en libro col. *Tratado de Contratos del Sector Público*, vol. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2579-2588. Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, *Revista de Administración Pública* núm. 194, 2014, 437-474.

³⁹ Por todos, F. HERNANDEZ, *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi, 2018 y E. LOPEZ MORA, *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, Barcelona, 2019.

⁴⁰R. SAHÚN PACHECO, *Riesgo operacional y servicio público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 29.

⁴¹ P. VALCARCEL, “La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios públicos de interés general”, en libro col. (dirs. V. Parisio, V. Aguado y B.

MACHO, habrá que entender que es “el riesgo de demanda analizado desde la perspectiva del contratista”⁴². Un riesgo, por tanto, vinculado a la construcción de la obra o implantación del servicio⁴³.

La parte de los riesgos transferidos al concesionario, que tiene que ser la más adecuada para la correcta satisfacción del interés público, debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable *“Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede*

Noguera) Servicios de Interés General, colaboración público-privada y sectores específicos, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 77/128.

⁴² L. MIGUEZ MACHO, “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el Derecho español”, libro col. núm. Especial Observatorio de los Contratos Públicos 2015: Las nuevas Directivas de contratación pública, Aranzadi, 2015, pp. 405.

⁴³ F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ considera que la falta de concreción de la Directiva 2014/23 “permite especular sobre si el riesgo de oferta debe identificarse (como todo parece indicar) con el denominado riesgo de disponibilidad; término utilizado tanto el Sistema Europeo de Cuentas Públicas como en el Proyecto de Directiva”. La construcción del contrato de concesión en el Derecho de la Unión Europea” en: Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado. Tomo III. CEPC, Madrid 2016, p. 2472.

tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario” (Considerando 20 de la Directiva de concesiones)⁴⁴.

Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre ⁴⁵. Obviamente, no resulta razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a los que existe en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)⁴⁶. Ni, en los supuestos de riesgos imposibles de predecir, que estarían en cualquier infraestructura pública gestionada mediante

⁴⁴ Para determinar la existencia, o no, de riesgo operacional, debe tenerse en cuenta los criterios del TJUE sobre este asunto. Al respecto, vid. el estudio de A. HUERGO LORAS “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa núm. 4, nueva época, 2017, pp. 31-51. Ibidem “*Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa*”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 74, 2018, pp. 20-33.

⁴⁵ Como bien ha recordado M. FUERTES, el TJUE ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes... para reconocer que no se trata de un contrato de servicio. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C-206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C-274/09. “Los riesgos del riesgo de explotación”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, p. 235.

⁴⁶ Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada (vid. X. LAZO VITORIA, “El futuro del mercado concesional en Europa” REVISTA CEFLEGAL. CEF, núm. 154 (noviembre 2013); L. MIGUEZ MACHO), “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público”, en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 181-185). Hay que, lograr, por tanto, un equilibrio en el reparto de riesgos.

contrato público ordinario, atribuírselos al concesionario⁴⁷. Como se indicaban en las conclusiones del Abogado General CRUZ VILLALON en el asunto C-348/10, *Norma y Dekom*, “**el riesgo asumido por el prestador del servicio para que nos encontremos ante una concesión no tiene por qué ser un riesgo «considerable en términos absolutos», sino únicamente una «parte significativa», al menos, del riesgo que en todo caso asumiría el propio adjudicador si prestara él mismo el servicio en cuestión**”⁴⁸.

El riesgo de explotación económica del servicio o de la obra (riesgo operacional) debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, en el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, en el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, en el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o, incluso, en el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. Así, riesgos como los vinculados a una mala gestión, o a errores de apreciación del operador económico, no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una

⁴⁷ Lo explican bien J.M. VASSALLO y M.A BAEZA, “Asignación del riesgo de demanda en concesiones de infraestructuras de transporte”, Anuario de la movilidad, 2009, p. 64.

⁴⁸ La sentencia del Tribunal Supremo 1795/2019, de 30 de mayo, rec. 207/2016, recuerda que reitera que para que exista un contrato de concesión, el contratista ha de asumir el riesgo de explotación del contrato: “en absoluto el llamado riesgo por el contratista, tiene entidad suficiente, frente al hecho de una retribución fija en función de la calidad de la prestación del servicio, calidad atribuible al contratista y no a ningún riesgo por principio externo al contratista, de explotación a su riesgo y ventura: “como se recordó en la Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2014, Recurso nº 486/2011, ninguna duda existe de que el riesgo y ventura se refiere, como dijo la Sentencia de 31 de marzo de 1987 , reiterando jurisprudencia anterior, a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes, lo que elimina lo que provenga de su propio actuar”(STS del 20 de abril de 2015, rec. nº 54/2013).

concesión de servicios⁴⁹. Pero tampoco puede olvidarse, como bien se ha indicado en la doctrina, que aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones de obras o de servicios generaría importantes problemas de funcionamiento⁵⁰. E imposibilitaría, en muchas ocasiones, garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos⁵¹. Así, resulta evidente que la correcta distribución de riesgos condiciona el funcionamiento práctico del mercado concesional. Ahora bien, como advierte P. VALCARCEL, no se oculta que una correcta identificación de los riesgos y su certero reparto entre las partes vinculadas a este tipo de concesiones es una cuestión compleja que presenta un componente más de naturaleza económico-técnica que estrictamente jurídica y cuya concreción exige realizar rigurosos y completos estudios de viabilidad en los que se ponderen una pluralidad amplia de factores de muy diversa índole, de entre los que sobresalen los aspectos económico-financieros⁵². En consecuencia, las

⁴⁹ Sin riesgo no hay concesión. Lo exponía muy bien F. J. VILLAR ROJAS en su trabajo: “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *RAP* núm. 172, 2007, al analizar esta técnica en el ámbito sanitario y de los servicios sociales: “*En resumen, el precio del contrato lo paga la Administración con recursos públicos presupuestarios, si bien diferido en el tiempo. La inversión se encuentra garantizada, por mucho que se encuentre escondida en el precio total. No existe mercado de usuarios pues la población a atender se encuentra asegurada*” (p. 172).

⁵⁰ Como ha advertido la Comisión Europea en la Comunicación “*Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)*” (Bruselas, 19.11.2009, COM (2009) 615 final), “para que la colaboración público-privada tenga éxito debe concebirse de forma que permita a los socios privados el potencial de generar unos beneficios proporcionales a los riesgos que asumen”. En estos términos se expresa (p. 13). En la doctrina científica se insiste en esta idea. Por todos, A. RUIZ OJEDA, *La concesión de obra pública*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 469-549; P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *Ejecución y financiación de obras públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 381-420; F. VILLALBA PÉREZ, “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma* (REALA), núm. 2, 2014, pp. 14-15, y F. HERNANDEZ GONZALEZ, “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, *ob. cit.*, pp. 189-190.

⁵¹ “Situación desalentadora” es, como califica M. A. BERNAL BLAY, las consecuencias de la severidad en su exigencia (*El contrato de concesión de obras públicas...*, *ob. cit.*, p. 272).

⁵² P. VALCARCEL, “*Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro*”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de*

ofertas a pérdidas en modelos concesionales alteran toda la planificación financiera del mismo, comprometiendo el interés general. Por ello resulta una práctica ajena a la correcta aplicación de los principios de la contratación pública.

En definitiva, **el riesgo -aun limitado- es el elemento esencial en toda fórmula de colaboración público privada, por lo que un riesgo desproporcionado como consecuencia de ofertas a pérdidas no puede ser aceptable⁵³**. En modo alguno puede justificar tal estrategia la libertad de empresa (art. 38 CE) o el principio de libre competencia europeo, pues éste último exige que se trate de una **competencia practicable y no absoluta, en el mercado con el objetivo de, mediante una adecuada tensión competitiva, conseguir mejor eficiencia y calidad**

Derecho, núm. 74, 2018, pp. 52-61. La asignación al sector privado de un nivel de riesgo escaso puede contribuir a que se apueste por la realización de proyectos con poca o nula rentabilidad social, los conocidos como “elefantes blancos”. J.J. GANUZA FERNÁNDEZ, y F. GÓMEZ AVILÉS-CASCO advierten que los proyectos públicos innecesarios y faraónicos, que lamentablemente la experiencia ha evidenciado demasiado frecuentes, reciben el nombre de “elefantes blancos” porque “antiguamente, los reyes de Siam, cuando no tenían demasiado aprecio por un súbdito le regalaban un elefante blanco. Como los elefantes blancos eran sagrados en la antigua Tailandia, el regalo no se podía rechazar y el súbdito estaba obligado a alimentar al elefante blanco y permitir que el pueblo acudiese a venerarle, lo que muchas veces terminaba arruinando al presunto beneficiario del favor real”. “El reparto óptimo de riesgos en las relaciones público-privadas”, en *Economía industrial* núm. 398, 2015, pp. 111-115.

⁵³ La eliminación del tipo de contrato de gestión de servicios públicos no implica una involución desde la perspectiva de la mejor prestación de los servicios de interés general, pues en modo alguno se diluye el “régimen de servicio público”, dado que las notas propias de regularidad, continuidad y equidad se pueden incluir tanto en el tipo de contrato de servicios como de concesión de servicios. Así lo explica, aun criticando la supresión de la categoría, J.C. LAGUNA DE PAZ, “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de Administración Pública*, 204, 2017, 41-68. No comparto, por ello, la crítica a esta opción de transposición formulada por el profesor J.L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ en su estudio “Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)”, *Revista de Administración Pública* núm.202, 2017, pp. 13-41. El modelo propuesto preserva las notas de garantía, continuidad y calidad de los servicios públicos, y la homogeneidad de tipo, en un contexto globalizado de la contratación pública, favorece una mejor interpretación y aplicación de los principios europeos de la contratación pública.

de los resultados de las distintas actividades económicas⁵⁴. Por ello existen claras limitaciones a las prácticas de precios predatorios⁵⁵.

