

Los pilares de *Next Generation EU* y la contratación pública.

José María Gimeno Feliu. Catedrático de Derecho administrativo.
Universidad de Zaragoza

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

Los pilares de *Next Generation EU* son tres:

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

Los fondos europeos se destinarán a aquellos ámbitos en los que puedan incidir más positivamente, complementando y amplificando el trabajo esencial en curso en los Estados miembros. La necesidad de reactivar el sistema económico (tanto estatal como autonómico, que deberían alinearse en su estrategia de futuro) debe ser **una oportunidad para avanzar hacia un nuevo modelo productivo más sostenible y más “inteligente”**. Corresponde a los poderes públicos liderar la nueva “cultura verde” que permita, desde la planificación, un nuevo escenario económico y social respetuoso con el medio ambiente. Sirva de ejemplo de “pensar en verde”, el [Pacto Verde Europeo](#), un ambicioso paquete de medidas que debe permitir que empresas y ciudadanos

Europeos se beneficien de una transición ecológica sostenible, que traza el camino para una economía más justa y socialmente equitativa. La finalidad es avanzar hacia fuentes de energía alternativas más limpias, fomentar una industria y una movilidad más sostenibles, proteger la biodiversidad y adoptar medidas que permitan, de forma rápida, reducir la contaminación. Por otra, la digitalización como estrategia de primer orden se presenta como otro de los ejes del Plan de Reconstrucción. La estrategia digital de la UE (y de España) debe aspirar a lograr que esta transformación funcione para las personas y las empresas, al tiempo que contribuye a alcanzar su objetivo de una Europa climáticamente neutra de aquí a 2050.

La actual situación brinda una oportunidad para relanzar este nuevo modelo **de servicios públicos inteligentes y “circulares”**, que integren lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva¹. De esta crisis tenemos que aprender que el Estado no solo es la Administración Pública (y menos la Administración General del Estado), sino también toda la sociedad. Por ello, más allá de apriorismos ideológicos, **es necesario revisar e impulsar modelos de colaboración público-privada orientados a satisfacer el interés general.**

Estos objetivos **exigen una adaptación de las normas jurídicas aplicables con el fin de conciliar la mejor eficacia y rapidez en la gestión de estos fondos (y su finalidad) con los principios de transparencia, seguridad y buena administración.** Un ejemplo evidente es la normativa vigente de contratación, sobre la que necesariamente deben articularse los proyectos seleccionados alineados con este programa de recuperación. Y así lo ha venido a anunciar el Presidente del Gobierno en su intervención en la clausura del II Foro La Toja-Vínculo Atlántico el 3 de octubre de 2020 (ya existía cierto “movimiento” en esa dirección impulsado por algún grupo político y lobbies empresariales).

El objetivo de la reconstrucción obliga a una actitud (y aptitud) proactiva, para aportar la mejor solución jurídica a las necesidades de la ciudadanía, lo que **puede**

¹ La Comunicación de la Comisión Europea sobre el Pacto Verde Europeo enuncia una serie de iniciativas políticas destinadas a ayudar a la UE a alcanzar su objetivo de neutralidad climática para 2050. El Consejo Europeo se ha fijado como una de las cuatro prioridades principales de su Agenda Estratégica para el período 2019-2024 “Construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social”.

aconsejar que se dicte una normativa *ad hoc*, más flexible y simplificada, para contratar los distintos proyectos vinculados a los pilares del *Next Generation* (lo que puede servir de *sandbox* para validar su viabilidad para una aplicación más general).

Así pues, no se trata de revisar al completo la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (existen importantes enmiendas aprovechando la tramitación como proyecto de Ley del Real Decreto Ley 3/2020) sino **de dictar una Ley singular para la contratación de estos proyectos (a ser posible consensuada entre Estado y Comunidades Autónomas)**, donde, en todo caso, habrá que respetar las exigencias y principios de las Directivas europeas de contratación pública de 2014 (y extremar los cuidados para que la ejecución sea correcta). Norma que debe descansar en una adecuada cooperación administrativa para desarrollar “economías de escala organizativas” (a nivel interestatal) y en una apuesta por la mejor capacitación de los gestores encargados de impulsar y vigilar los proyectos que se adjudiquen (donde debe existir una lógica de colaboración más allá de la concreta Administración Pública a la que el personal esté adscrito). Obviamente la experiencia de los conocidos Planes E aprobados con motivo de la última crisis económica debe ser tenida en cuenta para no cometer los mismos errores (advertidos por el Tribunal de Cuentas, cuyas observaciones mantienen plena actualidad).

