

Contratación de servicios energéticos: modelos de contratos



§
GARRIGUES

David Sanz

Barcelona, 7 de abril de 2011

- **Valoración general**
- **La contratación de servicios energéticos: los condicionantes de su tratamiento jurídico**
 - Condicionante subjetivo: contratación con el sector público
 - Condicionante objetivo: ¿cuáles son las prestaciones a contratar?
 - Condicionante regulador: diferentes soluciones contractuales
- **La colaboración público-privada: la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público**
 - Punto de partida: contratación de la Administración Pública o EPE
 - Antecedentes de la contratación de servicios energéticos (antes LCSP)
 - La LCSP es la primera norma en regular este tipo de contratos
 - Características del contrato
 - Aplicación del contrato de colaboración público-privada a la contratación de servicios energéticos
 - Régimen jurídico: lo ya determinado
 - Régimen jurídico: lo que debe determinarse
 - Expediente de contratación
 - Procedimiento de adjudicación: diálogo competitivo
 - Especificaciones de la adjudicación y clausulado del contrato
- **Conclusiones**

- Proceso de consolidación jurídica
- Diferentes formas de contratación de servicios energéticos
 - Sujeto
 - Objeto
 - Procedimiento
 - Regulación técnica, económica, jurídica
- Trascendencia del contenido jurídico del contrato: régimen por determinar según el modelo contractual que se aplique
- Necesidad de ajustarse a la peculiaridad del caso concreto

- Condicionante subjetivo: contratación con el sector público
 - Aplicación de normativa contractual específica: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP)
 - Necesaria distinción entre Administración Pública y otros entes del sector público: contrato administrativo y contrato privado
 - Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: contrato administrativo y contrato privado
 - Otras fórmulas de colaboración público-privada: el recurso al Derecho privado

- Condicionante objetivo: ¿cuáles son las prestaciones a contratar?
 - Objeto plural con prestaciones de diferente naturaleza
 - Auditoría energética
 - Suministro/gestión del suministro energético
 - Proyecto, instalación y explotación de medidas de eficiencia energética e instalaciones de producción energética de origen renovable
 - Operación y mantenimiento
 - Control y gestión
 - Ejemplos: Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (Complejo Cuzco). Puede incluir: sustitución y/o renovación de instalaciones; gestión de licencias; obras de mejora y renovación de las instalaciones; mantenimiento de las instalaciones; garantía total; gestión energética; financiación de las obras y servicios con recuperación de la inversión a través del ahorro energético y económico alcanzado durante el contrato
- Ajuntament Martorelles (iluminación): gestión energética; mantenimiento; garantía total; obras de mejora y renovación de instalaciones consumidoras; inversiones en ahorro energético y energías renovables

- **Condicionante regulador: diferentes soluciones contractuales**
 - Definición del objeto del contrato según las necesidades del caso concreto y las propuestas que se formulen
 - Diferentes alternativas técnicas: evolución tecnológica; posibilidades de combinación; aplicación sin incidir en la actividad de los edificios; etc.
 - Diferentes alternativas financieras: responsabilidad de la financiación; reparto de ahorros; riesgo económico; etc.
 - Diferente régimen jurídico en aspectos como: amortización de las inversiones; duración del contrato; beneficio para la Administración de los ahorros generados desde un primer momento o a la finalización del contrato; riesgo del contratista; régimen de facturación; propiedad de los equipos; responsabilidades; garantías del servicio y penalizaciones; reparto de ahorros superiores a los garantizados; etc.
 - En definitiva, variadas fórmulas contractuales como referencia: Energy Performance Contract (EPC); modelo 4Ps ó 5Ps; Super Energy Savings Performance Contract; Public Private Partnerships

● Vías principales de contratación

- Contrato mixto de servicios y suministros / contrato de gestión de servicio público
 - Contrato típico
 - Fórmula tradicional de contratación
 - Contrato definido entre pliegos y oferta
 - Necesidad de elaborar el pliego en función de las circunstancias del caso concreto
 - Contratos existentes
 - Prestaciones a incluir
 - Régimen de retribución
 - Supuestos de modificación contractual
 - Otros

