

La concesión de servicios como contrato de eficacia energética



Antonio de Marcos
Madrid, 28 de junio de 2018

El contrato de eficiencia energética

La Directiva 2012/27/UE, de eficiencia energética y su transposición parcial al ordenamiento jurídico española mediante el RD 56/2017, de 12 de febrero, define el contrato de rendimiento energético como:

- Todo acuerdo contractual entre el beneficiario y el proveedor de una medida de mejora de eficiencia energética, verificada y supervisada durante la vigencia del contrato, y en el que las inversiones en dicha medida se abonan respecto de un nivel de mejora de la eficiencia energética acordado contractualmente o de cualquier otro criterio de rendimiento energético, tal como el ahorro financiero o la garantía de ahorros contractuales.
- Igualmente, recoge la Directiva 2012/27/UE, en su considerando 47, que el beneficiario del servicio energético evita los costes de inversión, utilizando parte del valor del ahorro de energía para pagar total o parcialmente la inversión efectuada por un tercero, siendo esta la nota esencial de este tipo de contratos.

El contrato de eficiencia energética

La Directiva define otros conceptos necesarios para poder movernos en este marco con mayor seguridad:

- **“Ahorro de energía”**, como la cantidad de energía ahorrada determinada mediante la medición y/o estimación del consumo antes y después de la aplicación de una o más medidas de mejora de la eficiencia energética, teniendo en cuenta al mismo tiempo la normalización de las condiciones externas que influyen en el consumo de energía.
- **“Mejora de la eficiencia energética”**, definida como el aumento de la eficiencia energética resultado de los cambios tecnológicos y su comportamiento económico.
- **“Servicio energético”**, como el bien derivado de la combinación de una energía con una tecnología energética eficiente o con una acción, que pueda incluir las operaciones, el mantenimiento y el control necesarios para prestar el servicio, el cual se presta con arreglo a un contrato y que, en circunstancias normales, ha demostrado conseguir una mejora de la eficiencia energética o un ahorro de energía verificable y medible.

El contrato de eficiencia energética

En el ámbito nacional, según las **Recomendaciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado del año 2009**, el contrato de eficiencia energética supone una actuación global e integrada en relación con la prestación de los servicios energéticos en uno o varios edificios públicos, que incluye las siguientes prestaciones:

- **“Gestión energética”**, para el funcionamiento correcto de las instalaciones objeto del contrato se realiza la gestión del suministro energético de combustibles y electricidad de todo el edificio, el control de calidad, cantidad y uso, y las garantías de aprovechamiento.
- **“Mantenimiento”**, mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y limpieza de las instalaciones con todos sus componentes, así como lograr la permanencia en el tiempo de su rendimiento y de todos sus componentes al valor inicial.
- **“Garantía total”**, reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados en las instalaciones según se determine en el desarrollo del dialogo competitivo bajo la modalidad de garantía total, incluyendo el mantenimiento correctivo.

El contrato de eficiencia energética

- **“Obras de mejora y renovación”** de las instalaciones consumidoras de energía.
- **“Inversiones en ahorro energético y energías renovables”**, promover la mejora de la eficiencia energética mediante la incorporación de equipos e instalaciones que fomenten el ahorro de energía, la eficiencia energética y la utilización de energías renovables y residuales, como biomasa, energía solar térmica, fotovoltaica, cogeneración, etc.

Por todo ello, en el contrato de eficiencia energética se distinguen **tres notas características**:

- Su finalidad es lograr una mejora de la eficiencia energética verificable.
- Su financiación se produce a través de los efectos de las mejoras de eficiencia energética obtenidas.
- Las inversiones pueden recaer en obras, suministros o servicios.

Se trata, por tanto, de una actuación integral en la que el contratista interviene en el aspecto financiero y en la gestión del riesgo del contrato.

Guía EUROSTAT de mayo 2018

Cuestiones clarificadas en la Guía de Eurostat de 2018 sobre el tratamiento estadístico de los contratos de eficiencia energética.