Además, el riesgo transferido, con la TIR propuesta, son elementos *sine qua non* para determinar el plazo de la concesión (y que se vincula a las tarifas). **Plazo que es un elemento esencial en tanto condiciona la misma existencia de riesgo operacional.** Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de que “la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos” (artículo 18). Este plazo se explica, en el considerando 52 de la Directiva, de la siguiente manera: “*La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones*

⁵⁴ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea han sostenido que el sistema económico de la Unión Europea no se inspira en un sistema de competencia perfecta, al modo del liberalismo económico del siglo XIX, sino que, por el contrario, acuden a una noción de competencia practicable, posible y efectiva, como se puede comprobar en la conocida sentencia *Metro/Saba*, de 25 de octubre de 1977 (Asunto 26/1976).

⁵⁵ A la hora de valorar el sacrificio al que voluntariamente se somete el licitador predatorio, la autoridad de defensa de la competencia acude al modelo *AKZO/TetraPark* (STJUE de 3 de julio de 1991) y sus variantes, por el que se tiene como referencia la relación del precio con los costes medios evitables, costes variables (medios o totales) o con los costes incrementales medios a largo plazo

realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”.

El plazo concesiones es un elemento claramente vinculado al riesgo operacional, de tal manera que queda vinculado al plazo necesario de retorno de las inversiones (como plazo ordinario, se fija el de cinco años que exige la Directiva de concesiones) ⁵⁶. Es decir, no hay discrecionalidad en la decisión del plazo concesional de tal manera que los plazos máximos que ofrece la LCSP no son de directa aplicación. El plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues -además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del artículo 107 TFUE- puede implicar una retribución indebida (en más)⁵⁷. Asimismo, como ha recordado la Comisión Nacional de

⁵⁶ Los plazos son, lógicamente, importantes, y deben ser cumplidos. Solo así se da estabilidad jurídica a un modelo donde los “riesgos” se penalizan con financiación más costosa (o ausencia de financiación, que impide abordar ciertos proyectos de indudable interés general).

⁵⁷ Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de que “la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable

Mercados y la Competencia, *“El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el período de vigencia del contrato pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no necesiten llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación”*⁵⁸.

Por ello, una oferta en pérdidas obligaría también a ajustar el plazo

para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos” (artículo 18). Este plazo se explica, en el considerando 52 de la Directiva, de la siguiente manera: *“La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”*.

⁵⁸ Informe de 16 de julio de 2015 de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia. IPN/CNMC/010/15: Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (p.40). Y añade *“las previsiones normativas en materia de plazos contractuales se han de concebir como plazos máximos, que no deben ser agotados necesariamente”* (p. 41).

concesional, incrementando el riesgo de incumplimiento de la causa del negocio jurídico. Y dado que la opción de contrato o concesión debe estar debidamente justificada, no solo desde la óptica presupuestaria, sino, principalmente, desde la lógica de la mejor ejecución de la prestación combinando los elementos de construcción/instalación y explotación de la obra o servicio **resulta evidente que la opción de ofertas a pérdidas son jurídicamente inviables al “erosionar los cimientos” de la arquitectura concesional**⁵⁹.

Asimismo, no puede olvidarse que en la mayoría de las concesiones de servicio el poder adjudicador utilizará el modelo de tarifa como retribución. Tarifa que debe cubrir los costes de prestación del servicio e incluir un razonable beneficio industrial, tal y como destaca J.C. LAGUNA DE PAZ⁶⁰. Por ello el propio pliego debería incluir como previsión o regla expresa que no se admitirán ofertas a pérdidas o precios predatorios, pues se compromete el correcto cumplimiento de los fines de la concesión.

La arquitectura del modelo concesional se vincula a una correcta transferencia de riesgos, pero, por supuesto, asegurando la correcta prestación del negocio concesional, centrando la atención en la eficaz ejecución. Por ello, una eventual estrategia de ofertas de explotación económica a pérdidas en una concesión, más allá de lo que luego se explicará en relación a la anormalidad de ofertas, puede considerarse un incumplimiento del elemento esencial del negocio concesional, al poner en riesgo -no asumible- el modelo de riesgos, lo que obligaría al poder adjudicador, en una interpretación funcional del contrato, a rechazar dicha estrategia de oferta. Oferta “insubsanable” y que no podrá

⁵⁹ Sobre esta cuestión se ha preocupado la literatura económica. Por todos me remito al trabajo de D. DARDIROT y J. POUYET, “Built or not: normative and theorie of private-public partnerships”, *Journal of Economic Literature*, 12 de septiembre de 2006.

⁶⁰ LAGUNA DE PAZ, José Carlos, “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017, p. 56.

adecuarse mediante la técnica del reequilibrio del contrato, al no cumplirse los estrictos requisitos que la habilitarían en tanto no existiría ruptura del principio de equivalencia pactado⁶¹.

No puede olvidarse, en relación a la conclusión expuesta, que los modelos concesionales se vinculan de forma muy directa a la forma de prestación de los servicios públicos ⁶², es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad⁶³. Es decir, **debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión y, por ello, un modelo de riesgos con ofertas a pérdidas no resulta admisible⁶⁴**.

Ni, por supuesto, justificaría una eventual solicitud de reequilibrio económico, dado que nunca se cumplirían los requisitos para el mismo⁶⁵.

⁶¹ No procede extenderse más al respecto. Sobre las exigencias de esta técnica me remito a J.M. GIMENO FELIU, *“Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”*, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, 2016, Cizur Menor, pp. 31-138.

⁶² Concepto de servicio público de difícil delimitación conceptual, como ya ha advertido la STC 127/1994, de 5 de mayo, al afirmar que “la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina jurídica -con detractores y valedores-, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas”.

⁶³ El contrato público y la concesión son herramientas para la mejor satisfacción de necesidades de la ciudadanía, por lo que hay que preservar una gestión pública que preserve la idea del necesario equilibrio jurídico entre lo público y lo privado y la seguridad jurídica de las inversiones. Al respecto, *in totum*, me remito al estudio de J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017.

⁶⁴ Sobre el significado de la nueva regulación europea de la colaboración público-privada me remito al libro *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego* (F. CAAMAÑO, J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS), ob.cit, pp. 57-83. También J.M. GIMENO FELIU, *“El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”*, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 74, 2018, pp. 4-13.

⁶⁵ No procede insistir. La técnica de **reequilibrio financiero de la concesión tiene por finalidad preservar la equivalencia de lo pactado** (ese equilibrio se explicita en nuestro ordenamiento como un deber de la Administración concedente y un derecho del concesionario). Por ello, cuando existe una actuación susceptible de ser calificada de

TERCERA.- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA ÓPTICA DE LA CALIDAD DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS CAUSA DE LOS MODELOS CONCESIONALES.

La LCSP incorpora, en la nueva lógica estratégica, como **nuevo paradigma la calidad**⁶⁶. Esta perspectiva cualitativa de la prestación y del contrato se integra, por ejemplo, con la finalidad exigida por nuestra LCSP 2017, de que objetivos sociales, ambientales o de investigación, sean un elemento intrínseco y de especial valor, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales. La

factum principis (derivada de actuación de la propia Administración) puede proceder el reequilibrio. 6. La técnica del reequilibrio financiero del contrato, que no es de libre disposición al arbitrio de las partes, permite «ajustar» la retribución del contrato en el contexto de la oferta inicial, sin que ello suponga modificar el contenido del contrato en el sentido de ejercicio del *ius variandi*, lo que sucedería si se incluyeran como costes cuestiones distintas a las ofertadas y que debieran ser asumidas como riesgo del concesionario. En consecuencia, hay que permitir el reequilibrio cuando se comprueba que existe una mayor onerosidad sobrevenida (STS de 15 de noviembre de 1986). Esto es así desde la lógica de los principios de equidad y buena fe –SSTS de 27 de octubre de 2009 y de 17 de mayo de 2012–, porque cuando existen hechos imprevisibles que, aun con una buena gestión empresarial, alteran la regla natural del reparto de riesgos, se rompe la causa del contrato original, lo que obliga al necesario reequilibrio de las condiciones pactadas. Y nada de esto sucede en las ofertas a pérdidas, donde la estrategia de la empresa no puede luego ser “corregida” pues se falsearían todos los principios de la contratación pública.

⁶⁶ La justificación de esta nueva visión de la contratación pública obliga a repensar la política de contratación pública, que debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir vía contrato público y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un principio irrenunciable de la decisión a adoptar. 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. Vid. J.M. GIMENO FELIU, 25. *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019, pp. 102-112.

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)⁶⁷. **El principio de eficiencia, como ya hemos señalado en el apartado anterior, 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**⁶⁸. 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). Interesa, a estos efectos, recordar que desde el Derecho europeo de la contratación pública el precio no parece el elemento esencial para su configuración como contrato público.

El artículo 2.1.5) de la Directiva 2014/24/EU establece que son “*contratos públicos: los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios*”⁶⁹. Esto explica, por lo demás, que las escasas referencias que contienen las Directivas europeas al precio de los contratos públicos se realizan para precisar otras

⁶⁷ J.M. GIMENO FELIU, “La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 159, 2019, pp. 14-19. También J. VÁZQUEZ MATILLA, “El concepto de mejor relación calidad precio. La imposibilidad de que el precio sea el factor determinante”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 157, 2018.