Una norma “singular” que permita relajar (pero no eliminar) tanto el **principio de tensión competitiva de los mercados como las reglas de control financiero, facilitar e interpretar el cumplimiento de los contratos públicos vigentes para favorecer el mantenimiento de empleo o fomentar la compra de proximidad**. Pero sin que ello permita **relajar la calidad de las exigencias democráticas y de buen gobierno, ni justificar la opción de habilitar espacios de impunidad**. Es más, en el contexto social actual se exige más explicación y más rendición de cuentas de las decisiones de contratación adoptadas (y con quienes y sus importes) pues la ciudadanía es cada vez más crítica. Por ello, **los mecanismos de control mediante recurso especial no pueden ser soslayados**, apostando porque su utilización deba ser obligatoria y no potestativa (lo que, sin mermar garantías, disminuye los efectos de la litigiosidad en el tiempo). Con el objetivo de resolver con rapidez las incidencias surgidas en la ejecución de estos contratos puede resultar aconsejable **prever la opción de arbitraje**.

La simplificación del procedimiento es claramente una necesidad. Los plazos deberán coincidir con los de la tramitación urgente y los trámites económicos-presupuestarios deben rediseñarse incorporando frente a la fiscalización previa modelos de auditorías a posteriori. Asimismo, los criterios de adjudicación deberán atender principalmente a la calidad, desplazando la inercia de otorgar preponderancia al precio. La contratación pública no es un gasto, sino una inversión y, por ello, la normativa debe alinearse de forma clara con la idea de valor frente al precio. Más en concreto, las exigencias de calidad en las prestaciones sanitarias **aconsejan abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas, en términos de valor,** de distintas experiencias, como la del sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario, al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, que puede ayudar a lograr una mejor calidad en prestaciones tan sensibles.

Esta norma singular debe facilitar e impulsar la utilización de los **modelos concesionales (con una correcta determinación del riesgo operacional que asume el contratista) para desarrollar o mejorar infraestructuras o servicios de tecnología innovadora en el ámbito sanitario,** lo que permitiría movilizar inversiones de largo recorrido y, en consecuencia, generaría consolidación de empleo y mantenimiento económico de las actividades empresariales vinculadas. El contexto actual es especialmente idóneo para impulsar una política a gran escala que mueva al sector privado, alineándolo con las políticas verdes y digitales que lidera la Unión Europea. La ventaja del modelo concesional, ideológicamente neutro (en palabras de Gerard Marcou) es evidente: apalanca inversión y presupuestariamente es neutral desde la perspectiva de consolidación fiscal conforme a las reglas SEC 2010.

Por lo que se refiere al modelo de retribución tarifaria, hay que recordar la opción de un pago directo por el usuario (*peaje duro*), o bien por la Administración concedente, pero en función del uso que hagan los terceros (*peaje blando o en sombra*). De estas dos opciones, en el actual contexto social, parece lógico fomentar, en lo medida de lo posible, un sistema tarifario en sombra (o al menos mixto, de precios sociales), lo

que puede favorecer la demanda necesaria. En todo caso, hay que recordar que basta con traspasar al concesionario uno de los riesgos y no en su totalidad. Si se optase por no transferir el riesgo de demanda, y solo el de suministro u oferta, convendrá prever y condicionar la retribución a determinados estándares de disponibilidad (incluyendo como exigencia la cláusula de progreso). Será preciso un sistema de penalización automático en caso de incumplimiento por el concesionario, que consista en falta de pago o reducción de la cuantía pagada como retribución.

A su vez, habría que habilitar mecanismos ágiles y sencillos para que, desde la propia iniciativa privada, se impulsen determinados proyectos que, lógicamente, deberán referirse a los objetivos estratégicos básicos previamente determinados. Y en la decisión de qué proyectos **deben seleccionarse convendría el asesoramiento de un grupo "de alto nivel", que proponga qué proyectos de "colaboración público-privada" cumplen los objetivos y los criterios de viabilidad.**

Por otra parte, esta norma “ad hoc” debe ser clara en su filosofía. La crisis económica tras la pandemia de 2020 aconseja avanzar hacia una nueva gestión económica mediante el contrato público y la colaboración público-privada, que **“piense en verde” y en “sostenibilidad social”**, no como exigencia estética, sino como herramienta generadora de valor². Esta exigencia de sostenibilidad ambiental debe articularse en la **priorización de los proyectos de infraestructuras a financiar**, que deberán cumplir los objetivos de la Agenda Verde Europea y acomodarse a las directrices dictadas por las instituciones comunitarias (no puede olvidarse la exigencia de neutralidad climática). Desde esta perspectiva, parece oportuno que la norma legal a la que nos venimos refiriendo determine de forma clara los objetivos que se pretenden fomentar, con la finalidad de dar seguridad jurídica a las propuestas de inversiones que se propongan: entre otros, proyectos que permitan descarbonizar la economía, para cumplir con los objetivos del Tratado de París, para luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, para combatir la contaminación y para promover la economía circular.