- Punto de partida: contratación de la Administración Pública o EPE
- Antecedentes de la contratación de servicios energéticos (antes LCSP)
 - Diferentes prestaciones en la tipología contractual: suministros, servicios, servicio público, obras
 - Difícil encaje en los contratos típicos en algunos casos
 - No es contrato de obra o concesión de obra pública
 - Construcción relativamente forzada: contrato mixto de servicios y suministros. Régimen de la absorción
 - En cualquier caso, disfunción de la sujeción al modelo contractual ordinario de una prestación no ordinaria
 - Objeto cierto
 - Precio cierto
 - Duración limitada (dudosa aplicación de la duración del contrato de suministro al contrato mixto de servicios y suministros)
 - Escasa flexibilidad en el régimen contractual

- **La LCSP es la primera norma en regular este tipo de contrato, si bien es una fórmula ya definida en otros ámbitos**
 - La Comisión Europea dice que son “(...) *diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio*” (Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, 2004)
 - La ONU entiende que “*una PPP (“Partenariado” Público-Privado) puede definirse generalmente como una forma de colaboración o esfuerzo común entre los sectores público y privado con el propósito de desarrollar, construir, explotar y financiar. Una PPP está consignada por una serie de acuerdos interrelacionados entre los agentes públicos y privados por los que se definen sus respectivos derechos y obligaciones según la configuración legal y política existente*” (Comisión Económica para Europa, Negotiation Platform for Public -private partnership in infrastructure projects, 2000)
 - Eurostat (Oficina estadística de la Unión Europea) se refiere a las relaciones público-privadas diciendo que son las celebradas con uno o varios socios, directamente o a través de una entidad especial constituida con este propósito, que posea un saber hacer en relación con el objeto de la relación durante la vigencia de aquél, que se caracteriza porque en el contrato menciona a la vez la producción de activos designados específicamente que necesitan un gasto inicial de capital, así como la provisión de servicios agregados, que requieren la utilización de los activos y que siguen normas determinadas de calidad y volumen (Decisión de 11 de febrero de 2004 sobre el tratamiento de déficit y deuda de las relaciones público-privadas)

● Características del contrato

- Sólo disponible para las Administraciones Públicas y EPE o autonómico similar
- Nominado o típico
- Camaleónico o flexible
- Dirigido a evitar la consolidación del endeudamiento
- Busca la mayor productividad de los fondos públicos
- Su finalidad es permitir la ejecución de actuaciones públicas, principalmente infraestructuras, dando más protagonismo al empresario colaborador
- Reparto diferente de actividades entre los contratantes
 - El operador económico privado asume un importante papel, participando en el diseño, realización, ejecución y financiación
 - El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos de interés público, calidad de los servicios propuestos, política de precios y control del cumplimiento de dichos objetivos
- Consecuentemente, se produce un nuevo reparto de los riesgos

- Aplicación del contrato de colaboración público-privada a la contratación de servicios energéticos
 - Contratación de Administración Pública/EPE
 - No incardinación exacta en la fórmula contractual típica
 - Complejidad técnica, económica y jurídica
 - Reflejo en la definición del objeto de este contrato (art. 11 LCSP): actuación global e integrada que incluye siempre financiación por el privado (se puede completar por la Administración) de inversiones inmateriales, obras o suministros necesarios para el cumplimiento de objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, y alguna otra de las siguientes
 - Construcción, instalación, modificación, mantenimiento, transformación, actualización o renovación, explotación o gestión de obras, equipos, sistemas, productos o bienes complejos (apartado a)
 - Gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas (apartado b)
 - En todo caso, cambian las reglas del juego: de la certidumbre que ofrecía el Pliego a la flexibilidad que aporta el diálogo competitivo y la figura del contrato “por hacer”
 - Debe tenerse en cuenta que excepciona diversos principios de la contratación: prohibición de pago aplazado (art. 75.7); permite encomendar la dirección técnica de la ejecución al contratista (art. 45.2); objeto determinado (art. 74); puede alterar el principio de mínima acumulación de prestaciones (art. 25.2)