⁶⁸ Sigue este orden de ideas R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en *Tratado de Contratos del Sector Público*, E. Gamero casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1402 y ss.

⁶⁹ Y es necesaria una interpretación también funcional. La STJUE de 18 de octubre de 2018, asunto C-606/17, indica que un acuerdo por el que un operador económico se compromete a elaborar y suministrar un producto a diferentes administraciones como contrapartida de una financiación destinada íntegramente a la consecución de este objetivo, debe ser considerado un contrato «oneroso» en el sentido de las directivas sobre contratación pública.

cuestiones que tienen que ver con el respecto de los principios de publicidad, transparencia y competencia, a los efectos de consagrar un auténtico mercado interior de la contratación pública o para reconocer que el precio es un elemento que puede formar parte de los criterios de adjudicación de los contratos públicos. Que el Derecho de la Unión europea no haya prestado especial atención a la regulación del precio de los contratos públicos se explica si atendemos a que la finalidad de las Directivas de contratación pública no es regular de forma “completa” todos los contratos públicos. El legislador europeo pretende regular únicamente aquellas cuestiones que considera trascendentes en orden a promover y fomentar la creación del mercado interior de la contratación pública, pero con respeto a otros intereses sectoriales. Y es que, el precio, *per se*, no es un elemento esencial del contrato público y que en mercados regulados -como sucede, por ejemplo, con el del medicamentos- podría incluso ser sustituido por el de rentabilidad y decidir la adjudicación con otros criterios como plazos, seguimiento, etc. Interesan estas precisiones en tanto puede ayudar a determinar cual es el “*valor de los distintos bienes jurídicos en juego*”, pues la calidad de la prestación es la causa del negocio jurídico y el precio un instrumento para conseguir tal finalidad⁷⁰.

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

⁷⁰ Interesa destacar, no obstante, que este precio no es en todo caso una retribución económica en metálico, sino que, a efectos de la necesaria onerosidad de un contrato público, 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. J.C. GÓMEZ GUZMÁN, *La determinación del precio en los contratos públicos con base en el coste*, La Ley, 2018.

lo que es la oferta del licitador que, en todo caso, debe ser un precio de mercado (lo que impide por sí ofertas a pérdidas)⁷¹. El artículo 102 LCSP es claro. Así, el apartado 3 indica que “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 base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados**”⁷².(negrita nuestra). De lo que se infiere que lo que no sea precio de mercado (y menos si es “contra el mercado”), no resulta jurídicamente admisible. La competencia propia de la contratación pública pretende tensionar, dentro de unos márgenes, el mercado (lo que sería la flexibilidad), pero la oferta a pérdidas supone “romper la goma” del fin del procedimiento licitatorio pues va más allá del núcleo del concepto de riesgo operacional (luego se desarrollará), pues no resulta razonable

⁷¹ Por ello no resultan correctas las ofertas “a cero”. En concreto, las ofertas con precio cero vulneran «el principio de competencia leal y de concurrencia en igualdad de condiciones (al forzar posiciones de renuncia a beneficios que solo pueden ser soportadas por grandes operadores económicos), el principio de equivalencia objetiva de las prestaciones en el contrato público oneroso, potenciando por la propia Administración contratante la desvirtuación de elementos básicos de la contratación pública como la correcta consideración de la oferta anormalmente baja y las dificultades para considerar las modificaciones contractuales. Deberá concluirse, por fin, que las mejoras gratuitas han de ser consideradas ilegales por afectar directamente al principio de igualdad de trato de los licitadores y al de competencia leal», F. BLANCO LÓPEZ, “Las mejoras gratuitas o sin coste en el contrato público”, *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 141, Sección Reflexiones, Wolters Kluwer, Enero 2016.

⁷² Véase el trabajo de T. MORENO MARROIG, (2018), “Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato”, en E. Gamero Casado y I. Gallego Córcoles (Dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (págs. 760 y 779) que indica que dejar constancia en el PCAP o en documento anexo de los costes que se presume deberá asumir el contratista para llevar a cabo la prestación podría acabar con la mala práctica de ajustar sus ofertas al límite presupuestario y puede poner fin a procedimientos de licitación con presupuestos inferiores al coste de la prestación. En este sentido, añade la autora, que la estimación correcta del precio y por ende del presupuesto de licitación y del valor estimado debe quedar acreditado en el expediente mediante un Informe en el que se analicen los diferentes costes inherentes al contrato -sin olvidar que en el caso de que el coste principal para la realización de la prestación sea la retribución del personal el convenio colectivo de aplicación-, los gastos generales, el beneficio industrial y, por supuesto, las exigencias de la prestación o el bien a suministrar.

exigir a la autoridad pública concedente aceptar ofertas más allá de la lógica del modelo “ordinario” de reparto de riesgos⁷³.

Además, la exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de toda colaboración público privada como nuevo eje decisional (lo que impide ofertas a pérdidas) 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 concesionales deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. **La calidad de la prestación debe ser, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto modelo o fórmula concesional en aras a la satisfacción óptima de la eficiencia social (así debe entenderse las previsiones y principios del artículo 1.3 LCSP)**⁷⁴.

La calidad de la prestación es, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público⁷⁵. 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**

⁷³ Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada (vid. X. LAZO VITORIA, “El futuro del mercado concesional en Europa” REVISTA CEFLEGAL. CEF, núm. 154 (noviembre 2013); L. MIGUEZ MACHO), “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público”, en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 181-185).

⁷⁴ Vid. J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 24..

⁷⁵ Interesa destacar ya en este momento la importancia de la planificación, tanto de necesidades como de desarrollo del procedimiento de contratación. Al respecto, vid. J. GONZALEZ GARCIA, “Ley de Contratos del Sector Público y Entidades Locales: la exigencia de planificación de la contratación”, Cuadernos de Derecho Local núm. 48, 2018, pp. 247-264.

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 distinta⁷⁶.

Por supuesto la calidad debe servir para la “discriminación de ofertas”, y generar una adecuada tensión competitiva, tanto a nivel de fijar una solvencia empresarial adecuada como de fijar los criterios de adjudicación. Las Directivas europeas de contratación pública afirman que la oferta económicamente más ventajosa 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 trate⁷⁷. Se utiliza, por tanto, el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la oferta más ventajosa. El cambio es de gran relevancia y explica que la nueva regulación del artículo 146 LCSP ya no incluya el concepto precio como concepto principal sino el de costes o rentabilidad, así como que se ponga en valor los servicios intelectuales (opción reclamada desde los servicios de ingeniería y arquitectura). Así, existe una doble distinción de criterios: Criterios relacionados con coste (se incluye mejor relación coste-eficacia) y criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio. La regulación de la anormalidad de oferta (artículo 149 LCSP)

⁷⁶ Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).

⁷⁷ 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 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».

permite, además, poner en valor la calidad de la prestación (y evitar la precarización de las condiciones laborales).

En definitiva, el marco normativo de la contratación ha optado por incorporar a la calidad como un nuevo paradigma que debe ser objeto de adecuada valoración (incluso promueve la adquisición de la innovación en ese convencimiento de que la mejora permanente en la satisfacción de interés público es esencial en la propia justificación institucional de los poderes públicos).

La calidad de la prestación, desde una perspectiva transversal, explica la exigencia de tener en cuenta en las licitaciones el ciclo de vida, que abarca todas las etapas 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 o la finalización⁷⁸. Los costes que deben tenerse en cuenta no incluyen solo los gastos monetarios directos, sino también los costes medioambientales externos, si pueden cuantificarse en términos monetarios y verificarse. En los casos en que se haya elaborado un método común de la Unión Europea para el cálculo de los costes del ciclo de vida, los poderes adjudicadores deben estar obligados a utilizarlo. Y puede ser un elemento clave para determinar una anomalía de la oferta⁷⁹.

⁷⁸ Sobre el criterio ciclo de vida Vid. M.R. DELGADO FERNÁNDEZ, “El cálculo del coste de ciclo de vida en la contratación administrativa” *Gabilex* núm. 7, 2016, pp. 116-152. Esta autora advierte que la introducción de un criterio de coste del ciclo de vida demasiado exhaustivo podría incrementar en demasía los costes presupuestarios, encareciendo el procedimiento y limitando la concurrencia al mismo. Es preciso que no valoren los criterios doblemente, como criterio de valoración y asimismo como cálculo del CCV, del mismo modo que la introducción de estos criterios podría provocar una acentuación de la dificultad del procedimiento, pudiendo generarse incluso procedimientos desiertos. Para evitar lo anterior, es preciso que se desarrolle un estudio previo exhaustivo, tanto a nivel presupuestario de la entidad como respecto al mercado, pudiendo incluso acudir a consultas al mercado.

⁷⁹ Vid. M. ALBA PACHECO, “Las ofertas anormalmente bajas: especial referencia a los criterios medioambientales”, en *Compra Pública Verde*, Lazo Victoria (dir.), Atelier, 2018, Barcelona, pp. 145-161.

En consecuencia, los poderes adjudicadores podrán hacer referencia a todos los factores directamente vinculados al proceso de producción en las especificaciones técnicas y en los criterios de adjudicación, siempre que se refieran a aspectos del proceso de producción que estén estrechamente relacionados con la producción de bienes o la prestación de servicios en cuestión⁸⁰. Esto excluye los requisitos no relacionados con el proceso de producción de los productos, las obras o los servicios a los que se refiera la contratación, como los requisitos generales de responsabilidad social corporativa que afectan a toda la actividad del contratista (en tanto son criterios de solvencia)⁸¹.