- Aplicable a activos removibles o no
- Posible adquisición de los bienes al final de la duración del contrato por su precio residual.
- Riesgo operacional
 - Riesgo de construcción
 - Riesgo de disponibilidad
 - Riesgo de demanda

Modelo de contrato de servicios del Ministerio de Transición Ecológica (MITRANSEC)

Por parte de AMI, y en colaboración con el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) y otras Asociaciones, se ha elaborado un modelo de contrato de concesión de servicios, que en la actualidad se encuentra pendiente valoración por la Abogacía del Estado, la Intervención General del Estado y por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el que el objeto del contrato para la eficiencia energética de edificios y/o instalaciones, excluyendo el alumbrado público, está formado por cuatro elementos:

- **P.1.1.- Gestión energética de las nuevas instalaciones**
- **P.1.2.- Gestión energética de las instalaciones existentes previas a la formalización del contrato**
- **P.2.- Mantenimiento preventivo de todas las instalaciones**
- **P.3.- Garantía total**

El ahorro, a su vez, se divide en dos tipos de ahorro:

- **Ahorro garantizado.** Es el ahorro mínimo que se estima para garantizar las condiciones mínimas de confort de funcionamiento.
- **Ahorro comprometido.** Es el ahorro ofertado como incremento de los garantizados y cuyo beneficio será percibido por la ESE.

El contrato de concesión de servicios

❑ Evolución histórica del contrato de concesión

- Instrucción para la promoción y ejecución de obras públicas, aprobada por Real Decreto de 10 de octubre de 1845.
- Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877.
- Ley de Carreteras de Peaje, de 26 de febrero de 1953
- Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, Decreto de 17 de junio de 1955.
- Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965.
- Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas. Título V “Del contrato de concesión de obras públicas”.
- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

El contrato de concesión de servicios

- El documento de trabajo de la Comisión Europea que acompañaba a la propuesta que dio lugar a la Directiva 2014/24/UE, afirma que: *“Las concesiones implican un acuerdo contractual entre la autoridad pública y el operador económico (el concesionario) en virtud del cual este último presta servicios o lleva a cabo obras y es remunerado sustancialmente mediante el permiso que se le concede para explotar la obra o el servicio. Las concesiones son un medio de realizar proyectos de interés público cuando las autoridades estatales o locales necesitan movilizar capital y conocimientos técnicos privados para complementar unos recursos públicos escasos. Sostienen una parte significativa de la actividad económico de la UE y están especialmente presentes en la prestación de servicios de interés general”*.
- La Directiva 2014/24/UE justifica su existencia en la necesidad de instaurar un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de concesiones, que garantice a todos los operadores económicos de la Unión un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado, y que afiance la seguridad jurídica, favoreciendo así la inversión pública en infraestructura y servicios estratégicos para los ciudadanos.

El contrato de concesión de servicios

□ El contrato de concesión de servicios en la LCSP (Ley 9/2017)

- *El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional. (art.15).*
- **Riesgo operacional (art. 14.4)**
- *El riesgo operacional abarca el riesgo de demanda o el de suministro, o de ambos.*
- *Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato.*
- *Se entiende por riesgo de suministro 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.*

El contrato de concesión de servicios

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbre del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

- **Régimen jurídico del contrato de concesión de servicios**

La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (art. 284.1).

El contrato de concesión de servicios

Puede ser aplicable a todos los servicios, sean públicos o no (alumbrado público o suministro de electricidad a un edificio público).

Cuando se trate de la concesión de un servicio público (alumbrado público), deberá:

- Establecerse previamente el régimen jurídico del contrato, declarando expresamente las prestaciones en favor de los administrados y regulando los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.
- Imposibilidad de embargo de bienes afectos.
- Posibilidad de rescate, secuestro o la intervención del servicio público.
- La Admón. mantiene el ejercicio de poderes de policía en relación con la buena del servicio público de que se trate.

En la concesión de servicios se aplica supletoriamente la regulación del contrato de concesión de obras (art. 297).

El contrato de concesión de servicios

- **Expediente del contrato de concesión de servicios**

- Pliegos y anteproyecto de obras y de explotación (art. 285)

Deben hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos

- Objeto del contrato y su división en lotes, en la forma prevista en el art. 99.3 y con la finalidad de promover la libre concurrencia.
- Fijar las condiciones de prestación del servicio, en su caso las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración.
- Regular la distribución de riesgos entre la Admón. y el concesionario, si bien el riesgo operacional siempre recaerá en el contratista.
- Definir los requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica o profesional exigible a los licitadores.
- Prever la posible cesión del contrato.