- Régimen jurídico: lo ya determinado
 - Escasa regulación propia: un artículo para definición (art. 11), dos artículos para efectos y extinción (arts. 289 y 290), tres artículos para las actuaciones preparatorias (arts. 118 a 120) y las normas para el diálogo competitivo
 - Aplicación Título I Libro IV: prerrogativas de la Administración; reglas generales sobre ejecución de contratos; resolución por demora y prórroga; indemnización por daños y perjuicios; demora en el pago del precio; transmisión de derechos de cobro; modificación de los contratos; extinción de los contratos; cesión de los contratos y subcontratación
 - Normas del contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal
 - Estas dos últimas referencias en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar

● **Régimen jurídico: lo que debe determinarse**

- Identificación de las prestaciones principales
- Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista
- Objetivos de rendimiento asignados al contratista
- Remuneración del contratista
- Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato
- Fórmulas de pago
- Fórmulas de control por la Administración de la ejecución del contrato
- Sanciones y penalidades por incumplimiento
- Supuestos de modificación y/o resolución
- Control de la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato
- Destino de las obras y equipamientos a la finalización del contrato
- Garantías del contratista
- Referencia a las prerrogativas de la Administración y condiciones generales de ejecución, modificación y extinción de los contratos

● Expediente de contratación

- Este contrato sólo cabe cuando se comprueba que otras fórmulas alternativas no satisfacen las finalidades públicas (art. 11.2) lo cual debe demostrarse en el trámite de evaluación previa, antes de iniciarse el expediente de contratación (art. 118)
 - Debe justificar que, por la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir antes de la licitación los medios técnicos o mecanismos jurídicos y financieros para satisfacer sus necesidades
 - Análisis comparativo con otras formas alternativas que justifiquen los motivos jurídicos, económicos, administrativos y financieros que recomienden esta “formula de contratación” en términos de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos
 - El análisis será “sucinto” si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración
 - La evaluación la realiza la Mesa especial para el diálogo competitivo (art. 296 para el Estado), cuya composición debe integrar a expertos con calificación suficiente (art. 118.3)
- Programa funcional (art. 119)
 - Lo elabora el órgano de contratación y contiene los elementos básicos sobre los que se va a dialogar con los “contratistas”
 - Identificará la naturaleza y extensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos de las ofertas y los criterios de adjudicación
- Los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas serán sustituidos por el documento descriptivo al que se refiere el art. 165 (art. 93.3), en el que se incluirá el Programa Funcional

● Procedimiento de adjudicación: diálogo competitivo

● Concepto de diálogo competitivo

- El órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones (o medios adecuados) susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta (art. 163 y 166.1)

- Cabe que se prevea prima o compensación para los participantes en el diálogo (art. 163.2)

● Anuncio de licitación que defina sus necesidades y requisitos que se contendrán en el documento descriptivo

- Al ser contrato sujeto a regulación armonizada el anuncio debe publicarse, además de en BOE o BOP, siempre en el DOUE (art. 126)

● Para la selección de los licitadores son de aplicación las reglas del procedimiento restringido (arts 147 a 149) pero sin que puedan ser menos de tres

- Los plazos para solicitudes de los interesados son de 37 días desde el envío del anuncio al DOUE, quedando en 30 si los anuncios se remiten por medios electrónicos
- Las invitaciones harán referencia al anuncio de licitación, lugar y fecha de inicio de la fase de consultas, lengua o lenguas utilizables, documentos sobre aptitud que se deben acompañar y ponderación relativa de los criterios u orden decreciente de importancia
- Se les entregará un documento descriptivo (no hay Pliegos) y de la documentación complementaria o forma de acceder a ella y la información suplementaria que soliciten los licitadores con antelación de seis días al momento del inicio de la fase de diálogo