Por otra parte, frente a una incorrecta lectura del principio constitucional de eficiencia, hay que insistir en la exigencia de hacerse equivaler al estándar de calidad más adecuado para la prestación del servicio, en línea de con una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Calidad y eficiencia están estrechamente relacionadas entre sí y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental⁸². Por ello, hay que recordar que la experiencia nos presenta que gran parte de las críticas al modelo de concesión tiene su origen en la ausencia de información suficiente y de adecuada rendición de cuentas (*uncountability*⁸³). Para abordar esta problemática, ya “institucionalizada”, debe replantearse la regulación y práctica de la contratación pública desde la lógica del principio de transparencia en todas las fases del

⁸⁰ Como advierte R. GALAN VIOQUE resulta imprescindible encontrar «un punto de equilibrio entre las exigencias de la contratación pública basadas en los principios de publicidad y libre concurrencia y la preocupación por el medio ambiente». *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018, p. 282.

⁸¹ Conviene advertir, en todo caso, que la valoración de la calidad, como criterio de adjudicación no está necesariamente vinculada a su valoración conforme a criterios de juicio de valor (discrecionales) y puede ser objeto de valoración mediante criterios reglados o automáticos.

⁸² Vid. “50 criterios de calidad y excelencia en la contratación pública”, accesible en <http://www.agoraceg.org/banco-conocimiento/50-criterios-de-calidad-y-excelencia-para-la-prestacion-del-servicio-que-aportan->.

⁸³ Como bien advierte F. CAAMAÑO, en el libro colectivo *Servicios Públicos e ideología*, ob. cit., p. 28.

contrato⁸⁴. Por el contrario, una gestión transparente de las concesiones (en el fondo de todo contrato público), como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada⁸⁵. Así, la nueva gobernanza de las colaboraciones público privadas exige el diseño de un sistema eficaz de transparencia sobre el cumplimiento, la calidad, la retribución y las incidencias detectadas. **Y en este contexto resulta obvio que las ofertas a pérdidas, con finalidad alejada de la causa del propio modelo de colaboración público-privada, no encuentran ningún tipo de justificación legal, por comprometer el interés público y los principios del derecho de la competencia⁸⁶.**

Asimismo, como recuerda Patricia IGLESIAS, la LCSP incorpora una serie de medidas en materia de defensa de la competencia que tienen como finalidad última

⁸⁴La importancia de la transparencia en la contratación pública ha constituido uno de los ámbitos de preocupación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) quien ha llevado adelante activamente un programa de trabajo sobre el tema de la transparencia de la contratación pública. Véase al respecto http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/brief_s/brief14_s.htm (última visita: septiembre de 2012). Sobre las “posibilidades” de este principio de transparencia (que no es formal) me remito a mi trabajo (2014): “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 27-80. Principio de publicidad (y competencia) que ya habían sido recogidos en nuestra primitiva legislación de contratación administrativa, (Real Decreto de 27 de febrero de 1852, relativo a los contratos de servicios públicos), como bien explica BASSOLS COMA, M. (1995), “Evolución de la legislación sobre contratación administrativa”, en PENDAS B. (coord.), *Derecho de los contratos públicos*, Práxis, Madrid, pp. 25 y ss.

⁸⁵ El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; **señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de “autocorrección” a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes.** (negrita nuestra).

⁸⁶ Por todos, A. MIÑO LOPEZ, *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

la prevención de distorsiones competitivas en la contratación pública. Y su función estratégica, en la que, según declaraciones de la CNMC, confluyen circunstancias que la convierten en un área relativamente más proclive a la existencia de prácticas anticompetitivas.

De este modo, uno de los pretendidos motivos de la reforma es la prevención de distorsiones competitivas. Así, los artículos 1 y 132 de la LCSP establecen la eficiente utilización de los fondos públicos a través de la salvaguarda de la libre competencia como uno de los principios informadores de la Ley, al que debe sujetarse imperativamente la contratación pública.

Para lograr este fin de salvaguarda de la libre competencia, la LCSP ha incorporado distintas medidas orientadas a disminuir la probabilidad de aparición de conductas anticompetitivas en la contratación pública. La inclusión en la LCSP de medidas concretas destinadas a lograr avances efectivos en materia de defensa de la competencia resulta adecuado, a juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la medida en que en *«la contratación pública confluyen circunstancias que la convierten, inherentemente, en un área relativamente más proclive a la existencia de prácticas irregulares desde el punto de vista de la competencia que perjudican, si no se corrigen, a la Administración Pública, a los potenciales competidores y, en último término, a los ciudadanos y contribuyentes»*⁸⁷.

En concreto interesa recordar la previsión del artículo 132.3 LCSP, que desarrolla la previsión de la Directiva de contratación pública de 2014:

“3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso,

⁸⁷ Informe sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de actualidad 107, de 16 de julio de 2015, pág. 8). Los motivos en los que sustenta dicha afirmación son las elevadas barreras de entrada, tanto internacionales como de dispersión y complejidad del sistema legal, multiplicidad de órganos de contratación o heterogeneidad de procedimientos previstos.

los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.
(negrita nuestra)

Corresponde al órgano de contratación velar porque no se falsea la competencia en el procedimiento. Así, cuando constate que una oferta a pérdidas pone en riesgo la competencia podrá considerarse que se trata una oferta anormal o desproporcionada y excluir a dicha empresa⁸⁸.

CUARTA. EL PRECIO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: BAJAS ANORMALES Y LOS LIMITES DE LAS OFERTAS A PÉRDIDAS

Aunque ya se ha explicado porque, desde la perspectiva dogmática derivada del propio modelo concesional no puede aceptarse la opción de ofertas a pérdidas en tanto “dañan” el interés general vinculado a la correcta eficacia, se puede abundar en esta conclusión negativa desde la óptica propia de la

⁸⁸ A diferencia de los supuestos de acuerdos colusorios, donde la LCSP prevé que debe haber un informe preceptivo de la CNMC (arts. 69.2 y 150.1 en relación a posibles acuerdos colusorios en la constitución de UTEs) en las conductas de ofertas a pérdidas, que son obviamente anormales, corresponde al órgano de contratación, de forma motivada, tomar la decisión que corresponda para velar por el correcto funcionamiento del procedimiento que, insistimos, se vincula al correcto cumplimiento de los fines públicos vinculados a la correcta prestación.

contratación pública de la anormalidad de ofertas (que en el caso de ofertas a pérdidas bien pueden calificarse de “temerarias”).

a) El precio en la contratación pública: eficiencia y correcto cumplimiento como límites a las ofertas

Las ofertas económicas en procedimientos licitadores se formulan desde la lógica de conseguir el mejor precio de mercado (lo que no hay que confundir con el precio más bajo). Por ello, cuando se pone en cuestión el propio mercado, máxime si se puede erosionar indebidamente el mejor cumplimiento del interés general, la propia justificación de la correcta aplicación de los principios de la contratación pública, obligan a negar la viabilidad jurídica de ofertas a pérdidas.

Debe destacarse que en el Derecho europeo de la contratación pública el precio no parece ser el elemento esencial para la configuración de un contrato público. En el artículo 2.1.5) de la Directiva 2014/24/EU se establece que son *“contratos públicos: los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”*. Esto explica que las escasas referencias que contienen las Directivas europeas al precio de los contratos públicos se realicen para precisar otras cuestiones que tienen que ver con el respeto de los principios de publicidad, transparencia y competencia, a los efectos de consagrar un auténtico mercado interior de la contratación pública o para reconocer que el precio es un elemento que puede formar parte de los criterios de adjudicación de los contratos públicos.

Que el Derecho de la Unión Europea no haya prestado especial atención a la regulación del precio de los contratos públicos se explica si tenemos en cuenta que la finalidad de las Directivas de contratación pública no es regular de forma acabada los contratos públicos. Por el contrario, el legislador comunitario pretende regular únicamente aquellas cuestiones que considera relevantes para promover la creación del mercado interior de la contratación pública, pero con respeto a otros

intereses sectoriales. En consecuencia, **desde la perspectiva del Derecho comunitario el precio *per se* no es un elemento esencial del contrato público y en mercados regulados podría incluso ser sustituido en ese papel por el de rentabilidad y decidir la adjudicación con base en otros criterios como plazos de entrega, seguimiento de los resultados u otros.** Estas precisiones pueden ayudar a determinar cuál es el **“valor de los distintos bienes jurídicos en juego”**, pues una prestación de calidad es la causa del negocio jurídico y el precio sólo un instrumento para conseguir tal finalidad.⁸⁹ Por otra parte, insistimos, sin un claro parámetro de calidad como elemento de homogeneización de las prestaciones a adquirir se rompe la regla esencial de adecuada comparabilidad, quebrando el principio de igualdad de trato.⁹⁰

La política pública de ofertas de gestión en los modelos concesionales tiene un marcado carácter instrumental, en tanto se encuentra directamente vinculada a la mejor calidad de la prestación asistencial a los ciudadanos inherente de forma mayoritaria en este tipo de contratos. De tal manera que cualquier interpretación del marco normativo debe encontrarse debidamente alineada con este derecho, evitando distorsiones que lo pongan en riesgo.

b) La anormalidad de ofertas: su función de proteger el interés público

El artículo 41 de la Directiva de concesiones indica que **“la adjudicación de las concesiones deberá efectuarse basándose en criterios objetivos que cumplan los principios establecidos en el artículo 3 y que garanticen la *evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva tales que se pueda determinar la***

⁸⁹ Interesa destacar, no obstante, que este precio no es en todo caso una retribución económica en metálico, sino que, a efectos de la necesaria onerosidad de un contrato público, 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. Juan Carlos GÓMEZ GUZMÁN, *La determinación del precio en los contratos públicos con base en el coste*, La Ley, 2018.