El contrato de concesión de servicios

- La tramitación del expediente irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de los servicios y, en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrá carácter vinculante.
- En el supuesto en el que sea necesaria la ejecución de obras, la tramitación del expediente de adjudicación irá precedida de la elaboración y aprobación del Anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, en los términos previstos en el art. 248.1.
- En cuanto a la adjudicación del contrato, se estará a lo dispuesto en las condiciones generales de la LCSP.

El contrato de concesión de servicios

- **Duración de los contratos de concesión de servicios**

(art. 29.6)

Los contratos de concesión tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el PCAP.

Si la concesión sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas, junto con un rendimiento sobre el capital invertido. Las inversiones que se tendrán en cuenta a efectos del cálculo de duración del contrato serán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

El contrato de concesión de servicios

En cualquier caso, la duración de los contratos de concesión, no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas de:

- 40 años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y explotación del servicio
- 25 años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- 10 años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios y no estén comprendidos en la letra a).

El contrato de concesión de servicios

Los plazos anteriores, fijados en los PCAP's solo podrán ser ampliados en un 15% de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato.

No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras, aquellos períodos en los que estas deban suspenderse por causa imputable a la Admón. concedente o por causa de fuerza mayor. Si el concesionario fuera responsable del retraso de la ejecución de las obras se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el PCAP y en la LCSP, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión.

En aplicación de la regla de EUROSTAT se propone una duración de 10 años, sin incluir las posibles prórrogas.

El contrato de concesión de servicios

Obligaciones y derechos del concesionario

- Obligaciones generales del concesionario (art. 288)
 - Prestar el servicio con la continuidad y en las condiciones convenidas.
 - Cuidar del buen orden del servicio.
 - Indemnizar por los daños que se ocasionen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Admón.
 - Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en los contratos de suministro consecuencia del de concesión.
 - Cualesquiera otras previstas en la legislación, en el PCAP, y en el resto de la documentación contractual.

El contrato de concesión de servicios

- Derechos del concesionario (art. 289)
 - A las contraprestaciones económicas previstas en el contrato.
 - A hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio.
 - A una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios de la propia Admón.
 - A la revisión de las contraprestaciones económicas conforme a lo previsto en el Capítulo II del Título III del Libro Primero de la LCSP, relativo a la revisión de precios.

El contrato de concesión de servicios

Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico (art. 290)

- La Admón. podrá modificar las características y tarifas del servicio contratado, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en la LCSP.
- Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.
- Cuando las modificaciones que dicte la Admón. no tengan transcendencia económica, el concesionario no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

El contrato de concesión de servicios

- Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:
 - Cuando la Admón. realice una modificación de las causas generales de modificación del contrato previstas en la LCSP – arts. 203 a 207.
 - Cuando las actuaciones de la Admón. concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
 - Fuera de las causas anteriores, únicamente procederá cuando por causas de fuerza mayor previstas en el art. 239 de la LCSP.

El contrato de concesión de servicios

- El restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Admón. concedente, la reducción o ampliación del plazo del contrato y, en general, cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

El contrato de concesión de servicios

- El contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este le resulte extraordinariamente oneroso para él, en los supuestos previstos en el art. 290.6
 - Aprobación de una disposición general por una Admón. distinta a la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.
 - Incorporación obligatoria para el concesionario de avances técnicos que mejoren las obras o su explotación, producidas con posterioridad a la formalización del contrato.
 - Se entenderá que es excesivamente oneroso cuando la incidencia de las disposiciones de la Admón. o de los avances técnicos supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5% del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma.

El contrato de concesión de servicios

Subcontratación (art. 296)

En los contratos de concesión de servicios la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias.

Reversión de los bienes del contrato (art. 291)

- Finalizado el plazo de la concesión, el servicio revertirá a la Admón., debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.
- Los bienes que vayan a revertir a la Admón. no podrán ser embargados.

El contrato de concesión de servicios

Resolución del contrato de concesión de servicios (art. 294)

- Además de las generales de la LCSP (art. 211), las siguientes:
 - Ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados.
 - Demora superior a los 6 meses de la contraprestación de la Admón. o de los medios auxiliares.
 - Rescate por razones de interés público.
 - Supresión del servicio por razones de interés público.
 - Imposibilidad de explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Admón. con posterioridad a la formalización del contrato.
 - Secuestro superior a los 3 años, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

Muchas gracias