² J. PERNAS, con acierto, nos recuerda que la implementación de políticas activas de economía circular puede suponer un beneficio económico neto de 1,8 billones de euros de aquí a 2030, la creación de más de un millón de nuevos puestos de trabajo antes del 2030 y, además, una notable reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. “La “contratación circular”: el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos”, en: <http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-contratacion-circular-el-papel-de-la-compra-publica-en-la-realizacion-de-una-economia>.

Por otra parte, **la sostenibilidad ambiental y social debe servir como elemento de comparación de ofertas** (frente a inercias economicistas basadas en el precio y no en el valor). Hay que recordar que los criterios de sostenibilidad ambiental y social se encuentran avalado por el TJUE. Así, la sentencia de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, apartado 38, afirma: *“Los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, (...) un requisito de este tipo constituye, en la configuración general de la citada Directiva, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros”*. Estos criterios deben figurar de forma clara como elemento para decidir la viabilidad de los distintos proyectos, en tanto suponen una mayor calidad de la prestación al “integrar” elementos de justicia social que ponen en valor la propia prestación y causa del negocio jurídico a celebrar con el socio privado (sea contrato público o concesión). Asimismo, en la ejecución del contrato esta normativa *ad hoc* debe obligar a que se incluyan **condiciones especiales de ejecución (complementadas con penalizaciones por incumplimiento)** que permitan la mejor ejecución sostenible del contrato/concesión.

El control a posteriori deberá incluir un modelo de auditoria de costes cuyo diseño y puesta en funcionamiento deberá descansar en los órganos de control externo, que tendrán un papel principal en el seguimiento e incidencias en las ejecuciones de los distintos contratos.

Los pilares del *Next Generation* son una oportunidad para relanzar un **nuevo modelo de servicios públicos inteligentes y “circulares”, que integren lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico** para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, así como avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Por supuesto, en ese contexto, urge facilitar tanto la adquisición de innovación como la dinamización de la actividad empresarial, ayudando al tejido PYME a afrontar la crisis con la vocación de mantener y crear empleo. Las Administraciones públicas, al gestionar estos fondos europeos, tienen que actuar con “inteligencia decisional” pensando también a pequeña escala, para corregir la inercia de destrucción de este importantísimo tejido empresarial (hay que recordar que **Francia acaba de crear un fondo para invertir en pymes nacionales y promover el "patriotismo económico"**).

La compra pública sirve para hacer estrategia pública. Y la gestión de los fondos del *Next Generation UE* es una ventana para una gestión inteligente, que permita la mejor satisfacción del interés público desde un nuevo prisma que ponga la atención en el valor, la eficiencia social y la equidad. Y para ello, el actual contexto aconseja “adaptar” nuestro derecho de la contratación pública a estas nuevas exigencias mediante una norma legal singular que concilie las exigencias de transparencia y competencia con las de eficacia, eficiencia y protección del modelo económico.

Proteger el empleo, dotar de liquidez financiera a las empresas, obtener nuevas soluciones innovadoras, o acompasar las exigencias tributarias a la realidad dinámica de esta crisis son elementos imprescindibles, donde, desde el mayor consenso, hay que ser valientes y no dogmáticos (evitando innecesarios prejuicios ideológicos), activando todo el armamento, tanto público como privado, que se tenga a disposición para que el virus no contamine gravemente a nuestra economía y los derechos sociales. Y para ello, en aras de la seguridad jurídica, **las propuestas y escenarios, así como los requisitos y posibilidades derivadas de la gestión de los proyectos *Next Generation UE*, deberían residenciarse en una norma con rango legal distinta de la actual Ley de Contratos del Sector Público.** Norma que, respetando el margen competencial de las Comunidades Autónomas deberá simplificar los trámites (preservando la necesaria transparencia) para la selección y adjudicación, regulando los sistemas de control de la ejecución, a la vez que deberá prever las soluciones presupuestarias “singulares” adaptadas al actual escenario y finalidad. Aunar seguridad jurídica, transparencia, buen gobierno y movilización eficaz y eficiente de las inversiones es el reto.