⁹⁰ J.M. GIMENO FELIU, 2019, ob. cit., pp. 327-328.

ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora”.(*negrita nuestra*). A proteger el interés del contrato evitando ofertas económicas que puedan ser “temerarias” la legislación contractual ha utilizado la técnica de la anormalidad de ofertas. Se trata de una regulación tradicional donde ahora interesa destacar el importante cambio normativo en lo relativo a la declaración (y fundamento) de **anormalidad o desproporción de las ofertas**⁹¹. Pues bien la nueva regulación que contiene la Directiva europea viene a alterar la práctica habitual de esta técnica con una regulación que va a limitar su ejercicio⁹². Su regulación se encuentra en el artículo 69. Con la nueva regulación (que elimina la previsión que se contenía en el proyecto de limitar esta técnica, al menos a cinco ofertas admitidas y que las diferencias sean de un veinte por ciento con la segunda o de un cincuenta global), se podrá excluir, desde la lógica de la proporcionalidad, a las ofertas que resulten anormalmente bajas o desproporcionadas (como lo serán de forma indubitada las ofertas en pérdidas o de “precios predatorios”).

Y para constatar la adecuación se determinan en el artículo 69.3 los siguientes criterios:

- a) el ahorro que permite el método de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;
- b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;

⁹¹ Esta técnica de fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece que «...En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato».

⁹² Sobre esta técnica, por todos, dado su interés práctico, pueden consultarse los trabajos M.A. NARVAEZ JUSDADO, “El precio del contrato y la apreciación de las ofertas anormales” y de F.BLANCO LOPEZ, “La oferta anormalmente baja en la contratación pública. La oferta inaceptable”, en núm. Monográfico *Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local*, en Revista Estudios Locales núm. 161, 2013, pp. 353-378 y 379-406, respectivamente.

c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;

d) el cumplimiento, al menos de forma equivalente, de las obligaciones establecidas en el artículo 18.2 (principios) y 71 (subcontratación) de la Directiva;

e) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador⁹³.

Se trata, en definitiva, de conseguir el equilibrio entre precio y calidad, evitando proposiciones alejadas del precio de mercado que pueden comprometer la correcta ejecución. Pero además, y esto resulta relevante, de la previsión de la Directiva (artículo 69.2,) se deduce fácilmente que el legislador europeo en todos los criterios enunciados trata de fomentar una sana competencia a través de mejoras de la competitividad y de la capacidad de innovación de la empresa ofertas y no precisamente a trabajar a “pérdidas”⁹⁴. Por ello el TJUE ha considerado anormal la oferta que no incluye la totalidad de los costes inducidos por los aspectos técnicos de la oferta seleccionada (sentencia de 15 de octubre de 2013, European Dynamics Belgium y otros/EMA, T-638/11, EU:T:2013:530, apartado 68), que es lo que sucede con una oferta a pérdidas. **No parece, como recuerda F. CASTILLO BLANCO, que en los contenidos en la Directiva se encuentre el de “trabajar a pérdidas”. Estratégico podrá serlo para los proponentes agresivos, pero mucho más complejo resulta llegar a esa conclusión cuando el parámetro es el interés público y las consideraciones derivadas de la contratación pública estratégica.**

Por ello, la primera conclusión de esta técnica de anormalidad de ofertas (vinculada al fin de preservar el interés público de la prestación contractual) es la

⁹³ El considerando 103 de la citada Directiva de contratación pública añade, asimismo, que cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador debe estar facultado para rechazar la oferta, puesto que las ofertas que resulten anormalmente bajas podrían estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico.

⁹⁴ Así lo resalta F. CASTILLO BLANCO, “Las ofertas anormalmente bajas: a propósito de los costes generales y el beneficio industria”, Revista de Administración Pública núm. 212, 2020, pp. 347-374.

ausencia de libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, exigiéndose un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa —lógicamente— por la normativa.

En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad conforme a las exigencias de cumplimiento eficaz de la prestación y cobertura de los costes del contrato/concesión. Para ello se impone la necesidad de un procedimiento de verificación contradictoria (por todas, baste señalar la [Sentencia del TJUE de 28 de enero de 2016 \(T-570/2013\)](#), con el fin de comprobar, por el órgano de contratación, la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio⁹⁵. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones⁹⁶.

⁹⁵ Entre otras, la Sentencia 27 de noviembre de 2001 *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni*), ya advertía que, al margen del importe del contrato, la calificación de una oferta como anormalmente baja es presunta y se requiere siempre, en todo caso, solicitar del o de los empresarios afectados una justificación o defensa de las razones que han llevado a presentar una proposición que es considerada desproporcionada o anormal, requiriéndose el asesoramiento del servicio técnico correspondiente.

⁹⁶ El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al igual que otros órganos de recursos contractuales, tiene sentada una abundante doctrina sobre los fundamentos de la baja anormal o desproporcionada, (entre otros, Acuerdo 14/2011, 4/2013, 5/2013 y 8/2013), de la que deben extraerse dos conclusiones principales. En primer lugar que cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deben servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y, en segundo lugar, que la finalidad de esta apreciación es determinar «que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados».

La regulación de la anormalidad de oferta en la normativa española debe, obviamente, interpretarse en clave europea. Así, de la regulación del artículo 149 LCSP, cuya previsión debe figurar en todo caso en los pliegos, se deduce que una anormalidad de oferta (especialmente en modelos concesionales) obliga a determinar de forma correcta, y pensando en el cumplimiento correcto, la viabilidad global de la misma. Anormalidad que supone en todo caso una presunción que debe decidirse posteriormente sobre el criterio de riesgo de incorrecta ejecución de la prestación del contrato. Se exige, pues, de un debate contradictorio a fin de que el licitador pueda probar que su oferta es viable, quedan cubiertos todos los costes y no se pone en riesgo el cumplimiento del interés público causa del negocio jurídico, así como que se garantiza una “sana competencia” entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, *SAG EV Slovensko a.s.*)⁹⁷.

Esta cuestión de la anormalidad y su regulación ha sido analizada por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales -sobre el mecanismo, función y desarrollo del concepto de oferta anormal o desproporcionada pueden consultarse las Resoluciones núm. 240 y 242 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) de 16 de noviembre de 2011- donde se aprecia una evidente evolución interpretativa. Inicialmente, la libertad de empresa, a juicio TACRC, volatilizaría el concepto nuclear en la contratación pública de “precio de mercado”, al admitir, incluso, que **se puede incurrir en pérdidas**, como elemento basal del proceso contractual público⁹⁸.

⁹⁷ En el supuesto de presunción de anormalidad se debe solicitar a la empresa afectada una aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones. Por todos, Acuerdo 9/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

⁹⁸ Se primaba la promoción de la competencia y el beneficio económico que las administraciones podían obtener, de manera que solo permitía el cauce establecido en el procedimiento de las ofertas anormalmente bajas para limitar precios excesivamente bajos.

Más matizada ha resultado la doctrina de otros órganos de recursos contractuales. En los Acuerdos 3/2013 y 5/2013 del Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) se indica que, en primer lugar, cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deben servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y, en segundo lugar, que la finalidad de esta apreciación es determinar «que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados».

La evolución, como se ha mencionado, ha llegado a la doctrina del TACRC. Así, la Resolución nº 484/2019, de 9 de mayo del TACRC, modificando su anterior criterio, establece, sin embargo, que:

“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 las ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minoren el precio más allá del citado límite”.

Esta nueva función 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:

<< (...) 2ª. 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 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 minoren 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. ⁹⁹» (negrita nuestra).

Esta última conclusión que valida los umbrales de saciedad (lo que impide per se ofertas a pérdidas) es especialmente relevante, pues pone de manifiesto que la apreciación de que **la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado.**

En definitiva, la decisión sobre si la oferta a pérdidas puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, que dará respuesta a la viabilidad de eficacia de una oferta anormal atendiendo a la inexistencia de riesgos que comprometan la eficaz prestación del contrato. Así lo ha venido a precisar el propio Tribunal Supremo en sentencia de 20 de marzo del 2012 (rec. 2338/2011), al

⁹⁹ 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 competitivo. 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 G. MARTÍNEZ MONTES, “Calidad y precio en la contratación pública. Los umbrales de saciedad y su sentido estratégico”, en: <http://www.obcp.es/opiniones/calidad-y-precio-en-la-contratacion-publica-los-umbrales-de-saciedad-y-su-sentido>. Respecto a la legalidad de los umbrales de saciedad, cuestión controvertida dentro del Derecho Administrativo, *interesan las reflexiones de G. DOMÉNECH PASCUAL*, “Umbrales de saciedad y principios de eficiencia, igualdad y libre competencia en las licitaciones públicas”, en: <http://www.obcp.es/opiniones/umbrales-de-saciedad-y-principios-de-eficiencia-igualdad-y-libre-competencia-en-las>.

recordar que concepto de baja temeraria debe ser completado, con el concepto de "cumplimiento a satisfacción de la Administración".

Lo que en contratos con tanta sensibilidad financiera como los concesionales resultará casi de "prueba diabólica" en las ofertas a pérdidas pues en la duda de la viabilidad debe protegerse al interés general inadmitiendo ofertas que pongan en riesgo no asumible la correcta prestación (por ello son claramente anormales)¹⁰⁰.

c) El principio de proporcionalidad como necesario parámetro interpretativo a la hora de (in)admitir una oferta anormal por incurrir en pérdidas.