- Las solicitudes de participación de los licitadores deben acompañarse de los documentos del art. 130
 - De la personalidad y de la representación
 - Solvencia económica y financiera y técnica o profesional
 - Declaración de ausencia de prohibiciones para contratar
 - Dirección de correo electrónico para notificaciones
 - Sometimiento a la jurisdicción española para las empresas extranjeras
 - Otros documentos que exija el documento descriptivo y en el anuncio

- Fase de diálogo (art. 166)
 - Principio de igualdad de trato a los licitadores y, en particular, no se dará información que pueda dar ventaja a algún licitador de forma discriminatoria
 - Principio de confidencialidad: los órganos de contratación no pueden divulgar información facilitada por los empresarios y secreto de las proposiciones (art. 129). Son de aplicación general, pero más necesario en el diálogo competitivo
 - Podrá haber fases sucesivas en el diálogo (art. 149) para reducir progresivamente el número de soluciones, según criterios indicados en el anuncio. El número final debe garantizar la competencia efectiva
 - Termina la fase de diálogo cuando se han determinado las soluciones que puedan responder a las necesidades públicas. Se declara cerrado el diálogo y se invita a los licitadores a presentar su “oferta final”, basada en las soluciones presentadas y especificadas en la fase de diálogo
 - Especificidad del CPP aplicado a servicios energéticos: el diálogo no se extenderá más allá de 45 días (RDL 6/2010)

- Fase de presentación de ofertas (art. 167)
 - Las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto
 - El órgano de contratación podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de sus elementos fundamentales que implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio
 - Criterios de valoración de las ofertas: oferta económicamente más ventajosa (art. 167)
 - Estarán señalados en el anuncio o en el documento descriptivo
 - Calidad, precio, fórmula de revisión de las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o servicio, plazo de ejecución o entrega, coste de utilización, características ambientales, exigencias sociales propias de los usuarios especialmente desfavorecidos, valor técnico, características estéticas o funcionales, disponibilidad, coste de repuestos, mantenimiento, asistencia técnica, servicio postventa u otros semejantes (art 134)
 - Deben estar debidamente ponderados o, al menos, por banda de valores, enumerados por orden decreciente de importancia (art. 134)
 - Valoración separada de los matemáticos y los de valor
 - Deben estar justificados (art. 93.4)
 - Para empresas que tengan en plantilla personas discapacitadas, en situación de exclusión social y entidades sin ánimo de lucro, se puede otorgar preferencia cuando oferten en igualdad de condiciones con las económicamente más ventajosas (DA 6ª)

- Especificidad del CPP aplicado a servicios energéticos: 15 días para presentar ofertas finales desde recepción de notificación para hacerlo (RDL 6/2010)
- El órgano de contratación podrá requerir al licitador cuya oferta se considere más ventajosa económicamente para que aclare determinados aspectos o ratifique compromisos que en ella figuran, siempre que con ello no se modifiquen elementos esenciales de la oferta o de la licitación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio
 - No es lógico pedir ratificación de compromisos



● **Especificaciones de la adjudicación y clausulado del contrato**

- Clausulado del contrato más relevante (arts. 26 y 120)
- Condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 102)
- Renuncia al contrato por interés público y desistimiento del procedimiento por infracción no subsanable (art. 139)
- Formalización en 15 días hábiles. Siempre escrita por ser contrato de Administraciones Públicas (arts. 28 y 140)
- Remisión al TC y a la JCCA (arts. 29 y 30), publicación en DOUE y BOE (art. 138)

- Diversidad de formas de contratación
- Contrato mixto o servicio público: el modelo conocido
- CPP
 - Fórmula contractual adecuada para una contratación compleja por razones técnicas, económicas y jurídicas
 - Máxima expresión de la colaboración entre la Administración y el operador privado: el contrato está “por hacer”
 - La flexibilidad no puede generar inseguridad ni tampoco discriminación. Necesidad del mayor rigor en la definición de criterios de valoración, desarrollo del diálogo competitivo y selección de la oferta