Otro argumento que avala la inviabilidad jurídica de oferta a pérdidas proviene de la correcta interpretación del principio de proporcionalidad de las decisiones públicas para ajustar las mismas al canon de la buena administración.

La contratación pública como estrategia debe prevalecer frente una indebida visión economicista de la competencia en la contratación pública, donde deben existir límites a una tensión competitiva indebida. Y en ese contexto las ofertas de las empresas tienen unos claros límites que, además, condicionan la decisión al respecto del poder adjudicador. En la interpretación concreta del alcance de los distintos derechos e intereses (y, en especial del interés público cuando es la causa del negocio jurídico) debe respetarse el principio de proporcionalidad. Dicho principio, desde la óptica del derecho europeo, exige que los actos de los poderes públicos no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los

¹⁰⁰ Ya la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 38/2010, de 24 de noviembre recordaba el límite a las bajas del "posible riesgo en la ejecución".

objetivos perseguidos (sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa y otros*, C-331/88, apartado 13, de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y otros*, C-133/93, C-300/93 y C-362/93, apartado 41, y de 5 de mayo de 1998, As. C157/96, *National Farmers' Union y otros*, apartado 60). Aplicado a un procedimiento objeto de Dictamen, debe entenderse que **dicho principio obliga al órgano competente a adoptar la decisión más respetuosa y “equilibrada” con los distintos intereses en juego, descartando interpretaciones formalistas contrarias al resultado perseguido por la norma.** En este contexto, el principio de proporcionalidad se erige como un parámetro fundamental de fundamentación, primero, y de control, después, de la actuación discrecional de los poderes públicos, que permite examinar la idoneidad, la necesidad y la correcta ponderación de sus decisiones a la luz de la finalidad que con ellas se pretende alcanzar. Este principio brinda un esquema de razonamiento que ha de ser utilizado tanto por la Administración como por los órganos de control, significativamente los órganos jurisdiccionales, a la hora de adoptar o, en su caso, verificar la conformidad a Derecho de un determinado acto o disposición general que suponga una restricción de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Asimismo, la proporcionalidad como norma de mandato dirigida a la Administración encuentra hoy su sustento en el artículo 103.1 de la Constitución, que establece como fin último de su actuación el de servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Para lograr este propósito, es preciso que su actuación discrecional sea imparcial y plenamente coherente y respetuosa con las normas existentes en el ordenamiento jurídico, incluido el principio de proporcionalidad.

Se trata, por tanto, de un principio con un claro fundamento constitucional y, de hecho, según las consideraciones efectuadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es un principio básico que resulta inherente al Estado de Derecho y al valor de justicia proclamado en el artículo 1.1 de nuestra Constitución, que demandan la satisfacción de los intereses generales con la menor incidencia

posible en la esfera jurídica del ciudadano. (SSTC 85/1992, de 8 de junio (RTC 1992, 85) , FJ 4; 111/1993, de 25 de marzo (RTC 1993, 111) , FJ 9; 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996, 55) , FJ 3; 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995, 50) , FJ 7; y 173/1995, de 21 de noviembre (RTC 1995, 173) , FJ 2.

A su vez, la idea de justicia material implícita en el mismo proscribiera todo sacrificio excesivo de la libertad y conduce a un control sustantivo de la actuación administrativa, no meramente formal, valorando las circunstancias concretas del caso para determinar si ésta es proporcionada o no.

El principio de proporcionalidad se caracteriza por las siguientes notas básicas¹⁰¹:

a) Su carácter relacional, por cuanto compara dos magnitudes, el medio y el fin, que deben ser en todo caso lícitas. Si alguna de ellas es ilícita no procedería realizar un examen de proporcionalidad de la potestad discrecional, sino que estaríamos ante una infracción de los elementos reglados y, en consecuencia, sería necesario analizarla a la luz del principio de legalidad. Ello sin perjuicio de que, una vez comprobada la licitud de la magnitud en cuestión, pueda procederse a la verificación de su contenido material a través del principio de proporcionalidad.

b) Su carácter relativo al no desprenderse del mismo prohibiciones abstractas o absolutas, sino vinculadas al caso concreto. La ponderación de los intereses en conflicto debe ceñirse a las circunstancias concurrentes en cada supuesto, de tal modo que tanto el examen de magnitudes como la conclusión de proporción o desproporción a que se arribe han de ser individualizadas y en ningún caso pueden conducir a la proscripción general de un determinado instrumento jurídico.

¹⁰¹ Por todos, en esta materia, B. GOMEZ FARIÑAS, “El principio de proporcionalidad como parámetro de interpretación y control en materia de contratación pública”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2016* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 387-404

Lo anterior permite comprender que **el principio de proporcionalidad se configure como una herramienta que genera argumentación y fomenta una mayor racionalidad y coherencia en las decisiones adoptadas por los poderes públicos en el ejercicio de las potestades que tienen conferidas.** Esto, a su vez, permite, realizar un control efectivo de las mismas. De este modo, presenta una doble vertiente en Derecho administrativo, en función de si se concibe como una norma de mandato o como una norma de control, es decir, si quién hace uso del mismo es la propia Administración pública a la hora de ejercer sus potestades discrecionales o los órganos jurisdiccionales en su función controladora.

Con este telón de fondo, el principio de proporcionalidad orienta a la Administración en el buen uso de sus potestades discrecionales y le marca una serie de pautas de conducta genéricas que ha de seguir para alcanzar los fines que el Derecho le atribuye. Esta labor de reflexión implica una importante reducción de las actuaciones irracionales, improvisadas y arbitrarias, garantizando la efectividad de los principios de integridad y buena administración. En definitiva, la proporcionalidad como norma de mandato representa la medida exacta de las potestades administrativas y constituye un límite sustancial a la actividad de la Administración, delimitando para cada supuesto concreto los contornos que la discrecionalidad no puede rebasar. Y, en relación al supuesto de ofertas a pérdidas **resulta evidente el límite de respeto efectivo de la libre competencia y correcto cumplimiento del contrato/concesión. Un funcionamiento normal del mercado debe posibilitar la salvaguardia de la competencia, aún permitiendo obtener precios competitivos como resultado de la licitación pública, pero con límites para proteger al propio contrato público¹⁰².**

¹⁰² Así lo indica, por ejemplo, el Acuerdo 21/2013, de 30 abril de 2013, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón donde se afirma que *“la decisión acerca de si una oferta puede o no cumplirse, no implica la libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, sino que se requiere un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa por el TRLCSP.*

En su segunda vertiente, la proporcionalidad como mecanismo de control de la decisión, este principio se concibe como un instrumento que facilita la fiscalización de la actuación administrativa por parte los órganos que la tienen atribuida, los cuales, deberán realizar un control teleológico de la misma y comprobar su adecuación a los fines que la justifican. Esta concepción del principio se corresponde con su función negativa, por cuanto no sirve para sustituir la voluntad de la Administración ni garantizar el trato más suave a los ciudadanos, sino para expulsar del ordenamiento jurídico aquellas resoluciones que supongan un sacrificio inútil, innecesario y desproporcionado de las libertades individuales o pongan el riesgo el interés general que, un una concesión contractual se vincula de forma ineludible a la correcta prestación.

En síntesis, estamos ante un principio cuya principal virtud consiste en fomentar la argumentación en la toma de decisiones por parte de los poderes públicos y evitar que las posibles restricciones de los derechos e intereses legítimos del ciudadano sean desproporcionadas en relación con la finalidad que se pretende alcanzar. En este proceso de verificación de la racionalidad de las decisiones adoptadas se articula sobre la base de la estructura tripartita y escalonada del principio de proporcionalidad, que sirve a los órganos de control como guía en el camino de la argumentación que le conducirá a la resolución sobre la proporción o desproporción de la medida administrativa. En efecto, este principio presenta una estructura lógica compuesta por tres subprincipios o niveles de examen: “idoneidad”, “necesidad” y “proporcionalidad en sentido estricto”. Estos subprincipios se aplican de forma sucesiva y escalonada, es decir, la medida sometida a la máxima de la proporcionalidad ha de superar cada nivel de examen

En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad. (..) Como señala el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de junio de 1990, el informe tiende a ilustrar la voluntad del órgano que tiene que resolver y su razón de ser está en la garantía que esta valoración técnica representa para la viabilidad de la pretensión, susceptible de orientar el sentido y alcance que deba adoptar el acuerdo o su misma oportunidad”.

para pasar al siguiente, pues en caso contrario será inmediatamente declarada no conforme a Derecho. De esta forma, los distintos subprincipios se configuran como elementos de criba de aquellas decisiones manifiestamente desproporcionadas, por lo que solamente las que generen una duda razonable acerca de su proporción o no lograrán llegar hasta los últimos estadios.

Y aplicando al caso que nos ocupa, insistimos, **la interpretación normativa alineada con este principio de proporcionalidad revela la adecuación jurídica de considerar contraria a derecho una estrategia empresarial de ofertas a pérdidas en negocios concesionales, pues tal práctica compromete la causa del propio negocio, introduciendo riesgos no asumibles desde la óptica de la correcta prestación al ciudadano.**

Como ha explicado F. CASTILLO BLANCO¹⁰³, **la fijación de precios por debajo del valor de mercado, en el equilibrio y tensión que ha de mantenerse entre los principios de eficiencia y competencia, tiene que evitar que la presentación de ofertas en pérdidas ocasione un dumping consistente en la eliminación de competidores que, como es conocido, es una práctica proscrita por la legislación de defensa de la competencia y deriva, en forma efectiva, en una desigualdad de trato de los licitadores¹⁰⁴. Desde luego, y al menos en aquellos supuestos previstos en el artículo 17.2 de la legislación sobre competencia, no**

¹⁰³ F. CASTILLO BLANCO, “Las ofertas anormalmente bajas: a propósito de los costes generales y el beneficio industria”, Revista de Administración Pública núm. 212, 2020, pp. 347-374.

¹⁰⁴ El recurrente, en el Acuerdo del Tribunal administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 18 de mayo de 2016 (rec. Núm. 88/2016) argumentará que es la “no búsqueda de beneficio y el interés reputacional” la clave de la cuestión razonando que “el licitador propuesto a adjudicatario por el Ayuntamiento reconoce expresamente que está incurriendo en “dumping”, conducta prohibida por la Ley 15/2.007 de 13 de julio de Defensa de la Competencia, en este sentido se antoja inconcebible que una Administración Pública ampare el incumplimiento de la Ley cuando de acuerdo con la Constitución Española es precisamente la Administración la que tiene un especial deber de diligencia en cuanto a la exigencia del cumplimiento de la Ley, también la 15/2.007, actuación de la que debiera dar parte al Servicio de Defensa de Competencia y en su caso al Tribunal”.

pueden ni deben ser permitidos¹⁰⁵. En las propias palabras del Acuerdo 29/2011 del TACPA la existencia de una competencia efectiva es un requisito indispensable para llevar a cabo un gasto público eficiente.

Esta conclusión se refuerza aun más en el actual contexto de movilización de inversiones a través de los fondos europeos *next generation*¹⁰⁶. Los fines de los fondos europeos, marcados por el reglamento de la UE son, insistimos, la nueva “brújula” en la determinación de criterios de adjudicación y de exigencias de ejecución, sin olvidar el carácter instrumental de los contratos públicos derivados de estos fondos (que no responden a necesidades ordinarias sino al fin de invertir recursos públicos para transformar y reactivar el país). Las exigencias de mayor rendimiento de estos fondos (de marcado carácter instrumental) aconsejan abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas del proyecto en términos de valor. Esto significa, por ejemplo, que los criterios vinculados a la sostenibilidad de las fórmulas concesionales que se impulsen deben ser pilar de toda decisión pública derivada de estos fondos, superando inercias formalistas que continúan exigiendo una vinculación estricta con el objeto de la licitación y su eficaz cumplimiento.

Así, en este contexto europeo de nueva gestión contractual para movilizar inversiones sostenibles que permitan la reconstrucción y la resiliencia la opción de ofertas a pérdidas carece de fundamento jurídico al ir en contra de lo que son los

¹⁰⁵ Esta opinión se mantiene EN R. FERNÁNDEZ ACEVEDO Y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de directivas el sector” en R. Fernández Acevedo y P. Valcárcel Fernández (Dir.) *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Ed. Civitas Thomson Reuters: Madrid, 2014, p. 270). Recordemos, a estos efectos, que dicho artículo contempla tres supuestos: a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos; c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

¹⁰⁶ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “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, 2021.

nuevos canones de una gestión estratégica y responsable de los modelos concesionales como pilar de garantía de los derechos sociales de la ciudadanía.

A la vista de lo expuesto, conforme al requerimiento que se ha formulado, y sin perjuicio de cualquier otra consideración mejor fundada en Derecho, pueden formularse las siguientes:

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En la calificación de un contrato (así como en su diseño) y en la interpretación de la normativa debe estarse a la causa del mismo de tal manera que si el interés público es causa del negocio y no mero elemento accesorio la interpretación sobre la viabilidad jurídica de las estrategias de ofertas de los licitadores encuentra como límite infranqueable el no poner en riesgo el elemento causal (y el fin público), del negocio jurídico. Máxime en modelos concesionales donde el interés general viene vinculado a la correcta prestación de actividades consideradas servicios públicos esenciales. Desde esta perspectiva **la causa, como elemento esencial, se convierte en “test de idoneidad” de las distintas incidencias que pueden surgir tanto en el procedimiento licitatorio como en la ejecución.** Y en los modelos concesionales, el interés general como causa de los mismos se caracteriza por una mayor intensidad, al vincularse a prestaciones de “servicio público” que deben prevalecer siempre frente a estrategias empresariales.

En modo alguno puede asumirse como válida una opción que pongan en riesgo la correcta prestación del servicio público. Y eso es lo que sucedería con las ofertas a pérdidas que afectan al plan financiero sin el cual no sería viable (sostenible) el modelo concesional. La oferta a pérdidas supone claramente (indubitadamente) un incumplimiento del Plan Económico Financiero, cuyos umbrales mínimos nunca se pueden rebasar al ser un elemento esencial para el correcto funcionamiento.

SEGUNDA.- La normativa nacional de cada Estado, en tanto se encuentra vinculada a principios regulatorios europeos -como lo es la contratación pública, pero también el derecho de sociedades- debe ser interpretada desde la óptica de esta realidad jurídica, lo que impone evitar interpretaciones estrictamente formales (la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea 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). Existe, en consecuencia, 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).

Desde esta perspectiva, la 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) exige una interpretación que no vaya más allá de sus límites y función. Y, por supuesto, **exige una interpretación coherente con las exigencias del derecho europeo de los contratos públicos y sus principios. Lo que tiene repercusión práctica, además de en la correcta “protección” de la causa del negocio a celebrar, en los límites de las estrategias de las empresas en relación al precio/retribución, que va incluso más allá de la técnica de la anormalidad de ofertas.**

TERCERA.- Conviene insistir en que bajo el aparato del negocio concesional se encuentra, como causa, la mejor prestación de servicios públicos, en una clara posición pública de garante del interés general. De ahí la **necesidad de diseñar un adecuado modelo de gobernanza integral en toda fórmula de colaboración público-privada que ponga especial atención al adecuado cumplimiento de la prestación pública.** Y aquí juega gran importancia la correcta calidad del objeto de la concesión. Así, **los modelos concesionales deben pivotar sobre la correcta**

prestación del “servicio público”, de tal forma que las estrategias económicas de los licitadores que pongan en riesgo no asumible la eficaz prestación deben ser rechazadas, no tanto por ser anormales (como lo serán en el caso de ofertas a pérdidas) sino por ser incompatibles con el elemento causal del negocio jurídico. **Incompatibilidad evidente desde la correcta visión decisional de la necesaria óptica de la buena administración.**

CUARTA.- En las concesiones debe existir riesgo operacional. Lo que significa que la parte de los riesgos transferidos al concesionario, que tiene que ser la más adecuada para la correcta satisfacción del interés público, debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Resulta evidente que la correcta distribución de riesgos condiciona el funcionamiento práctico del mercado concesional. Ahora bien, no se oculta que una correcta identificación de los riesgos y su certero reparto entre las partes vinculadas a este tipo de concesiones es una cuestión compleja que presenta un componente más de naturaleza económico-técnica que estrictamente jurídica y cuya concreción exige realizar rigurosos y completos estudios de viabilidad en los que se ponderen una pluralidad amplia de factores de muy diversa índole, de entre los que sobresalen los aspectos económico-financieros. En consecuencia, **las ofertas a pérdidas en modelos concesionales alteran toda la planificación financiera del mismo, comprometiendo el interés general. Por ello resulta una práctica ajena a la correcta aplicación de los principios de la contratación pública.** El riesgo -aun limitado- es el elemento esencial en toda fórmula de colaboración público privada, por lo que un riesgo desproporcionado como consecuencia de ofertas a pérdidas no puede ser aceptable.

Avala esta conclusión el dato de que el plazo concesiones es un elemento claramente vinculado al riesgo operacional, de tal manera que queda vinculado al

plazo necesario de retorno de las inversiones (como plazo ordinario, se fija el de cinco años que exige la Directiva de concesiones. **Por ello, una oferta en pérdidas obligaría también a ajustar el plazo concesional, incrementando el riesgo de incumplimiento de la causa del negocio jurídico.** Y dado que la opción de contrato o concesión debe estar debidamente justificada, no solo desde la óptica presupuestaria, sino, principalmente, desde la lógica de la mejor ejecución de la prestación combinando los elementos de construcción/instalación y explotación de la obra o servicio **resulta evidente que la opción de oferta a pérdidas es jurídicamente inviable al “erosionar los cimientos” de la arquitectura concesional.**

QUINTA.- La arquitectura del modelo concesional se vincula a una correcta transferencia de riesgos pero, por supuesto, asegurando la correcta prestación del negocio concesional, centrando la atención en la eficaz ejecución. Por ello, **una eventual estrategia de ofertas de explotación económica a pérdidas en una concesión, más allá de lo que luego se explicará en relación a la anormalidad de ofertas, puede considerarse un incumplimiento del elemento esencial del negocio concesional, al poner en riesgo -no asumible- el modelo de riesgos, lo que obligaría al poder adjudicador, en una interpretación funcional del contrato, a rechazar dicha estrategia de oferta.** Oferta “insubsanable” y que no podrá adecuarse mediante la técnica del reequilibrio del contrato, al no cumplirse los estrictos requisitos que la habilitarían en tanto no existiría ruptura del principio de equivalencia pactado.

SEXTA.- La consolidada visión instrumental de la contratación pública nos conduce a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato. La finalidad del proceso de adjudicación no es ya conseguir la oferta económicamente más ventajosa (concepto que desaparece del artículo 145 LCSP), sino conseguir la mejor oferta que presenta la mejor relación calidad/precio. No

todo, y de forma necesaria, se ha de reconducir al principio de precio y debe aplicarse la regla anglosajona del *best value for money*, orientada a acabar con la finalidad de “*acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo*”. Por ello, ofertas a pérdidas no son sinónimo (más bien lo contrario) de la mejor oferta. **De esta visión estratégica del contrato (y de la necesidad de su protección) que no son viables ofertas empresariales que se alejen de la estrategia pública del contrato al comprometer su eficaz y correcto cumplimiento.** Y eso es una hipótesis muy probable en las ofertas a pérdidas, predatorias o equivalentes, que. Por ello, desde la necesaria regla de precaución propia de toda licitación para preservar el correcto cumplimiento de la prestación, debe ser considerada como una práctica no ajustada a derecho (al contravenir los principios regulatorios propios del contrato público que no son el mercado, sino la correcta prestación del interés general). Máxime en sectores de especial intensidad de interés general, donde incluso la normativa propia impone el principio de recuperación de costes (como sucede con las aguas).

SEPTIMA.- 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). Frente a una incorrecta lectura del principio constitucional de eficiencia, hay que insistir en la exigencia de hacerse equivaler al estándar de calidad más adecuado para la prestación del servicio, en línea de con una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. **Calidad y eficiencia están estrechamente relacionadas entre sí y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental.**

Lo que guarda directa relación como elemento ineludible de lo que es la oferta del licitador que, en todo caso, como se deriva del artículo 102 LCSP, debe ser un precio de mercado (lo que impide por sí ofertas a pérdidas).

La competencia propia de la contratación pública pretende tensionar, dentro de unos márgenes, el mercado (lo que sería la flexibilidad), **pero la oferta a pérdidas supone “romper la goma” del fin del procedimiento licitatorio, pues va más allá del núcleo del concepto de riesgo operacional, pues no resulta razonable exigir a la autoridad pública concedente aceptar ofertas más allá de la lógica del modelo “ordinario” de reparto de riesgos**

OCTAVA.- El derecho europeo de la contratación pública utiliza ahora el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la oferta más ventajosa. El cambio es de gran relevancia y explica que la nueva regulación del artículo 146 LCSP ya no incluya el concepto precio como concepto principal sino el de costes o rentabilidad. Y en este contexto resulta obvio que las ofertas a pérdidas, con finalidad alejada de la causa del propio modelo de colaboración público-privada, **no encuentran ningún tipo de justificación legal, por comprometer el interés público y los principios del derecho de la competencia.**

Las ofertas económicas en procedimientos licitadores se formulan desde la lógica de conseguir el mejor precio de mercado (lo que no hay que confundir con el precio más bajo). Por ello, cuando se pone en cuestión el propio mercado, máxime si se puede erosionar indebidamente el mejor cumplimiento del interés general, la propia justificación de la correcta aplicación de los principios de la contratación pública, obligan a negar la viabilidad jurídica de ofertas a pérdidas.

En consecuencia, desde la perspectiva del Derecho comunitario el precio *per se* no es un elemento esencial del contrato público y en mercados regulados podría incluso ser sustituido en ese papel por el de rentabilidad y decidir la adjudicación con base en otros criterios como plazos de entrega, seguimiento de los resultados u otros. Estas precisiones pueden ayudar a determinar cuál es el

“valor de los distintos bienes jurídicos en juego”, pues una prestación de calidad es la causa del negocio jurídico y el precio sólo un instrumento para conseguir tal finalidad.

NOVENA.- A proteger el interés del contrato evitando ofertas económicas que puedan ser “temerarias” la legislación contractual ha utilizado la técnica de la anormalidad de ofertas. Se trata de una regulación tradicional donde ahora interesa destacar el importante cambio normativo en lo relativo a la declaración (y fundamento) de **anormalidad o desproporción de las ofertas**. Pues bien, la nueva regulación que contiene la Directiva europea (artículo 69) viene a alterar la práctica habitual de esta técnica con una regulación que va a limitar su ejercicio. Se trata, en definitiva, de conseguir el equilibrio entre precio y calidad, evitando proposiciones alejadas del precio de mercado que pueden comprometer la correcta ejecución. Pero además, y esto resulta relevante, de la previsión de la Directiva (artículo 69.2,) se deduce fácilmente que el legislador europeo en todos los criterios enunciados trata de fomentar una sana competencia a través de mejoras de la competitividad y de la capacidad de innovación de la empresa ofertas y no precisamente a trabajar a “pérdidas”.

No parece que en los contenidos en la Directiva se encuentre el de “trabajar a pérdidas” (ni con precios predatorios). “Estratégico” podrá serlo para los proponentes agresivos, pero mucho más complejo resulta llegar a esa conclusión cuando el parámetro es el interés público y las consideraciones derivadas de la contratación pública estratégica se ponen así en un riesgo no asumible por la entidad contratante.

DECIMA.- La regulación de la anormalidad de oferta en la normativa española debe, obviamente, interpretarse en clave europea. Así, de la regulación del artículo 149 LCSP, cuya previsión debe figurar en todo caso en los pliegos, se deduce que una anormalidad de oferta (especialmente en modelos concesionales)

obliga a determinar de forma correcta, y pensando en el cumplimiento correcto, la viabilidad global de la misma. Anormalidad que supone en todo caso una presunción que debe decidirse posteriormente sobre el criterio de riesgo de incorrecta ejecución de la prestación del contrato. Se exige, pues, de un debate contradictorio a fin de que el licitador pueda probar que su oferta es viable, quedan cubiertos todos los costes y no se pone en riesgo el cumplimiento del interés público causa del negocio jurídico, así como que se garantiza una “sana competencia” entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, *SAG EV Slovensko a.s.*).

La nueva función del precio (valor) vinculado a la calidad ha sido reconocida por el Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales que ha admitido límites de saciedad que supera la visión de la anormalidad en un contexto de estrategia de empresa para orientarla, como se deriva del derecho europeo, como **un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado si no logra acreditar de forma indubitada que no se pone en riesgo el correcto cumplimiento del interés general que es la causa, recordamos, del modelo concesional.** Lo que en contratos con tanta sensibilidad financiera como los concesionales resultará casi de “prueba diabólica” en las ofertas a pérdidas pues en la duda de la viabilidad debe protegerse al interés general inadmitiendo ofertas que pongan en riesgo no asumible la correcta prestación.

UNDÉCIMA.- Otro argumento que avala la inviabilidad jurídica de oferta a pérdidas proviene de la correcta interpretación del principio de proporcionalidad de las decisiones públicas para ajustar las mismas al canon de la buena administración. **La contratación pública como estrategia debe prevalecer frente una indebida visión economicista de la competencia en la contratación pública, donde deben existir límites a una tensión competitiva indebida.** Y en ese contexto

las ofertas de las empresas tienen unos claros límites que, además, condicionan la decisión al respecto del poder adjudicador.

En la interpretación concreta del alcance de los distintos derechos e intereses (y, en especial del interés público cuando es la causa del negocio jurídico) debe respetarse el principio de proporcionalidad. Dicho principio, desde la óptica del derecho europeo, exige que los actos de los poderes públicos no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa. Y, en relación al supuesto de ofertas a pérdidas resulta evidente el límite de respeto efectivo de la libre competencia y correcto cumplimiento del contrato/concesión. Un funcionamiento normal del mercado debe posibilitar la salvaguardia de la competencia, aún permitiendo obtener precios competitivos como resultado de la licitación pública, pero con límites para proteger al propio contrato público (de ahí que resulte incompatible la estrategia de oferta a pérdidas).

Asimismo, no puede olvidarse que en la mayoría de las concesiones de servicio el poder adjudicador utilizará el modelo de tarifa como retribución. Tarifa que debe cubrir los costes de prestación del servicio e incluir un razonable beneficio industrial. Por ello **el propio pliego debería incluir como previsión o regla expresa que no se admitirán ofertas a pérdidas o precios predatorios**, pues se compromete el correcto cumplimiento de los fines de la concesión

DUODÉCIMA.- La interpretación normativa alineada con este principio de proporcionalidad revela la adecuación jurídica de considerar contraria a derecho una estrategia empresarial de ofertas a pérdidas en negocios concesionales, pues tal práctica compromete la causa del propio negocio, introduciendo riesgos no asumibles desde la óptica de la correcta prestación al ciudadano.

La fijación de precios por debajo del valor de mercado, en el equilibrio y tensión que ha de mantenerse entre los principios de eficiencia y competencia, tiene que evitar que la presentación de ofertas en pérdidas ocasione un dumping

consistente en la eliminación de competidores que, como es conocido, es una práctica proscrita por la legislación de defensa de la competencia y deriva, en forma efectiva, en una desigualdad de trato de los licitadores. Desde luego, y al menos en aquellos supuestos previstos en el artículo 17.2 de la legislación sobre competencia, no pueden ni deben ser permitidos. En las propias palabras del Acuerdo 29/2011 del TACPA la existencia de una competencia efectiva es un requisito indispensable para llevar a cabo un gasto público eficiente.

Además, en el contexto europeo de nueva gestión contractual derivada de los fondos *next generation* para movilizar inversiones sostenibles que permitan la reconstrucción y la resiliencia la opción de ofertas a pérdidas carece de fundamento jurídico al ir en contra de lo que son los nuevos canones de una gestión estratégica y responsable de los modelos concesionales como pilar de garantía de los derechos sociales de la ciudadanía.

Ésta es nuestra opinión que, como es costumbre, sometemos a cualquier otra mejor fundada en Derecho. En Zaragoza, a 28 de septiembre de 2021



Fdo: José María Gimeno Feliú

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza