



UNIVERSITAT POLITÈCNICA DE VALÈNCIA

TRABAJO FINAL DE CARRERA

“ESTUDIO DEL SISTEMA DE CONCESIÓN
PARA LA FINANCIACIÓN DE LA INICIATIVA
PÚBLICA”

María Loras Abril

29 de Noviembre del 2011



Índice

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	5
1. Objeto	5
2. Objetivos.....	6
3. Justificación de las asignaturas relacionadas con el TFC.....	7
CAPÍTULO II: INTRODUCCIÓN AL SISTEMA CONCESIONAL	11
1. Antecedentes.....	11
2. Estructura de la ley reguladora de contratos con el Estado	12
2.1 Instrumentos para la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público....	14
2.1.1 Principios y racionalidad de la contratación pública	14
2.1.2 Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.....	16
2.1.3 Contratos sujetos a una regulación armonizada	18
2.1.4 Perfil del contratante y plataforma de contratación del estado.....	22
2.1.5 Confidencialidad.....	25
2.1.6 Condiciones especiales de ejecución del contrato	26
2.1.7 Dialogo competitivo	28
2.1.8 Subasta electrónica y racionalización técnica de la contratación	29
2.1.9 Contratación electrónica	32
2.1.10 Contratación de acceso a bases de datos y suscripciones	33
3. Normativa referente a la contratación pública.....	34
4. Proyectos llevados a cabo mediante concesión en España.....	37
4.1 Experiencia en concesiones en infraestructuras de obra pública.....	37
4.2 Experiencia en concesiones de servicios públicos	39
CAPÍTULO III: EL MODELO CONCESIONAL	41
1. Introducción.....	41
2. Características del modelo concesional	42
2.1 Clases de concesiones administrativas	42
2.1.1 Concesión de servicios públicos y gestión de obras públicas	43
2.1.2 Contrato de gestión de servicios públicos	45
2.1.3 Contrato de suministro	45
2.1.4 Contrato de servicios	46
2.1.5 Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.....	47
2.1.6 Contratos mixtos.....	48
2.2 Ventajas y desventajas de la aplicación del sistema de concesiones.....	49
2.2.1 Ventajas	50
2.2.2 Desventajas	51
3. Procedimientos de adjudicación para la contratación pública.....	52
3.1 Procedimientos ordinarios de adjudicación	54
3.1.1 Procedimiento abierto.....	54
3.1.2 Procedimientos complementarios de selección	59
3.1.3 Procedimientos extraordinarios de adjudicación.....	63
3.2 Los pliegos de los contratos.....	68
3.2.1 Acceso a la licitación	68
3.2.2 Criterios de adjudicación	70



3.3 Modos de gestión de los servicios públicos	73
3.3.1 Gestión directa.....	73
3.3.2 Gestión indirecta.....	76
3.3.3 Gestión mixta.....	80
3.3.4 Características comunes a la gestión indirecta y mixta	80
3.4 Clasificación de sistemas de financiación	82
3.4.1 Modelos de financiación pública.....	83
3.4.2 Modelos de financiación privada.....	85
3.4.3 Modelos de financiación mixta.....	86
3.4.4 Otras formas de financiación.....	87
CAPÍTULO IV: ANALISIS ECONOMICO-FINANCIERO	91
1. Introducción.....	91
2. Plan económico financiero	91
2.1 Criterios para la elaboración del Plan económico-financiero.....	93
2.2 Estudio de viabilidad	94
2.3 Contenido de la propuesta del licitador	95
2.4 Análisis de sensibilidad	97
2.5 Gestión de los riesgos en el modelo concesional español	101
2.5.1 Riesgos de la administración	102
2.5.2 Riesgos del concesionario	104
2.5.3 Riesgos asumibles a otros agentes.....	105
2.5.4 Los riesgos de la inversión en infraestructura pública	105
2.6 La incorporación del medio ambiente en la contratación pública.....	108
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....	113
LISTADO DE TABLAS.....	117
LISTADO DE FIGURAS.....	119
BIBLIOGRAFÍA	121

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1. Objeto

El tema elegido para desarrollar el trabajo final de carrera ha sido el sistema concesional español. La importancia que esta adquiriendo este sistema además de la participación público privada (PPP) en la provisión de infraestructuras y equipamientos públicos esta siendo reconocida por numerosas administración públicas. Éstas se han visto obligadas a recurrir al sector privado debido a las crecientes necesidades de gasto del gobierno y las limitaciones de las administraciones.

En primer lugar, se recopilara información necesaria para el estudio del tema propuesto. El análisis de esta información nos permitirá conocer los antecedentes históricos del sistema concesional en España, así como la legislación de los contratos públicos.

En segundo lugar, nos adentraremos en el modelo concesional para conocer los rasgos que lo caracterizan. Además de los riesgos que conlleva la gestión de proyectos en el modelo concesional español, tanto para la administración como para el concesionario.

Dentro del trabajo a realizar se plantea un análisis del sistema económico financiero del sistema concesional.

A través del análisis realizado, se elaborarán una serie de conclusiones sobre la necesidad de viabilidad de un proyecto llevado a cabo por un modelo concesional. Dentro del capítulo de conclusiones, se ha analizara la creciente preocupación por el impacto ambiental y la consideración de posibles medidas correctoras.

2. Objetivos

La elaboración del TFC es el complemento final para la obtención del título de Diplomado en Gestión y Administración pública, por ello, es importante el contenido y el desarrollo de esta, para su clara comprensión y lectura.

Los objetivos propuestos al comienzo del trabajo, son:

1. Indagar en los antecedentes históricos sobre participación público-privada, para analizar la evolución del sistema hasta nuestros días.
2. Analizar el estudio del sistema concesional en España, dado el auge en los últimos años.
3. Proporcionar información sobre la normativa vigente en España sobre contratación pública, así como, extraer las novedades en relación a la nueva Ley de Contratos del Sector Público.
4. Analizar objetivamente el modelo económico-financiero.
5. Identificar la necesidad de viabilidad económica-financiera para un proyecto de concesión pública.

3. Justificación de las asignaturas relacionadas con el TFC

Para la realización del presente TFC ha sido necesaria la recopilación para su posterior análisis de toda la información recopilada a través de diferentes soportes sobre el tema de estudio elegido. Las asignaturas de información y documentación administrativa I y II, nos han aportado conocimientos básicos y las habilidades necesarias para realizar operaciones informáticas, búsqueda de información a través de Internet, además de conocer la naturaleza de los documentos, topología, soportes,... a lo largo de la realización del estudio.

Durante la realización del capítulo II, introducción al sistema concesional, se ha tratado con materias estudiadas en las asignaturas de derecho administrativo I y II las cuales nos aportan los conocimientos teóricos y prácticos de lo que es el ámbito de la Administración en todas sus facetas jurídicas, objetiva, subjetiva, lógico formal o funcional.

Así mismo, en el capítulo III, reconocemos conocimientos adquiridos en las asignaturas de gestión administrativa I, II y III, además de la citada anteriormente en el capítulo II, derecho administrativo.

Aplicamos los conocimientos de la gestión de la administración pública como los modelos de gestión, sus distintas formas y niveles, la calidad de los servicios públicos,... Además, Gestión administrativa I y II nos ha permitido saber aplicar algunos métodos y técnicas básicas de coordinación de la Administración española.

El estudio de los contratos de obra pública y los contratos de gestión de servicios públicos, son materia que nos ha aportado los conocimientos teóricos y prácticos de lo que es el ámbito de la administración en su faceta jurídica, comprensiones adquiridas a través de las asignaturas de derecho administrativo I y II.

El capítulo IV, sobre el modelo económico-financiero, ha impulsado a poner en práctica aptitudes y conocimientos estudiados en asignaturas como gestión financiera y contabilidad (I, II y III), ya que a través de esta hemos conocido la elaboración de presupuestos de las administraciones públicas; los gastos e ingresos presupuestarios, así como en la elaboración de cuentas anuales. Las asignaturas de Estadística nos han permitido operar con datos de investigación cuantitativos y cualitativos para finalmente convertirlos en información de relevancia.



Por último, el capítulo V como colofón del TFC, se recogerán una serie de conclusiones referentes al impacto ambiental relacionado con el proyecto planteado. La asignatura Gestión pública de medio ambiente nos ha proporcionado gran ayuda para la elaboración de estas conclusiones.

JUSTIFICACIÓN DE LAS ASIGNATURAS CURSADAS POR EL ALUMNO Y RELACIONADAS CON LA ELABORACIÓN DEL TFC O PRÁCTICUM

Capítulo del TFC	CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN
Asignaturas relacionadas	Información y documentación administrativa, informática básica Información y documentación administrativa I y II
Breve justificación	Nos han aportado conocimientos básicos y las habilidades necesarias para realizar operaciones informáticas, búsqueda de información a través de Internet, además de conocer la naturaleza de los documentos, topología, soportes,...

Capítulo del TFC	CAPÍTULO II: INTRODUCCION AL SISTEMA CONCESIONAL
Asignaturas relacionadas	Derecho administrativo I y II
Breve justificación	Las asignaturas de derecho administrativo nos aportan los conocimientos teóricos y prácticos de lo que es el ámbito de la Administración en todas sus facetas jurídicas, objetiva, subjetiva, lógico formal o funcional.

Capítulo del TFC	CAPÍTULO III: MODELO CONCESIONAL
Asignaturas relacionadas	Gestión administrativa I, II y III Derecho administrativo I y II
Breve justificación	<p>En este capítulo habremos aplicado los conocimientos de la gestión de la administración pública como los modelos de gestión, sus distintas formas y niveles, la calidad de los servicios públicos,... Además, Gestión administrativa I y II nos ha permitido saber aplicar algunos métodos y técnicas básicas de coordinación de la Administración española.</p> <p>El estudio de los contratos de obra pública y los contratos de gestión de servicios públicos, son materia que nos ha aportado los conocimientos teóricos y prácticos de lo que es el ámbito de la administración en su faceta jurídica, comprensiones adquiridas a través de las asignaturas de derecho administrativo I y II.</p>

Capítulo del TFC	CAPÍTULO IV: MODELO ECONOMICO-FINANCIERO
Asignaturas relacionadas	Gestión financiera y contabilidad I, II y III Estadística I y II
Breve justificación	<p>Habremos puesto en práctica aptitudes y conocimientos estudiados en asignaturas como gestión financiera y contabilidad (I, II y III), ya que a través de esta hemos conocido la elaboración de presupuestos de las administraciones públicas; los gastos e ingresos presupuestarios, así como en la elaboración de cuentas anuales. Las asignaturas de Estadística nos han permitido operar con datos de investigación cuantitativos y cualitativos para finalmente convertirlos en información de relevancia.</p>

Capítulo del TFC	CAPÍTULO V: CONCLUSIONES
Asignaturas relacionadas	Información y documentación administrativa, informática básica Información y documentación administrativa I y II Gestión administrativa I, II y III Derecho administrativo I y II Gestión financiera y contabilidad I, II y III Estadística I y II Gestión pública del medio ambiente
Breve justificación	<p>Todas las asignaturas anteriores nos habrán aportado conocimientos básicos y las habilidades necesarias para realizar operaciones informáticas, búsqueda de información a través de Internet, además de conocer la naturaleza de los documentos, topología, soportes, para poder elaborar este capítulo de CONCLUSIONES.</p> <p>Las asignaturas de derecho administrativo nos aportan los conocimientos teóricos y prácticos de lo que es el ámbito de la Administración en todas sus facetas jurídicas, objetiva, subjetiva, lógico formal o funcional.</p> <p>Habremos aplicado los conocimientos de la gestión de la administración pública como los modelos de gestión, sus distintas formas y niveles, la calidad de los servicios públicos,... Además, Gestión administrativa I y II nos ha permitido saber aplicar algunos métodos y técnicas básicas de coordinación de la Administración española.</p> <p>El estudio de los contratos de obra pública y los contratos de gestión de servicios públicos, son materia que nos ha aportado los conocimientos teóricos y prácticos de lo que es el ámbito de la administración en su faceta jurídica, comprensiones adquiridas a través de las asignaturas de derecho administrativo I y II.</p> <p>Habremos puesto en práctica aptitudes y conocimientos estudiados en asignaturas como gestión financiera y contabilidad (I, II y III), ya que a través de esta hemos conocido la elaboración de presupuestos de las administraciones públicas; los gastos e ingresos presupuestarios, así como en la elaboración de cuentas anuales. Las asignaturas de Estadística nos han permitido operar con datos de investigación cuantitativos y cualitativos para finalmente convertirlos en información de relevancia.</p> <p>Por último, dada la creciente preocupación por el medio ambiente, se recogerán una serie de conclusiones referentes al impacto ambiental relacionado con el proyecto planteado. La asignatura Gestión pública de medio ambiente nos ha proporcionado gran ayuda para la elaboración de estas conclusiones.</p>

CAPÍTULO II: INTRODUCCIÓN AL SISTEMA CONCESIONAL

1. Antecedentes

En esta última década la posición del sector público respecto a la provisión de infraestructuras y servicios está cambiando de forma generalizada pasando de gestionar directamente los activos, asumiendo los riesgos inherentes a su propiedad, a desempeñar un papel meramente planificador y regulador de la actividad privada en garantía del interés público y de los consumidores. Razones económicas, fiscales y de eficiencia son las causas principales que han llevado a esta transformación.

En el contexto actual los gobiernos están considerando la “privatización” de servicios públicos en orden a la reducción de costes y la modernización de la gestión; la confluencia de una creciente demanda social y de infraestructuras, en combinación con limitaciones presupuestarias y resistencia pública al aumento impositivo, hacen esencial que las autoridades públicas consideren dirigirse hacia la capacidad de innovación y el acceso a capital operativo propios del sector privado.

La búsqueda de formas de financiación privadas de las obras públicas caracterizó el último tercio del siglo XIX por una serie de razones como la necesidad de promover la iniciativa económica privada y la incapacidad empresarial de la Administración, que llevó a la figura del concesionario interpuesto (gestión por contrata y por empresa) al limitado ámbito de la gestión directa de obras públicas (por administración). Otra de las razones fue la insuficiencia de recursos públicos para abordar proyectos de utilidad pública.

Los primeros antecedentes del sistema concesional en España data de 1845, en relación con las “obras por empresa”, concesión para caminos de toda clase,

canales de navegación, riego y desagüe, es en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1871, en la que resultó plasmada la participación pública privada, a través de la concesión, en la ejecución de las infraestructuras públicas.

En el contexto de la primera guerra mundial, el modelo concesional entra en crisis. Por una multitud de razones, especialmente en las obras hidráulicas aparecerá la gestión directa por el Estado como medida para superar esta situación.

El concesionario de obra pública subsistió en dos ámbitos sectoriales a pesar de la situación por la que pasaban, las autopistas de peaje y la ejecución de obras de urbanización.

Con la consagración del Estado Social, tras la II Guerra Mundial se vuelve a consolidar la participación pública en la ejecución de dichas actividades, hasta fechas muy recientes en las que de nuevo se ha sentido la necesidad de instrumentar nuevas fórmulas de colaboración pública-privada, que dieran respuestas a los nuevos proyectos a desarrollar y que supusieran la evolución de la concesión como única fórmula de colaboración o participación privada.

2. Estructura de la ley reguladora de contratos con el Estado

El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público inició su tramitación en el Congreso de los Diputados el día 8 de septiembre de 2006 y fue aprobado por el Pleno tras las modificaciones introducidas por el Senado el día 18 de octubre de 2007.

En el Boletín Oficial del Estado, de 31 de octubre, se publicó la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Esta Ley surge de la necesidad de incorporar al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva Comunitaria 18/2004, del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

El objeto de esta Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), de acuerdo con su artículo 1, es regular la contratación del sector público, garantizando que la misma se ajuste entre otros, a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y selección de la oferta económicamente más ventajosa y regular los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos.

La estructura de esta nueva Ley de Contratos es totalmente novedosa al apartarse totalmente del esquema tradicional que se estructuraba en dos libros, recogiendo el primero una serie de normas aplicables con carácter general a todos los contratos y el segundo una serie de normas especiales para cada tipo de contrato.

La LCSP se estructura en base a un Título preliminar que recoge unas disposiciones generales y cinco libros que regulan: la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos; la preparación de estos contratos; la selección del contratista y la adjudicación de los contratos; los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos; y la organización administrativa para la gestión de la contratación.

El texto cuenta con 309 artículos, 33 disposiciones adicionales, 6 transitorias, 1 derogatoria, 11 finales y 3 anexos:

- Título preliminar: Disposiciones generales
- Libro I: Configuración general de la contratación del sector público. Los elementos estructurales de los contratos.
- Libro II: Preparación de los contratos
- Libro III: Selección del contratista y adjudicación de los contratos
- Libro IV: Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos
- Libro V: Organización administrativa para la gestión de la contratación
- Libro VI: Régimen Especial de Revisión, Recurso Especial en materia de contratación y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos
- Disposiciones adicionales (1 a 33)
- Disposiciones transitorias (1 a 7)
- Disposición derogatoria única
- Disposición final (1 a 12)
- Anexo I: Actividades a las que se refiere el apartado 1 del artículo 6
- Anexo II: Servicios a los que se refiere el artículo 10
- Anexo III: Lista de productos (sector de la Defensa)

Tras un Título Preliminar que recoge una serie de disposiciones generales, se regulan los elementos estructurales de los contratos y las distintas fases de la contratación, distinguiendo según los tipos de contratos y según sus destinatarios dentro del sector público.

La Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/2007 incorpora una serie de normas sobre competencia y tramitación dirigidas a adaptar su aplicación al ámbito local.

Por último la Disposición Transitoria Séptima regula la aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley con el fin de dar cumplimiento inmediato a la normativa comunitaria en algunos aspectos inaplazables.

La aprobación de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público ha dado respuesta a algunas de las demandas planteadas desde el ámbito local, en especial en lo referente a la necesaria adaptación de la Ley a los numerosos municipios de población inferior a cinco mil habitantes que existen en el territorio español. Además supone el inicio de una nueva etapa en esta materia, novedosa, tanto desde el punto de vista jurídico, como por la incorporación de las nuevas tecnologías. Se trata de una de las principales leyes administrativas, que tiene carácter estructurante del ordenamiento jurídico.

2.1 Instrumentos para la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público

Algunos de los instrumentos que hemos recogido en este apartado para la aplicación de la LCSP, no son otra cosa que las principales novedades que esta ley recoge en su última actualización en materia de concesiones públicas.

2.1.1 Principios y racionalidad de la contratación pública

En un marco impuesto por el Derecho Comunitario Europeo, la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, reconoce desde su artículo 1 que el fundamento de toda la normativa de contratación es el respeto de los principios generales de la contratación pública:

“Artículo 1. Objeto y finalidad. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y

transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”

Los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.

El Tribunal Constitucional ya había señalado en su sentencia de 22 de abril de 1993 que la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas.

El Derecho europeo persigue como objetivo básico asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada.

El principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de nacionalidad.

Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

De la jurisprudencia del alto Tribunal europeo, los principios han pasado a las Directivas de contratación y a la nueva Ley de Contratos española, que los ha elevado a su artículo 1 como fundamento de la normativa reguladora de la actividad contractual del sector público, pero a lo largo de todo el articulado de la LCSP se insiste en la necesidad de respeto de los principios generales de la contratación pública, que con carácter general consagra el artículo 1.

Además en el Libro III de la LCSP en su Título I (Adjudicación de los contratos) y a su vez en el Capítulo I (Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas), se recogen los principios de igualdad y transparencia en el artículo 123, que establece que:

“Artículo 123. Principios de igualdad y transparencia. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.”

Tabla II.1.—Principios y racionalidad de la contratación pública.

La Ley de Contratos del Sector Público reestructura y amplía las referencias a los principios inspiradores, racionalidad y contenido de los contratos, en particular, resultan pertinentes los siguientes artículos:

Artículo 1. Objeto y finalidad.

Artículo 22. Necesidad e idoneidad de los contratos.

Artículo 23. Plazo de duración de los contratos.

Artículo 26. Contenido mínimo del contrato.

Artículo 123. Principios de igualdad y transparencia.

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda

2.1.2 Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado

El Contrato de Colaboración entre el Sector Público (CCPP) y el Sector Privado se introduce en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, como consecuencia de un mandato del Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, de Medidas de Impulso a la Productividad.

El CCPP es una figura nueva que aparece regulada en Ley de Contratos del Sector Público y que no está regulada en la Directiva 2004/18. Es considerado un contrato especialmente complejo ya que implica la participación del sector privado en la financiación y distribuye los riesgos de la operación entre el socio privado y el socio público.

La duración del contrato de CPP no podrá exceder de veinte años con carácter general, no obstante cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública se aplicará el artículo 244 de la LCSP en el que se prevé un plazo máximo de cuarenta años salvo en la concesión de obras

hidráulicas que se regirán por la normativa específica en cuanto a su duración donde se establece un plazo máximo de setenta y cinco años.

Según el artículo 11.1 de la LCSP:

“Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general...”

Las prestaciones podrán consistir, según dicho artículo 11.1, en las siguientes:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.*
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.*
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.*
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.*

Además sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

De esta forma, el contratista como colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento. Los CPP son contratos sujetos a una regulación armonizada cuyo

valor estimado del contrato debe estimarse de acuerdo al artículo 76 y siguientes de dicha ley.

Tabla II.2.—Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

La Ley de Contratos del Sector Público introduce en nuestro ordenamiento un nuevo contrato típico, cuyas características esenciales y regulación especial aplicable debe buscarse en los siguientes artículos

Artículo 11. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Artículo 13. Delimitación general (contratos sujetos a regulación armonizada).

Artículo 19. Contratos administrativos.

Artículo 75. Precio.

Artículo 118. Evaluación previa.

Artículo 119. Programa funcional.

Artículo 120. Clausulado del contrato.

Artículo 164. Supuestos de aplicación (Diálogo competitivo).

Artículo 199. Principio de riesgo y ventura.

Artículo 289. Régimen Jurídico.

Artículo 290. Duración.

Artículo 296. Mesa especial del diálogo competitivo.

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda.

2.1.3 Contratos sujetos a una regulación armonizada

Los contratos sujetos a una regulación armonizada encuentran su regulación a lo largo de los capítulos 13 al 17 de la LCSP, de donde aportamos dos características esenciales de la definición de dichos contratos:

- Son los que superando determinadas cuantías, deben publicarse, por cualquier poder adjudicador, en el DOUE (Diario Oficial de la Unión Europea), y
- Respecto a las entidades del sector público que no tengan la consideración de Administración Pública, las cuestiones litigiosas sobre los actos preparatorios hasta la adjudicación serán conocidas por la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Están sujetos a regulación armonizada:

- Los contratos de obra, de concesión de obras públicas, de suministro, y de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del anexo II, cuyo valor

estimado sea igual o superior a los umbrales de publicación comunitaria, siempre que el ente contratante tenga el carácter de poder adjudicador.

- Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.
- Los contratos subvencionados por las entidades a los que se refiere el artículo 17 de la LCSP.

No se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado:

- Los que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o coproducción de programas destinados a la radiodifusión, por parte de organismos de radiodifusión, y los relativos al tiempo de radiodifusión.
- Los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el OC, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia.
- Los incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que se concluyan en el sector de la defensa.
- Los declarados secretos o reservados, o lo que cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que se exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado.
- Los que su objeto principal sea permitir a los OC la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones.

La LCSP introduce un recurso especial en materia de contratación en el artículo 37 con la finalidad de incorporar normas de Derecho comunitario derivado y con el fin de salvar la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras.

El recurso especial en materia de contratación pública se limita a una serie de contratos y actos de los contratos que celebren los poderes adjudicadores.

El artículo 310 de la LCSP regula que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el sector público y el sector privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.
- Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros.
- Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del impuesto sobre el valor añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que puedan plantearse se tramiten y resuelvan antes de celebrarse el contrato. Esa utilidad de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta aplicable a cualquier tipo de contrato aunque no esté sujeto a regulación armonizada.

Por lo que se refiere a los actos objeto de recurso, podrán ser objeto del recurso los siguientes actos (artículo 310.2 de la LCSP):

- Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

- Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el Art. 97 de la LCSP.

Una de las novedades más significativas de la reforma es el carácter potestativo que se otorga al recurso especial en materia de contratos.

La nueva regulación mantiene el carácter exclusivo del recurso especial, por lo que no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos que se mencionan en artículo 310.2 de la Ley 30/2007.

Se reconoce expresamente la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan prever la interposición de recurso administrativo previo (segundo párrafo del Art. 311.2 proyectado).

En consecuencia, el carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación supone que estemos ante una doble vía de recurso, por una parte el recurso administrativo especial y por otra el recurso contencioso-administrativo, así pues, se podrá elegir en pedir la tutela al órgano administrativo especial competente para resolver este tipo de recursos o al órgano jurisdiccional. Ambas vías son diferentes en cuanto al procedimiento a seguir.

Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Tabla II.3.—Contratos sujetos a una regulación armonizada

La Ley de Contratos del Sector Público identifica un conjunto de contratos que satisfacen determinadas condiciones referidas a la tipología del contrato, a la naturaleza de la entidad adjudicadora y al importe del contrato. Sobre este agregado de contratos se despliegan unas prescripciones comunes, que vertebran su adjudicación. Estas prescripciones son las que se deducen de la Directiva 18/2004, por lo que estos contratos son, en general, los sujetos a las reglas comunitarias de preparación y adjudicación. Aunque existen referencias a estos contratos a lo largo de la Ley, los artículos más pertinentes para su configuración son:

Artículo 3. Ámbito subjetivo. A efectos de la definición de poderes adjudicadores, ver el apartado 3 del artículo.

Artículo 13. Delimitación General.

Artículo 14. Contratos de obras y de concesión de obras públicas sujetos a una regulación armonizada: umbral.

Artículo 15. Contratos de suministros sujetos a una regulación armonizada: umbral.

Artículo 16. Contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada: umbral.

Artículo 17. Contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada: umbral.

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda

2.1.4 Perfil del contratante y plataforma de contratación del estado

El perfil del Contratante

La Ley 30/2007, de 30 de octubre de, de Contratos del Sector Público (LCSP), con el fin de promover los principios de igualdad, transparencia, concurrencia y publicidad, ha creado la figura del perfil del contratante, como medio para la difusión de dichos principios. De este modo, la LCSP obliga a que todos los Órganos de contratación que tengan la consideración de Poder Adjudicador, se doten de un Perfil de contratante.

Así, el artículo 42 LCSP, establece que los Órganos de contratación deben hacer accesible mediante Internet que se materializa en una página Web a través de su perfil de contratante. Dicho Perfil, puede incluir cualquier tipo de información referente a la actividad contractual del Órgano de contratación, además de los aspectos que la LCSP establece como preceptivos.

La LCSP únicamente exige con carácter obligatorio, la publicación de la resolución del Órgano de contratación acordando la Adjudicación Provisional, pero

si profundizamos en la Ley nos encontramos que el contenido obligatorio va ampliándose a:

➤ Los anuncios de licitación;

“artículo 126.4. Los anuncios de licitación se publicarán, asimismo, en el perfil de contratante del órgano de contratación.”

➤ Los anuncios de celebración de Acuerdos Marco;

“artículo 181.2. La celebración del acuerdo marco se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación y, en un plazo no superior a cuarenta y ocho días, se publicará además en el «Boletín Oficial del Estado» o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias. La posibilidad de adjudicar contratos sujetos a regulación armonizada con base en el acuerdo marco estará condicionada a que en el plazo de cuarenta y ocho días desde su celebración, se hubiese remitido el correspondiente anuncio de la misma al «Diario Oficial de la Unión Europea» y efectuado su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»

➤ La resolución de la adjudicación definitiva;

“artículo 138.1. La formalización de los contratos cuya cuantía sea igual o superior a las cantidades indicadas en el artículo 122.3 se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación indicando, como mínimo, los mismos datos mencionados en el anuncio de la adjudicación.”

El citado artículo 42 LCSP, dispone que el Perfil del Contratante además de publicarse en las páginas Web institucionales, se publique también en la Plataforma de Contratación del Estado, en los Pliegos y en los anuncios de licitación.

Plataforma de Contratación

La regulación que hace la LCSP en sede de la Plataforma de Contratación únicamente aparece recogida en dos artículos, el 174 y 309 de la LCSP, además del artículo 42.

El artículo 309 de la LCSP señala que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una plataforma electrónica que permita dar publicidad a las convocatorias de licitaciones, a sus resultados y al resto de información contractual considerada relevante. La Plataforma de Contratación del Estado sirve así de espacio virtual de contacto entre los órganos de contratación del sector público y los interesados.

En la Plataforma de Contratación del Estado se publicarán obligatoriamente los perfiles de contratante de:

- Órganos de contratación de la Administración General del Estado
- Organismos autónomos de la AGE,
- Entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social
- Entidades públicas estatales

Además se publicarán de forma voluntaria en esta Plataforma los perfiles de contratante de los restantes entes del sector público estatal y de los órganos de contratación de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. También se interconectará con los servicios de información similares que articulen esas Administraciones Territoriales en la forma que determinen los convenios que se concluyan al efecto.

Por tanto, la Plataforma de Contratación, se configura como un portal único de todo el sector público estatal, cuyo objeto básicamente es dar publicidad.

Tabla II.4.—Perfil del contratante y plataforma de contratación del estado

La Ley de Contratos del Sector Público introduce la figura del perfil del contratante como una página web que publicita información relacionada con los procesos de contratación en páginas web, atribuyendo a esta información en unos casos valor legal y siendo voluntaria en otros casos. La Plataforma de Contratación del Estado integrará los perfiles del contratante del sector público estatal. Los artículos donde se contiene esta regulación son:

Artículo 37.6. Recurso especial en materia de contratación.

Artículo 42. Perfil del contratante

Artículo 125. Anuncio previo

Artículo 135. Clasificación de ofertas y adjudicación provisional y definitiva del contrato.

Artículo 138. Publicidad de las adjudicaciones.

Artículo 143. Plazo para presentación de proposiciones.

Artículo 309. Plataforma de contratación del Estado

Disposición Adicional 19. Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados por la Ley.

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda

2.1.5 Confidencialidad

El artículo 124 reconoce de forma novedosa en nuestra legislación el principio de confidencialidad, disponiendo que:

“sin perjuicio de las disposiciones de la presente ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”.

Además de su reconocimiento del derecho de confidencialidad del contratista, el apartado 2 del precepto protege a la Administración al declarar que:

“el contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor”.

La protección de la confidencialidad se reconoce al máximo nivel jurídico comunitario al considerarse como un derecho fundamental recogido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: (...) b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial”.

Tabla II.5.—Confidencialidad.

La Ley de Contratos del Sector Público aborda el tratamiento de la confidencialidad que opera como límite al principio general de transparencia que se incorpora en la Ley. En particular, la regulación comprende los siguientes artículos:

Artículo 26. Contenido mínimo del contrato (Apartado 1.1)

Artículo 123. Confidencialidad

Artículo 129. Propositiones de los interesados (Apartado 2)

Artículo 132. Subasta electrónica (Apartado 9)

Artículo 137. Notificación a los candidatos y licitadores (Apartado 2).

Artículo 166. Diálogo con los candidatos (Apartado 2).

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda

2.1.6 Condiciones especiales de ejecución del contrato

La normativa de contratos públicos, tanto nacional como comunitaria se refiere de forma expresa a las condiciones de ejecución de carácter social, que en la práctica se configuran como obligaciones de todos los licitadores y que el posterior adjudicatario deberá cumplir preceptivamente en la fase de ejecución del contrato.

La normativa comunitaria de contratos públicos se recoge en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y expone en su *Artículo 26: Condiciones de ejecución del contrato*:

“Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.”

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, es todavía más explícita sobre dicho tema en su *Artículo 102* sobre condiciones especiales de ejecución del contrato:

“1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial:

-A consideraciones de tipo medioambiental

-A consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.”

“2. Los pliegos o el contrato podrán:

-Establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o,

-Atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 206.g).(Causas de resolución).

-Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e).”

La propuesta de un licitador que no aceptara las condiciones de ejecución sería inadmitida, y el contratista que al prestar el contrato incumpliera dichas condiciones podría incurrir en una falta grave, ser sancionado, o incluso rescindirse el contrato.

Por lo tanto, siempre que previamente se hayan previsto en el Pliego de Cláusulas y señalado en el anuncio de licitación, la administración pública correspondiente puede establecer determinadas obligaciones para la empresa contratista, entre ellas y en el ámbito que nos ocupa:

- Emplear en la plantilla que ejecutará el contrato un porcentaje o un número determinado de personas en situación o riesgo de exclusión social.
- Subcontratar un porcentaje del importe de adjudicación con una Empresa de Inserción.

La legislación admite la inclusión de criterios sociales -en este caso como condiciones especiales de ejecución de los contratos públicos-, pero no obliga a que

dichas cláusulas se incorporen a los pliegos de contratación, por lo que se dependerá de la voluntad del órgano de contratación su inclusión o no, aunque es cierto que algunas Administraciones Públicas se obligan a ello a través de acuerdos, Pliegos de Condiciones Generales, Instrucciones o Circulares.

Tabla II.6.—Condiciones especiales de ejecución del contrato.

La Ley de Contratos del Sector Público permite que se establezcan previamente a la licitación condiciones de carácter social o medioambiental en la ejecución de los contratos, estableciendo medidas para garantizar su cumplimiento. La regulación se despliega en los siguientes artículos:

Artículo 49. Prohibiciones de contratar (Apartado 2.e)

Artículo 102. Condiciones especiales de ejecución del contrato.

Artículo 196. Ejecución defectuosa y demora.

Artículo 206. Causas de resolución.

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda

2.1.7 Dialogo competitivo

El dialogo competitivo está regulado a lo largo de los artículos 163 al 167 de la LCSP. Definimos dicho concepto como órgano de contratación que dirige un dialogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que sirven de base para que los candidatos presente su oferta.

Los órganos de contratación pueden establecer primas o compensaciones a los participantes.

Los supuestos de aplicación donde se desarrollara el dialogo competitivo son contratos particularmente complejos, en los que el órgano de contratación no considera posible la utilización del procedimiento abierto o restringido.

Es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir las prescripciones técnicas del contrato, los medios técnicos o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.

Tabla II.7.—Diálogo competitivo.

La Ley de Contratos del Sector Público introduce en el ordenamiento jurídico la figura del diálogo competitivo –directamente importada de la Directiva 18/2004- como procedimiento para la adjudicación de contratos de especial complejidad. Los artículos más relevantes para la instrumentación de este procedimiento de adjudicación son:

Art. 122. Procedimientos de adjudicación.

Art. 163. Diálogo competitivo.

Art. 164. Supuestos de aplicación.

Art. 165. Apertura del procedimiento y solicitudes de participación.

Art. 166. Diálogo con los candidatos.

Art. 167. Presentación y examen de las ofertas.

Art. 296. Mesa especial del diálogo competitivo

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda

2.1.8 Subasta electrónica y racionalización técnica de la contratación

Subasta electrónica

Una de las novedades que incorpora esta LCSP es un nuevo mecanismo de adjudicación: la subasta electrónica en su artículo 132. Los poderes adjudicadores podrán recurrir a la subasta electrónica para adjudicar un contrato, excepto en el caso de determinados contratos. La subasta electrónica se basará: únicamente en el precio, o en el precio y en el valor de otros elementos de las ofertas (oferta económicamente más ventajosa).

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) incorpora estas innovaciones emanadas de la normativa comunitaria de contratación pública optando por la plena incorporación de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de la contratación pública, a fin de hacer más fluidas y más transparentes las relaciones entre los órganos de contratación y los operadores económicos.

La racionalización técnica de la contratación

Los órganos de contratación del sector público podrán articular sistemas dinámicos para la contratación de obras, servicios y suministros de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan sus necesidades, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma

que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada (artículo 180.1 de la LCSP).

La duración de un sistema dinámico de contratación no podrá exceder de cuatro años, salvo en casos excepcionales debidamente justificados.

El sistema dinámico de contratación se desarrollará de acuerdo con las normas del procedimiento abierto a lo largo de todas sus fases y hasta la adjudicación de los correspondientes contratos, que se efectuará en la forma prevista en el artículo 186. Todos los licitadores que cumplan los criterios de selección y que hayan presentado una oferta indicativa que se ajuste a lo señalado en los pliegos serán admitidos en el sistema. El desarrollo del sistema, y la adjudicación de los contratos deberán efectuarse, exclusivamente, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos para la implementación de un sistema dinámico de contratación se observarán las siguientes normas:

- a) Publicación de un anuncio de licitación, en la forma establecida en el artículo 126, en el que deberá indicar expresamente que pretende articular un sistema dinámico de contratación.
- b) En los pliegos deberá precisarse, la naturaleza de los contratos que podrán celebrarse mediante el sistema, y toda la información necesaria para incorporarse al mismo y, en particular, la relativa al equipo electrónico utilizado y a los arreglos y especificaciones técnicas de conexión.
- c) Desde la publicación del anuncio y hasta la expiración del sistema, se ofrecerá acceso sin restricción, directo y completo, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, a los pliegos y a la documentación complementaria. En el anuncio a que se refiere la letra a) anterior, se indicará la dirección de Internet en la que estos documentos pueden consultarse.

Tabla II.8.—Subasta electrónica y racionalización técnica de la contratación.

La Ley de Contratos del Sector Público inserta en el ordenamiento jurídico español la totalidad de los dispositivos de contratación pública que define la Directiva 18/2004. Estas novedades se desarrollan en los siguientes artículos:

Artículo 132. Subasta electrónica

Artículo 178. Sistemas para la racionalización de la contratación de las Administraciones Públicas.

Artículo 179. Sistemas para la racionalización de la contratación de otras entidades del sector público.

ACUERDOS MARCO

Artículo 180. Funcionalidad y límites.

Artículo 181. Procedimiento de celebración de acuerdos marco.

Artículo 182. Adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco.

SISTEMAS DINÁMICOS DE CONTRATACIÓN

Artículo 183. Funcionalidad y límites.

Artículo 184. Implementación.

Artículo 185. Incorporación de empresas al sistema.

Artículo 186. Adjudicación de contratos en el marco de un sistema dinámico de contratación.

CENTRALES DE CONTRATACIÓN

Artículo 187. Funcionalidad y principios de actuación.

Artículo 188. Creación de centrales de contratación por las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

Artículo 189. Adhesión a sistemas externos de contratación centralizada.

CONTRATACIÓN CENTRALIZADA

Artículo 190. Régimen general.

Artículo 191. Adquisición centralizada de equipos y sistemas para el tratamiento de la información.

Disposición adicional cuarta. Reglas especiales sobre competencia para adquirir equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de las comunicaciones.

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda

2.1.9 Contratación electrónica

La Disposición Adicional 18ª de la nueva LCSP recoge las normas aplicables a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos de contratación pública. Establece que las comunicaciones e intercambios de información que deban efectuarse en los procedimientos regulados en la LCSP podrán hacerse, de acuerdo con lo que establezcan los órganos de contratación o los órganos a los que corresponda su resolución:

- por correo
- por telefax
- por medios electrónicos, informáticos o telemáticos

-E incluso las solicitudes de participación en procedimientos de adjudicación también por teléfono, en el caso y en la forma previstos por la Disposición Adicional.

Como requisito de admisibilidad de los medios de comunicación, éstos deberán estar disponibles de forma general y de su uso no debe derivarse ninguna restricción al acceso de los empresarios e interesados a los correspondientes procedimientos.

Las comunicaciones, intercambios y almacenamiento de información se deben realizar de forma que se garantice la protección de la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y de las solicitudes de participación, así como que el contenido de las ofertas y de las solicitudes de participación no será conocido hasta después de finalizado el plazo para su presentación o hasta el momento fijado para su apertura.

La Disposición Adicional 19ª establece además otros requisitos para el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

Tabla II.9.—Contratación electrónica.

La Ley de Contratos del Sector Público establece los dispositivos necesarios para el desarrollo e implantación de la contratación electrónica, la regulación más relevante está recogida en los siguientes artículos:

Disposición adicional decimoctava. Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley.

Disposición adicional decimonovena. Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley.

Disposición final novena. Habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y uso de factura electrónica.

Artículo 144. Examen de proposiciones y propuesta de adjudicación (Procedimiento abierto)

Artículo 152. Adjudicación (procedimiento restringido)

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda

2.1.10 Contratación de acceso a bases de datos y suscripciones

Según la Disposición Adicional 12^a, la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en la LCSP para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago.

El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevenida en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

Cuando los contratos a que se refiere el párrafo anterior se celebren por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, los entes, organismos y entidades del sector público contratantes tendrán la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

Tabla II.10.—Contratación de acceso a bases de datos y suscripciones.

La Ley de Contratos del Sector Público establece una regulación específica para la adquisición de suscripciones de publicaciones y acceso a las bases de datos, el régimen jurídico de estas adquisiciones se contiene en las siguientes disposiciones:

Disposición adicional duodécima. Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción de publicaciones.

Artículo 20. Contratos privados.

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda.

3. Normativa referente a la contratación pública

Desde la entrada en vigor, en mayo de 2008, de la vigente LCSP, de 30 de Octubre, el marco normativo de la contratación pública se encuentra en un continuo proceso de desarrollo y adaptación. Esto ha convertido el régimen jurídico de la contratación pública en un ámbito normativo de gran complejidad.

En este sentido, las novedades legislativas sobre la normativa que ha afectado ha esta no norma ya vigentes son las siguientes:

- Orden EHA 3875/2007, de 27 de diciembre, por la que se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir del 1 de enero de 2008.
- Orden EHA 3497/2009, de 23 de diciembre, por la que se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir del 1 de enero de 2010.
- El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, el cual, al constituir un mero desarrollo parcial, implica que deba mantenerse la vigencia del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrollaba la anterior Ley de Contratos y que, a día de hoy, mientras no se apruebe un Reglamento que desarrolle la LCSP en su totalidad, y especialmente en la materia de clasificación de empresas, continúa siendo la norma de desarrollo de referencia.
- El Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, que tiene por finalidad básica

intentar evitar la paralización de la actividad empresarial que normalmente generan las declaraciones concursales, permitiendo la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario.

- Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.
- La Orden EHA/1490/2010, de 28 de mayo, que regula el funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado y cuya aprobación ha permitido la efectiva entrada en funcionamiento del ROLECE.
- La Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, que realiza una modificación puntual de la LCSP en materia de garantía definitiva para los contratos de concesión de obra pública, consistente en que pueda preverse en los pliegos la posibilidad de reducir el importe de la garantía definitiva, una vez ejecutada la obra y durante el periodo previsto para su explotación.
- La Ley 15/2010, de 5 de julio, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y cuyas implicaciones en el ámbito de la contratación regulan una progresiva reducción de los plazos de pago hasta llegar a los 30 días e introduce el relevante artículo 200 bis que establece la posibilidad de solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda.
- La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, 31/2007 y 29/1998 para la adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, y cuya principal finalidad es reforzar la figura del recurso para dar la posibilidad razonable a los perjudicados de conseguir una resolución eficaz antes de que el contrato adjudicado sea operativo.
- Ley 35/2010, de 17 de septiembre. , de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.
- La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, según el Texto preliminar en su artículo 1 “tiene por objeto introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible”. Incluye sustanciales modificaciones de la LCSP que venían siendo exigidas por la Comisión Europea con el fin de adaptar nuestra legislación a la normativa y a la jurisprudencia comunitaria, siendo la reforma más importante la relativa a

la sustitución del actual régimen general de modificación de los contratos por otro significativamente más restrictivo.

- Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas.

Normativa que desarrolla o complementa esta norma

- Orden PRE 116/2008, de 21 de enero, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.
- Orden ARM 1555/2008, de 30 de mayo, sobre delegación de competencias.
- Orden de 17 de septiembre de 2008, de la Conserjería de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se aprueba la aplicación de la Plataforma de Contratación de la Generalitat.
- Resolución de 22 de septiembre de 2008, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se regula el procedimiento de remisión a la Intervención General de la Administración del Estado de la información de carácter anual y trimestral por las entidades del sector público estatal empresarial y del fundacional. (Vigente hasta el 30 de julio de 2010).
- Acuerdo 39/2009, de 8 de Abril, de la Junta de Castilla y León, por la que se aprueban directrices vinculantes para todos los órganos de la administración de la comunidad en materia de contratación de obras.
- Resolución de 5 de mayo de 2009, de la Dirección General de Industria, por la que se amplían los anexos I, II y III de la Orden de 29 de noviembre de 2001, por la que se publican las referencias a las normas UNE que son transposición de normas armonizadas, así como el período de coexistencia y la entrada en vigor del mercado CE relativo a varias familias de productos de construcción.
- Real Decreto 817/ de 8 de mayo, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2010, a efectos de cómputo de plazo.

- Acuerdo de 8 de junio de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se adoptan, para los años 2010 y 2011, disposiciones sobre el régimen de garantías a constituir en los procedimientos de adjudicación de los contratos que se limiten por la administración de la Junta de Andalucía y sus entes institucionales.
- Real Decreto 1525/2010, de 15 de noviembre, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la concentración de medio aéreos para la lucha contra los incendios forestales.
- El Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas. Tiene por objetivo regular las especialidades en la financiación de los concesionarios de obras públicas y establecer una serie de instrumentos financieros, tratando de evitar que el negocio concesional se estanque en un momento tan importante como el actual.

En definitiva, en el ámbito de la contratación pública nos encontramos ante un marco regulatorio en continuo proceso de cambio y adaptación, que no sólo nos obliga a tener muy en cuenta los cambios y el marco transitorio de las diferentes normas sino también a realizar importantes esfuerzos de interpretación de algunos preceptos sobre los cuales todavía no existe un método asentado.

4. Proyectos llevados a cabo mediante concesión en España

4.1 Experiencia en concesiones en infraestructuras de obra pública

En los últimos años se han constituido un importante número de infraestructuras de transporte público tanto en España como en otros países mediante concesión.

En una concesión los ingresos por tarifas deberían cubrir los costes de explotación y retribuir el capital. Es una técnica que se ha utilizado ampliamente en diversos países europeos, como es el caso de España y que había desaparecido en proyectos de transporte público.

En España, en los últimos años, también ha cobrado un especial auge la realización de proyectos ferroviarios urbanos mediante concesión. Entre los dichos proyectos destacan:

- El metro de Arganda del Rey, una línea convencional de metro, proyectada como una prolongación de una línea ya existente e integrada en la red de metro de Madrid, desde el punto de vista técnico, siendo el propio operador de la red de metro de Madrid el encargado de su operación.
- Las redes de tranvía de Barcelona, Trambaix y Trambesòs, primera implantación del tranvía moderno en Barcelona, operado por una empresa privada.
- Los proyectos ferroviarios de Andalucía, como el metro de Sevilla, que tendrá material móvil tranviario y cruces a nivel en zonas periféricas, los metros ligeros de Málaga y Granada y los tranvías de Vélez-Málaga, Granada, Cádiz y Sevilla.
- El tranvía de Tenerife. En este caso la construcción y explotación del sistema se realiza mediante una sociedad de economía mixta con participación privada.
- Los metros ligeros de la Comunidad de Madrid y la ampliación de la línea 8 de metro al aeropuerto de barajas.

En relación con la aplicación del sistema concesional para la construcción e implantación de proyectos de transporte público en plataforma reservada en España, podríamos resaltar que en la mayoría de los proyectos hay una aportación importante de la Administración para poder alcanzar el equilibrio económico-financiero, aunque puede estructurarse de dos formas:

- Con aportación durante el período de construcción, que puede oscilar del 33% de la inversión en el caso del tranvía de Parla hasta el 71% en el Trambaix de Barcelona, complementada con unas aportaciones anuales.
- Sin aportación durante el período de construcción, como en el caso del metro de Arganda y el Trambesòs de Barcelona. Esto lleva a que durante el período de explotación la Administración debe realizar aportaciones importantes.

4.2 Experiencia en concesiones de servicios públicos

Los contratos de concesión de servicios públicos hospitalarios no sólo construyen el centro sanitario sino que, además, asumen la prestación de servicios médicos a una población determinada, el hospital no se explota sino que se gestiona el centro hospitalario.

Además de las concesiones en transporte, la Comunidad de Madrid ha promovido la construcción de siete hospitales en régimen de concesión de obra pública. Se trata de los hospitales comarcales de San Sebastián de los Reyes, Coslada, Arganda del Rey, Parla, Aranjuez Vallecas y Puerta de Hierro.

Esta iniciativa es estudiada por otras Comunidades como Castilla y León para el hospital de Burgos, Baleares para el nuevo hospital Son Dureta, Canarias para la construcción de tres nuevos centros de salud.

Una manifestación particular de esta iniciativa la constituye la creación de empresas públicas de construcción y explotación de centros sanitarios.

La utilización del contrato de concesión de servicio público en el caso del Hospital de Alcira (Valencia) se repitió en el caso del nuevo centro hospitalario de Denia (Valencia), en el Hospital de Manises (Valencia) y en el octavo hospital promovido por la Comunidad de Madrid, el de Valdemoro. Se trata de formas de buscar la colaboración financiera privada en la construcción y funcionamiento de nuevos establecimientos sanitarios públicos; la concesión de obra pública hospitalaria es su última revelación.

En todos los proyectos realizados en España hay que destacar la importancia de la participación en la financiación de los mismos del Banco Europeo de Inversiones, el BEI.



CAPÍTULO III: EL MODELO CONCESIONAL

1. Introducción

Definimos el modelo concesional como el acto bilateral por el que la Administración Pública concede, generalmente con carácter temporal, ciertos derechos que le son inherentes por su naturaleza, relativos a la prestación de un servicio público, a la realización de una obra pública, o a la explotación individual de un bien de dominio público, a determinada persona, quien los asume, en principio, con su patrimonio, buscando obtener ventajas económicas, en contraposición con la Administración que busca satisfacer el interés general.

Al ser un mecanismo jurídico de delegación de facultades o derechos, la concesión se utiliza tanto en derecho público como en derecho privado, por lo que abarca actos de distinta naturaleza encaminados a delegar derechos a sus beneficiarios, por lo cual, las concesiones se pueden dividir, en administrativas y en mercantiles. Las primeras son las que analizaremos en adelante, que son las otorgadas por la administración pública, en cambio, las segundas las que confieren los particulares.

La concesión administrativa se puede entender como la transferencia, que realiza la administración pública a particulares, del desempeño de algunas de las actividades no esenciales que tiene atribuidas, o del uso, aprovechamiento y explotación de bienes del dominio público, mediante la constitución a favor de tales particulares, de derechos o facultades previstos en el ordenamiento jurídico.

Asimismo, la concesión administrativa permite diversas modalidades, como son; la de servicio público, la de obra pública y la de uso, aprovechamiento y explotación de bienes del dominio del Estado. La concesión de servicio público trata de satisfacer necesidades de carácter general, en cambio la de obra pública da lugar a satisfacer una necesidad pública o atender el interés público y la última, concierne tanto al interés público como al particular del concesionario, siempre con la preferencia del primero.

2. Características del modelo concesional

El contrato de concesión tiene un elemento especial y es el de crear una relación jurídica compleja, ya que por un lado aparece una situación reglamentaria que regula la organización y funcionamiento del servicio y por otro lado una situación contractual de derecho administrativo, en lo que respecta a la condición económica de la explotación, es decir, la función económica-financiera.

En la concesión aparecen una serie de derechos y obligaciones entre el concedente y el concesionario, procedentes del consenso entre la voluntad de la administración de conceder un servicio público u obra para su ejecución y la voluntad del contratista en aceptar la concesión en los términos en que le ha sido ofrecida.

La administración le otorga la potestad al concesionario del derecho a explotar el servicio público o a construir la obra pública a través de un contrato. Sin embargo, el hecho de que la administración sea el titular del servicio público o de la obra objeto de la concesión le otorga las competencias legalmente establecidas para modificar, mediante actos unilaterales, el contenido del contrato administrativo de concesión.

Dichas potestades unilaterales se encuentran en todo contrato administrativo, a través de las llamadas cláusulas exorbitantes, donde la administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, así como modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directrices, declarar extinguido el contrato, etc.

Las disposiciones fijadas unilateralmente por la Administración e incluidas en el contrato de concesión son siempre aceptadas por el concesionario en el momento de admitir el pertinente contrato. El contratista se adhiere a las cláusulas dispuestas por la administración en el propio contrato y a las contenidas en el ordenamiento jurídico o en el pliego de condiciones que previamente establezca la administración.

2.1 Clases de concesiones administrativas

La nueva Ley de Contratos mantiene las categorías tradicionales en nuestro Derecho de contratos administrativos y contratos privados de la Administración, así como la dualidad de regímenes jurídicos (de Derecho administrativo y de Derecho privado) para los contratos del sector público, precisando los supuestos en que se aplica uno u otro y las normas que les son aplicables.

La categoría de los contratos administrativos se reserva exclusivamente a los celebrados por las Administraciones Públicas, regulados en el artículo 3.2 de la LCSP, que son:

- La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.
- Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
- Los Organismos autónomos.
- Las Universidades Públicas.

Para todos los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración Pública, los contratos que celebren se considerarán contratos privados (Art. 20.1).

Los artículos 5 a 12 de la Ley de Contratos del Sector Público se ocupan de la delimitación de los tipos contractuales y definen, de acuerdo con la Directiva 2004/18, los distintos contratos (obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y colaboración entre el sector público y el sector privado).

Dichos artículos definen los tipos contractuales, que luego podrán dar lugar a contratos administrativos (por ejemplo, si el contrato de obras lo celebra un Ayuntamiento) o a contratos privados (si el contrato de obras lo celebra una entidad pública empresarial como Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea), regulados en los artículos 19 y 20 de la LCSP.

2.1.1 Concesión de servicios públicos y gestión de obras públicas

La concesión de servicios públicos y de obras públicas constituye una especie del género conocido como "concesiones administrativas".

La concesión de servicios públicos o de obras públicas constituye una técnica jurídica a través de la cual, la Administración transmite a los particulares, algunas potestades propias para que el concesionario efectúe determinadas actuaciones administrativas.

El concepto de concesión de servicios públicos es un modo de gestión indirecta en virtud del cual, la Administración concede mediante un contrato administrativo, en principio, a una persona privada y excepcionalmente a otras personas públicas, la explotación de un servicio durante un tiempo determinado, que ésta asume bajo su responsabilidad y riesgo, estableciéndose como

remuneración una cantidad de dinero denominada tarifa, que le pagan los usuarios.

En el capítulo II de la LCSP, dispone en su artículo 10:

“Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II.”

El concepto de concesión de obras públicas en lo que respecta a la obra pública, podemos afirmar que para su ejecución se puede optar por dos fórmulas, una es la realización directa por parte de la Administración y la otra es la ejecución indirecta a través del contrato administrativo de obra pública o del contrato administrativo de concesión de obra pública.

La concesión de obra pública constituye una manera indirecta de ejecución, conservación, mantenimiento y explotación de la obra pública por parte de la Administración, que mediante la celebración de un contrato administrativo conviene en la ejecución de una obra pública y una vez construida, en la posterior conservación, mantenimiento y explotación de la misma, durante un tiempo determinado y como contraprestación se establece el derecho del concesionario de percibir una remuneración que pueden pagar los usuarios de la obra pública, a través de una tarifa o de percibir una subvención de la Administración concedente.

En el capítulo II de la LCSP, dispone en sus artículos 6.1 y 7.1 respectivamente:

“Son contratos de obras aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.”

Son contratos de obra por ejemplo, la demolición de un edificio, la excavación de zanjas, la construcción de todo tipo de edificios, la pintura interior y exterior de edificios, etc.

“La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los

elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.”

Esta figura contractual está configurada para infraestructuras como las autopistas, las carreteras o los puertos.

2.1.2 Contrato de gestión de servicios públicos

Este contrato corresponde en exclusiva al ámbito de las Administraciones Públicas, no pudiendo ser utilizado por el resto de entes que conforman el Sector Público. Queda excluido de la regulación armonizada.

No estaremos ante un contrato de gestión de servicios públicos, cuando la gestión se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni cuando la gestión se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Se regula en el artículo 8 de la LCSP;

“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.”

Como ejemplo de este tipo de contrato podemos mencionar la gestión del servicio de recogida y tratamiento de los residuos sólidos urbanos, o la gestión de la piscina pública municipal.

2.1.3 Contrato de suministro

Viene regulado en el artículo 9:

“Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles”.

No tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables, que se regirán por la legislación patrimonial.

Sí que están incluidos en esta categoría los bienes semovientes, que el Código Civil los califica como bienes muebles.

Establece la LCSP que en todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:

“a. Aquellos en los que la empresa se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente...”

Se acudirá a los acuerdos marco celebrados con una única empresa. Como ejemplo, se puede citar el suministro de papel para oficina.

“b. Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos...”

Este contrato puede incluir el mantenimiento de los equipos, cursos de formación, etc.

Quedan exceptuados los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

“c. Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por la empresa deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.”

2.1.4 Contrato de servicios

La LCSP utiliza una definición por exclusión para el contrato de servicios, tal y como lo hace la Directiva 2004/18/CE.

Con la LCSP desaparecen los contratos de consultoría y asistencia técnica (aquellos que tenían un componente predominantemente intelectual y que se celebraban con profesionales en función de su titulación académica), que son absorbidos por el contrato de servicios.

Establece el artículo 10 que:

“Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro.”

Los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II de la LCSP, que componen veintisiete en su totalidad, de las cuales en su última categoría hace referencia a «otros servicios».

A pesar de la inclusión en el anexo II de las categorías 6 y 26 (servicios financieros, de seguros, bancarios y de inversiones, así como los servicios de esparcimiento, culturales y deportivos) estas prestaciones no constituyen contratos administrativos sino privados.

Un ejemplo de contrato de servicios es el de la limpieza de las dependencias administrativas.

2.1.5 Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado

El CCPP (contrato de colaboración público-privada) es una figura nueva que aparece regulada en Ley de Contratos del Sector Público y que no está regulada en la Directiva 2004/18. Es considerado un contrato especialmente complejo ya que implica la participación del sector privado en la financiación y distribuye los riesgos de la operación entre el socio privado y el socio público.

La colaboración público-privada hace referencia, en términos generales, a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el sector privado con el objeto de garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o servicio.

Estas operaciones se caracterizan por:

- Tener una duración relativamente larga implicando que la cooperación entre el sector público y privado se de en diferentes aspectos del proyecto en cuestión.
- El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones por estructuras organizativas más complejas o incluso puede darse que la financiación privada se complete con financiación pública.

De esta forma, la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) de 30 de octubre de 2007, define mediante su artículo 11;

“Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga

a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

a. La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.

b. La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.

c. La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

d. Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.”

La duración del contrato de CPP no podrá exceder de veinte años con carácter general. No obstante cuando por razón de la prestación principal, el régimen aplicable será el propio de los contratos de concesión de obra pública, que se aplicará el Art. 244 de la LCSP en el que se prevé un plazo máximo de cuarenta años. Excepto la concesión de obras hidráulicas que se regirá por la normativa específica en cuanto a su duración donde se establece un plazo máximo de setenta y cinco años.

Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, que otros métodos alternativos de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

La contraprestación a percibir por la empresa contratista colaboradora consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

2.1.6 Contratos mixtos

Además de las concesiones anteriormente citadas se pueden producir las concesiones mixtas, que son aquellas que conllevan tanto a la ejecución y explotación de la obra pública (la construcción de la vía férrea) como de la

prestación del servicio público (transporte de pasajeros y de bienes en el ferrocarril), por parte del concesionario.

Establece el artículo 12 que;

“Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.”

Un ejemplo de contrato mixto sería la instalación de un ascensor en las dependencias administrativas, en donde hay un suministro, el ascensor, y una obra, la instalación del mismo.

2.2 Ventajas y desventajas de la aplicación del sistema de concesiones.

El análisis de las concesiones ha sido estudio de diferentes autores debido a su evolución a lo largo del tiempo, el cual está especialmente vinculado e influenciado por la posición política que se adopte en ese momento.

Los continuos estudios doctrinales de Derecho Administrativo han aportado cuatro posiciones desde las que se han dado criterios relacionados con las ventajas y desventajas que aporta el modelo concesional, estas son:

- Tendencia Liberal o Neoliberal. Estos apoyarían al sistema, es más consideran que es la clave para solucionar todos los problemas que incomodan la vida de la población y apuesta por sus bondades. Considera que las acciones de la Administración tendrían carácter subsidiario.
- Estado intervencionista. El modelo concesional es compatible con la actuación estatal, estas podrían andar juntas, aunque con marcada inclinación a un predominio de la acción del Estado.
- Enfoque social de mercado. Plantea que el sistema concesional debe utilizarse de forma mínima; tratando de acudir a él lo menos posible y sólo en aquellas esferas permitidas donde el ente estatal no esté en condiciones objetivas de soportarlas.

Estos son algunos de los diferentes enfoques políticos desde los que puede mirarse la concesión, otro enfoque será el económico, ya que existen países que tienen el privilegio de escoger si aplican el régimen de concesiones o no. Estos

tienen un desarrollo económico tal que les permite contar con un fuerte respaldo financiero y de recursos para que sus administraciones públicas se encarguen directamente de la realización de obras públicas o de la prestación de servicios públicos, así como de la explotación de bienes que están bajo su titularidad.

En cambio, existen otros países que no se encuentran en posición de elegir poner en práctica el sistema concesional y se ven obligadas a acudir a los particulares para que colaboren en la satisfacción de las necesidades generales.

Los principales puntos de vista recopilados afectan las concesiones de servicio público y de obra pública, al ser las que de manera inmediata y directa se relacionan con el interés común, además de ser las de mayor impacto social.

Algunos de los argumentos relevantes a favor o en contra del sistema concesional que se han recogido son:

2.2.1 Ventajas

La ventaja fundamental que se obtiene con el régimen de concesiones, es la de permitir solucionar los problemas de la colectividad en cierta medida cuando la Administración no está en condiciones de hacerlo directamente. Es un remedio para evitar la total insatisfacción de las necesidades públicas ante momentos adversos o de crisis económica.

Desde el punto de vista doctrinal se le señala un beneficio esencial para la Administración, la cual se evita tener que destinar enormes cantidades de recursos económicos para la puesta en marcha de la actividad, ya que un particular es el responsable del coste de la actividad dada en concesión y su desenvolvimiento.

La gestión de la concesión se realiza más adecuadamente y eficientemente en manos de los particulares que en las de la Administración, pues éstos tienen en juego su propio interés económico, ganando en celeridad y efectividad en su desarrollo, elementos que trascienden proporcionalmente en los beneficios a percibir.

Es evidente que la Administración Pública constituye en sí un enorme aparato, cuya efectividad y eficiencia en la satisfacción inmediata del interés común es misión primordial de la actividad administrativa, que se acentúa aún más en la que tiene por objeto específico un servicio público o una obra pública por la trascendencia que tienen.

Aunque existe una amarga realidad en la lentitud de la ejecución y su consiguiente menor eficacia; mientras más demoras haya en la realización y conducción de esas actividades, existirá un volumen más elevado de gastos con el

consecuente aumento en el desembolso de recursos por parte de quien los financia. En este caso, los recursos no saldrán del patrimonio de ninguna persona privada en particular, sino que saldrán de las arcas estatales, al ser la Administración la que las realiza directamente. En consecuencia, como la afectada será la economía estatal nadie siente como propia esa afectación al no tocarles de manera inmediata.

En la medida en que la entidad pública de un país gane en eficiencia, ese tipo de fenómeno aparece menos crudamente, pudiendo llegar con mucho optimismo y conciencia social, a desaparecer.

Sin embargo, es innegable que el sistema de concesiones permite (en algunas naciones) salvar obstáculos formalistas que pudieran entorpecer la imprescindible satisfacción de las necesidades colectivas, propiciando un control riguroso sobre todos los recursos económicos que puede involucrar, eliminando despilfarros innecesarios de los mismos y evitando así nuevos sufrimientos a las débiles arcas nacionales de muchos países.

Se consideran igualmente ventajosas las concesiones, porque a raíz de la cláusula de reversión el poder público obtiene gratuitamente, al finalizar la vida de aquéllas, instalaciones, bienes e infraestructura creada ya, de la que se valdrá para la posterior ejecución directa de la actividad que las involucra.

Permite articular y responder de mejor forma a la protección del usuario. La administración pública controla al concesionario, ya sea de oficio o a petición de un administrado o de un usuario.

Sin embargo, si el que presta el servicio es el Estado, a veces al administrado o al usuario le resulta difícil ser amparado en su queja, además de hacer efectiva la responsabilidad estatal. Siempre será más complejo y difícil hacer efectiva la responsabilidad del Estado que la del concesionario.

La convicción de que la responsabilidad por el deficiente servicio será fácilmente reconocida, contribuirá a que el concesionario se esmere en que la prestación del servicio a su cargo sea satisfactoria.

2.2.2 Desventajas

La concesión administrativa no es tampoco el sistema ideal y también adolece de inconvenientes.

En primer lugar, la entrada de un particular en una esfera de actuación que no le es propia puede ejercer su influencia en ese ámbito, lo que hace que en función de la importancia de la actividad que desenvuelve y los problemas que

pueda presentar la administración, tenderá a lograr su satisfacción personal, es decir, el interés común se subordinara al individual.

El sistema concesional impide modificar libremente la actividad que se ejecuta y adapta a las variables circunstancias de la vida, así pues se tiene que tener en cuenta que no se puede afectar la ecuación financiera de la concesión o de lo contrario habría que indemnizar al concesionario.

Dicho mecanismo obliga a tener un control constante sobre la forma en que se desarrolla la concesión, ya que al menor descuido un concesionario poco fiel puede excederse en sus facultades, provocando modificaciones de las tarifas y aumentarlas para saciar su ánimo de lucro. Además, la sociedad deja de recibir directamente las cuantiosas ganancias que se obtienen por la ejecución de lo concedido.

Igualmente, una mala selección del concesionario, deliberada o no, podría acarrear más desagrados que satisfacciones ante su incapacidad material para afrontar la concesión.

Estas desventajas que se le atribuyen al sistema concesional parten de que lleva implícito la conciliación del interés general con el individual.

Para algunos autores, el sistema más acertado es el de la ejecución directa por la Administración Pública, cuya misión es la de procurar satisfacer el primero de aquellos intereses, por tanto, es quien mejor podrá encaminar las acciones hacia ese fin.

3. Procedimientos de adjudicación para la contratación pública

La regulación de los procedimientos de adjudicación se establece en la LCSP teniendo en cuenta las categorías establecidas en las directivas comunitarias de procedimientos abiertos, restringidos y negociados, a los que se incorpora el diálogo competitivo, novedad en la Directiva 2004/18.

Esta regulación supone un importante cambio de enfoque respecto del criterio sistemático del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), en la que la regulación de “los procedimientos de adjudicación” se estructuraba en torno a lo que esta norma denominaba “formas de adjudicación” tradicionalmente conocidas como subasta y concurso que estaban profundamente arraigadas en la cultura contractual de nuestras Administraciones Públicas, y especialmente al procedimiento negociado.

Estos reemplazan la antigua referencia al concurso o a la subasta, por una referencia única a la “oferta económicamente mas ventajosa”, aunque con dos alternativas, bien sea teniendo en cuenta un conjunto diverso de criterios o bien únicamente el precio mas bajo.

Dicha ley también ha realizado una tarea necesaria de adaptación terminológica sobre las peculiaridades de “las formas de adjudicación” identificadas en la LCAP como subasta y concurso, las cuales han ajustado su denominación a las categorías utilizadas por la Directiva.

Según dispone el artículo 122 LCSP:

“La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 154 a 159, ambos inclusive, podrá seguirse el procedimiento negociado, y en los casos previstos en el artículo 164 podrá recurrirse al diálogo competitivo”.

Es de destacar también la importante novedad que introduce la LCSP en su artículo 132, al establecer la subasta electrónica como una posible mejora de la tramitación de los procedimientos abiertos y restringidos y en ciertos negociados con publicidad, en que permite la mejora en tiempo real de las proposiciones presentadas por los licitadores o de ciertos elementos de los mismos siempre que así se establezca en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas.

El artículo 93 de la LCSP establece, manteniendo el criterio establecido del TRLCAP, que la celebración de contratos por las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad de contrato y haciendo constar en el expediente el procedimiento y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, siendo necesario justificar adecuadamente la elección del mismo, en consecuencia el procedimiento de adjudicación del contrato deberá constar expresamente en el acuerdo de iniciación del expediente, siendo en este momento cuando el órgano de contratación debe de adoptar la decisión de cual es el procedimiento de adjudicación, dentro de los establecidos en la Ley, que debe utilizarse en la tramitación de la selección del adjudicatario de contrato cuyo expediente se inicia.

3.1 Procedimientos ordinarios de adjudicación

3.1.1 Procedimiento abierto

En el procedimiento abierto toda empresa interesada podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con las licitadoras (artículo 141 LCSP).

Además, se regula en el artículo 142 la novedosa posibilidad de los licitadores de solicitar información adicional que se le deberá facilitar en un plazo de seis días antes de la fecha límite fijada para la recepción de las ofertas. Asimismo, cuando no se haya facilitado el acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, estos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud.

La forma de efectuar la valoración por el órgano de asistencia al órgano de contratación (Mesa de Contratación, Mesa Especial de Diálogo Competitivo, Jurados de Concursos) de las ofertas presentadas por los licitadores para seleccionar la que consideran económicamente más ventajosa para la administración se establece en el artículo 134 de la LCSP y dice que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato y que cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

Por lo que cuando exista un solo criterio de adjudicación, al ser el precio más bajo estaremos ante un procedimiento abierto que en su tramitación coincidirá con la tradicional forma de adjudicación denominada subasta.

Por el contrario cuando en la selección del adjudicatario utilizamos varios criterios de adjudicación tales como la calidad, el precio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, las características ambientales, las exigencias sociales, el plazo de garantía, posibles mejoras, etc., el procedimiento abierto coincidirá sustancialmente con la tradicional forma de adjudicación denominada concurso.

Existe la obligatoriedad que impone en el artículo 134.2 de que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realice tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en los que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.

Esto significa que existe la necesidad de que con anterioridad a realizar el acto público de apertura de las ofertas económicas, se tenga que aprobar por la

Mesa de Contratación la correspondiente valoración de los criterios contenidos en el sobre 2.

Una vez ponderados los criterios que deben aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario, y sin perjuicio de la intervención del comité de expertos o del organismo técnico especializado, el órgano de asistencia al órgano de contratación elevará a éste la propuesta de adjudicación a favor de la oferta económicamente más ventajosa para la administración contratante.

La apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las ofertas.

En cuanto al plazo de presentación de proposiciones:

- En procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, no será inferior a cincuenta y dos días, contados desde la fecha del envío del anuncio del contrato a la Comisión Europea (este plazo podrá reducirse en los supuestos previstos en el art. 143 LCSP).
- En los contratos de las Administraciones Públicas que no estén sujetos a regulación armonizada, no será inferior a quince días, contados desde la publicación del anuncio del contrato.
- En los contratos de obras y de concesión de obras públicas, el plazo será, como mínimo, de veintiséis días.

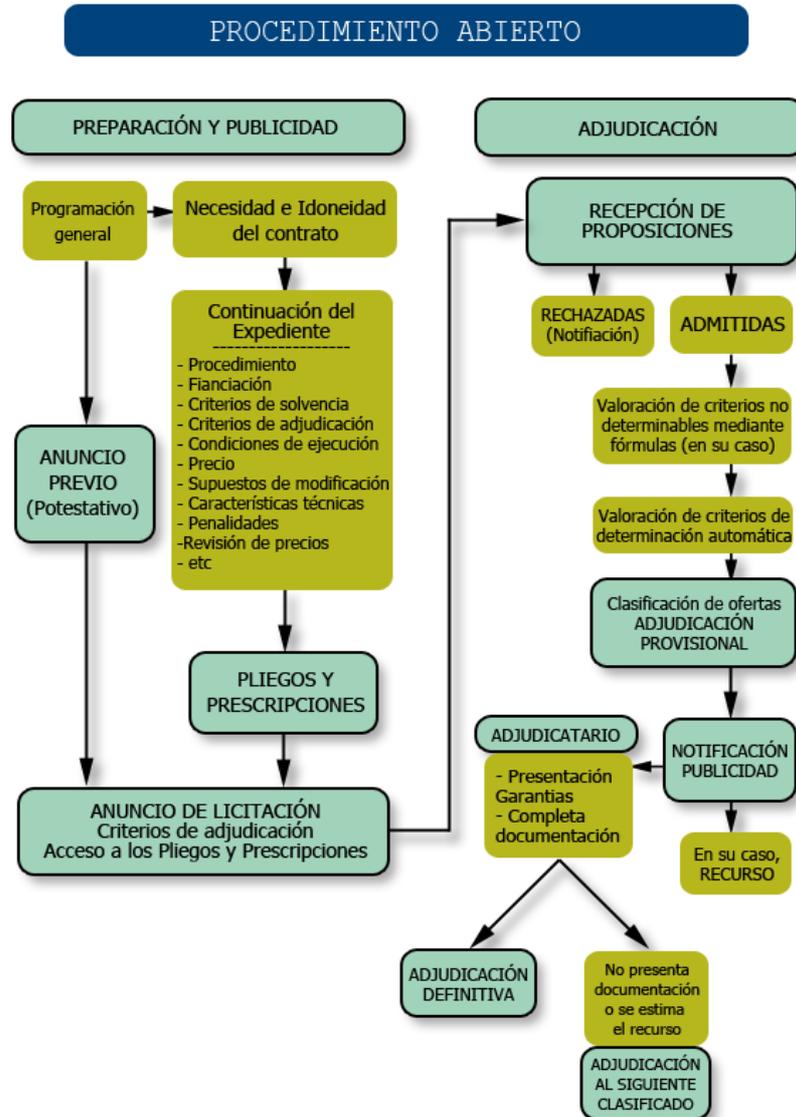
Las proposiciones de las personas interesadas en la licitación serán secretas. No podrán presentar más de una proposición, ni suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal.

Tanto para la valoración de las proposiciones como para verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego, el órgano de contratación podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos.

La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión.

Por su parte el artículo 135 determina que el órgano de contratación no podrá declarar desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.

Fig. III.1.—Procedimiento abierto.



Fuente: FECLEI, Federación Castellano Leonesa de Empresas de Inserción.

3.1.2 Procedimiento restringido

En el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellas empresas que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionadas por el órgano de contratación estando prohibida toda negociación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos (Art. 146 LCSP).

Previamente al anuncio de licitación, el órgano de contratación deberá haber establecido los criterios objetivos de solvencia con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones.

El órgano de contratación señalará el número mínimo de empresarios a los que invitará a participar que no podrá ser inferior a cinco y podrá igualmente fijar el número máximo de candidatos a los que se invitará a presentar oferta. El número de candidatos invitados debe ser suficiente para garantizar una competencia efectiva. Estos criterios se indicarán en el anuncio de licitación.

El órgano de contratación, una vez presentadas las solicitudes de participación, acompañadas de los respectivos documentos, seleccionará a los licitadores que pasarán a la siguiente fase a los que invitará a presentar sus proposiciones en los plazos ya indicados.

La invitación a los candidatos incluirá un ejemplar de los pliegos y copia de la documentación complementaria o las indicaciones pertinentes cuando esta información se hubiera puesto a disposición de los candidatos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

El número de candidatos seleccionados deberá ser igual al mínimo que se hubiese fijado previamente. Cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnan las condiciones exigidas.

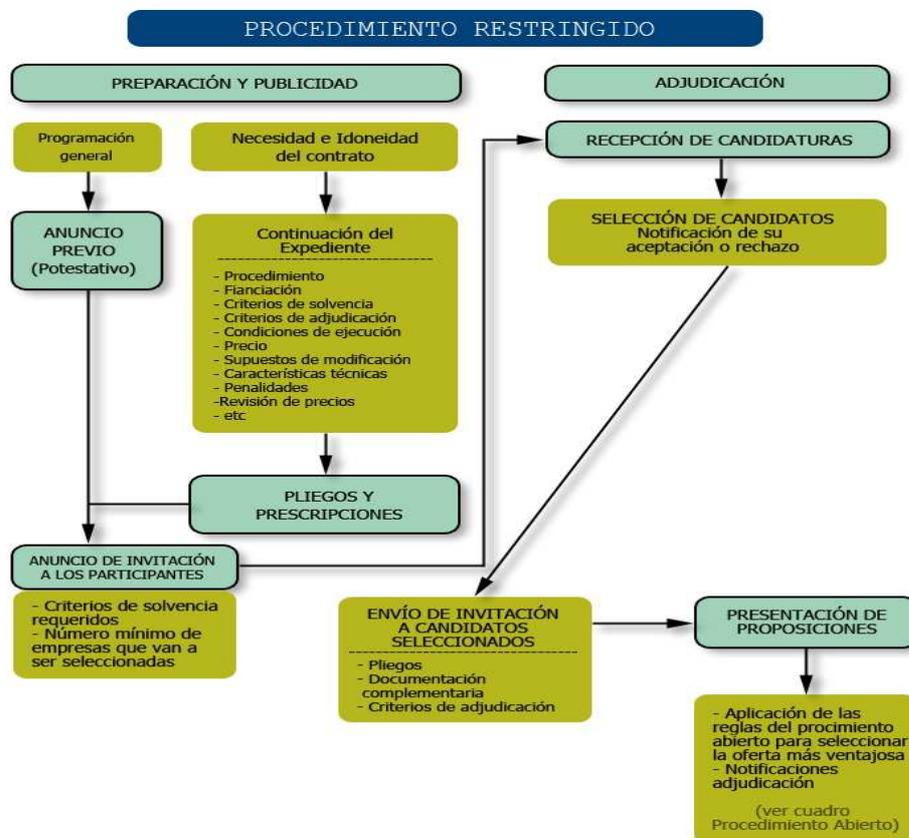
Al igual que en procedimiento abierto, los candidatos seleccionados pueden solicitar información suplementaria que deberá ser remitida por los órganos de contratación o los servicios competentes antes de los seis días anteriores a la fecha límite fijada para la recepción de ofertas. Respecto del examen de las ofertas y las propuestas de adjudicación, se aplicará lo dispuesto para el procedimiento abierto.

Resumiendo, estas son las fases del procedimiento restringido:

- Con carácter previo al anuncio de la licitación, el órgano de contratación deberá haber establecido los criterios objetivos de solvencia.
- El órgano de contratación señalará el número mínimo de empresas a las que invitará a participar en el procedimiento, que no podrá ser inferior a cinco.
- El órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones.

- Las invitaciones contendrán una referencia al anuncio de licitación publicado e indicarán la fecha límite para la recepción de ofertas, la dirección a la que deben enviarse y la lengua en que deben estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano, los criterios de adjudicación del contrato que se tendrán en cuenta y su ponderación relativa o, en su caso, el orden decreciente de importancia atribuido a los mismos, si no figurasen en el anuncio de licitación, y el lugar, día y hora de la apertura de proposiciones.

Fig. III.2.—Procedimiento restringido.



Fuente: FECLEI, Federación Castellano Leonesa de Empresas de Inserción.

3.1.2 Procedimientos complementarios de selección

Subasta electrónica

A efectos de la adjudicación del contrato, podrá celebrarse una subasta electrónica, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto. Está basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos.

Según el artículo 132:

“3. La subasta electrónica se basará en variaciones referidas al precio o a valores de los elementos de la oferta que sean cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o porcentajes.”

4. Los órganos de contratación que decidan recurrir a una subasta electrónica deberán indicarlo en el anuncio de licitación e incluir en el pliego de condiciones la siguiente información:

a) los elementos a cuyos valores se refiera la subasta electrónica; b) en su caso, los límites de los valores que podrán presentarse, tal como resulten de las especificaciones del objeto del contrato; c) la información que se pondrá a disposición de los licitadores durante la subasta electrónica y el momento en que se facilitará; d) la forma en que se desarrollará la subasta; e) las condiciones en que los licitadores podrán pujar, y en particular las mejoras mínimas que se exigirán, en su caso, para cada puja; f) el dispositivo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.”

Resumiendo, estas son las fases de la subasta electrónica, en la que se hace referencia los apartados 4 a 11 del Art. 132 LCSP;

1. El pliego de condiciones detallara los valores máximos iniciales que podrán ofertarse, y las condiciones en que los licitadores podrán pujar.
2. Evaluación de las ofertas iniciales de los licitadores admitidos.
3. Invitación simultanea por vía electrónica para la presentación de nuevos valores (teniendo en cuenta las diferencias mínimas que en el pliego se hayan establecido para las nuevas pujas).

4. Contenido de las invitaciones:
 - Fecha y hora de comienzo de la subasta (deberán transcurrir al menos dos días hábiles desde el envío de las invitaciones) y, en su caso, calendario de las sucesivas fases.
 - Información necesaria para la remisión electrónica de los nuevos valores.
 - Resultado de la evaluación de la oferta del licitador de que se trate.
 - Fórmula matemática por la que establecerán las reclasificaciones automáticas en función de los nuevos valores ofertados.
5. Desarrollo de las sucesivas fases:
 - En cada nueva puja se seguirá un procedimiento igual al de la primera evaluación.
 - En cada fase se informara simultáneamente a todos los licitadores, por vía electrónica, del resultado de su clasificación y, si el pliego lo prevé, el número de licitadores que continúan en la fase y los valores por ellos presentados, sin revelar su identidad.
6. Conclusión: la subasta se cerrara, bien en la fecha y hora fijada expresamente en la invitación, o bien cuando concluyan todas las fases previstas en el pliego, o cuando en alguna de las fases no se reciban nuevas ofertas dentro del plazo que se establezca en la invitación.
7. Adjudicación: una vez concluida la subasta electrónica, el contrato se adjudicara siguiendo las normas generales de adjudicación provisional y definitiva.

La subasta electrónica podrá emplearse en los procedimientos abiertos, restringidos y en los negociados en el caso previsto en el artículo 154 a), siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual.

No podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato.

Sistema dinámico de contratación

El Sistema Dinámico de Contratación (SDC) es un novedoso sistema de contratación pública creado y regulado por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (artículos 186 y siguientes).

La gran peculiaridad del SDC y lo que le aporta agilidad es el hecho de que tanto la implementación del mismo como las licitaciones y adjudicaciones que se realicen, se llevan a cabo utilizando exclusivamente medios electrónicos, informáticos o telemáticos, por lo que se hace necesario que todos los actos y manifestaciones de voluntad tanto del órgano de contratación, como de las empresas licitadoras o contratistas que tengan efectos jurídicos y se emitan tanto en la fase preparatoria como en las fases de licitación, adjudicación y ejecución de los contratos deben ser autenticados mediante una firma electrónica reconocida de acuerdo con la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica. Los medios electrónicos, informáticos o telemáticos empleados deben poder garantizar que la firma se ajusta a las disposiciones de la ley.

Los SDC son procedimientos de contratación exclusivamente electrónicos destinados a la adquisición de suministros y servicios de uso corriente. Es un procedimiento limitado en el tiempo, durante un máximo de 4 años, estando abierto a lo largo del periodo a todas las empresas interesadas que hubieran satisfecho los criterios de selección y que, por otra parte, hubieran presentado una oferta indicativa conforme a los criterios de consulta.

El proceso de gestión de un Sistema Dinámico de Contratación comienza con la publicación de los siguientes elementos:

- Un anuncio precisando que se trata de un expediente de Sistema Dinámico de Contratación y estableciendo los criterios de adjudicación.
- Las especificaciones que permitan precisar la naturaleza de los elementos a contratar, toda la información necesaria para incorporar al sistema y a los medios informáticos para el desarrollo de la contratación.

Todo el proceso de gestión del sistema de adquisición dinámico permanece abierto a todas aquellas empresas que hubieran presentado una oferta indicativa

conforme a las especificaciones, pudiendo mejorar su oferta a lo largo del ciclo de vigencia del sistema dinámico.

El desarrollo del sistema y la adjudicación de los contratos en el marco de éste deberán efectuarse exclusivamente por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, debiendo responder a los siguientes requisitos:

- Durante la vigencia del sistema, todo empresario interesado podrá presentar una oferta indicativa a efectos de ser incluido en el mismo.
- Cada contrato específico que se pretenda adjudicar en el marco de un sistema dinámico deberá ser objeto de una licitación específica.
- Las ofertas indicativas podrán mejorarse en cualquier momento siempre que sigan siendo conformes a las especificaciones.

Finalmente, es preciso destacar que la Administración podrá utilizar la subasta electrónica en el contexto de un sistema dinámico de contratación.

Acuerdos marco

Constituyen un sistema de determinación previa, por un periodo de tiempo determinado, de las empresas que están interesadas en la adjudicación de los contratos que pretendan celebrarse durante ese periodo.

Las empresas que celebren tal acuerdo marco (que deberían ser tres como mínimo siempre que exista un número suficiente de interesados que satisfagan los requisitos) son las únicas que pueden celebrar los contratos concretos de los que el acuerdo marco no es sino una previsión general y anticipada, aunque vinculante en cuanto a los términos y condiciones que en el mismo se contengan.

La duración del acuerdo marco es limitada (como máximo cuatro años).

Tal limitación es lógica por cuanto durante ese plazo nadie más puede contratar, con lo que el mercado queda en alguna medida cerrado, si bien el acuerdo marco mismo se celebra previa licitación pública.

Para la celebración de un acuerdo marco se seguirán las normas de procedimiento establecidas en el Libro II, y en el Capítulo I del Título I del Libro III.

El acuerdo marco se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación.

A partir del acuerdo marco se celebran ya los concretos contratos sólo entre las empresas que hayan sido parte del acuerdo marco:

- Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con un único empresario, los contratos basados en aquél se adjudicarán con arreglo a los términos en él establecidos. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta.
- Cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación. Ello significa que en el acuerdo marco debe haberse establecido la forma de adjudicar los concretos contratos que caen en su órbita.

Sin embargo, puede ocurrir que no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, en ese caso, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos y otros a los que se refieran los detalles del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 182 LCSP.

El acuerdo marco permite a partir de su celebración que los concretos contratos celebrados a su amparo se hagan con mucha mayor rapidez y de acuerdo con los términos de mismo acuerdo marco. La LCSP no reserva el acuerdo marco a un determinado tipo de contrato y sólo excluye que el recurso a esa técnica se haga de forma abusiva o de modo que se restrinja, falsee o se obstaculice la competencia.

3.1.3 Procedimientos extraordinarios de adjudicación

Procedimiento negociado

En este procedimiento, la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos, en el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con la empresas.

En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en la empresa licitadora justificadamente elegida por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversas candidaturas y negociar las condiciones del contrato con una o varias de ellas (Art. 153 LCSP).

Los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los siguientes casos (Según el artículo 154):

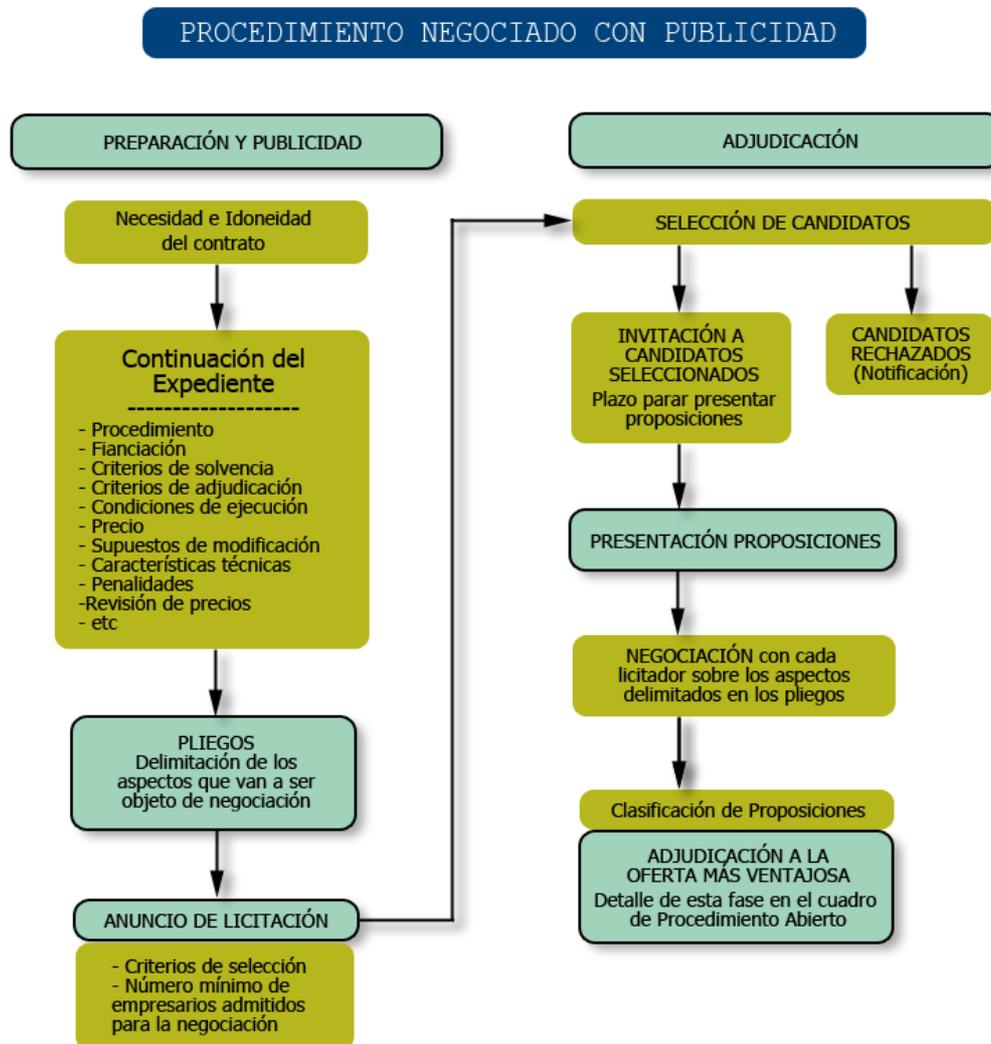
- a. Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresas carentes de aptitud, por incluir valores anormales o desproporcionados, etc., siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.
- b. En casos excepcionales, cuando se trate de contratos en los que, por razón de sus características o de los riesgos que entrañen, no pueda determinarse previamente el precio global.
- c. Cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente.
- d. Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato, sólo pueda encomendarse a una empresa determinada.
- e. Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 96.
- f. Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d.
- g. Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Además de estos casos generales, se establecen supuestos concretos para cada tipo de contrato, de los que únicamente haremos referencia a los que hacen referencia a la cuantía del contrato.

Por razón de la cuantía se podrán tramitar por procedimiento negociado:

- Los contratos de obras cuando su valor estimado sea inferior a un millón de euros.
- Los contratos de gestión de servicios públicos, aquellos cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años.
- Los contratos de suministro, servicios y restantes contratos: Cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros.
- Las fases del procedimiento negociado son las siguientes:
 - En el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas.
 - En los contratos negociados por la cuantía, deberán publicarse anuncios conforme a lo previsto en el artículo 126 cuando su valor estimado sea superior a 200.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 60.000 euros, cuando se trate de otros contratos. En este caso serán de aplicación las normas contenidas en los artículos 147 a 150 (procedimiento restringido).
 - Será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible.
 - Los órganos de contratación negociarán con las empresas licitadoras las ofertas que estos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa.
 - En el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo.

Fig. III.3.—Procedimiento negociado con publicidad.



Fuente: FECLEI, Federación Castellano Leonesa de Empresas de Inserción.

Diálogo competitivo

En el diálogo competitivo, el órgano de contratación establece un diálogo con las candidaturas seleccionadas, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que las candidaturas elegidas presenten una oferta (artículo 163 LCSP).

Este procedimiento se seguirá para adjudicar los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, y podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato.

Se introduce un nuevo procedimiento de adjudicación: el diálogo competitivo (artículos 163 y siguientes)

Aspectos más relevantes:

1. El pliego y las prescripciones técnicas son sustituidos por un documento descriptivo de las necesidades y requisitos mínimos a satisfacer con el contrato (Art. 165.3 LCSP).
2. La selección de las soluciones se podrá realizar por fases eliminatorias, aplicando a cada una de las fases los criterios de selección y su ponderación, si bien el número de soluciones que al final se seleccionen deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas (Art. 166.3 LCSP).
3. Se dará un trato igual a todos los licitadores, y no se facilitará información que pueda dar ventajas a determinados licitadores respecto al resto, ni revelar a los demás participantes las soluciones aportadas por uno de ellos sin su consentimiento expreso (Art. 166 LCSP).
4. El diálogo concluirá cuando se obtengan las soluciones más idóneas, y se invitara a todos los licitadores admitidos a presentar sus ofertas (Art. 166.4 LCSP).
5. Deberán formar parte de la Mesa de contratación personas especialmente cualificadas en la materia, en número igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa (Art. 296 LCSP).
6. Los licitadores admitidos podrán percibir un premio o pago por su participación, si así se prevé en el documento descriptivo o en el anuncio de licitación (Art. 163.2 LCSP).

Concurso de proyectos

En cuanto a los concursos de proyectos su especialidad no procede de circunstancias especiales, sino de la naturaleza misma del contrato. En dichos contratos puede limitarse o no el número de sus participantes. Las reglas de publicidad son las generales del artículo 126. La más peculiar es la existencia de un jurado integrado por personas físicas independientes de los participantes en el concurso. El jurado puede invitar a los participantes a responder preguntas. Su dictamen ha de ser tenido en cuenta por el órgano de adjudicación en el sentido de que si se aparta de su criterio tiene que motivarlo.

3.2 Los pliegos de los contratos

Los pliegos de condiciones de los contratos y los pliegos de prescripciones técnicas, son los documentos que determinan el acceso a la concurrencia por parte de los potenciales licitadores, así como las principales variables en las que dichos licitadores van a competir. En consecuencia, las entidades públicas contratantes deben procurar diseñarlos de manera que garanticen los principios de igualdad y no discriminación entre licitadores, así como las mejores condiciones de competencia posibles.

Asimismo, al volver a licitar contratos ya celebrados anteriormente, los órganos de contratación deberían evitar aplicar automáticamente los pliegos antiguos a la nueva licitación, y analizar si su contenido debe ser actualizado o revisado, para asegurarse de que son suficientemente favorecedores de la competencia.

Los aspectos del diseño de los pliegos más relevantes a efectos de la competencia son:

3.2.1 Acceso a la licitación

1. Exigencia de solvencia y clasificación a los licitadores.

La solvencia económico-financiera y técnico-profesional del licitador debe estar vinculada al objeto del contrato y ser proporcional al mismo. La solvencia técnica y profesional se debe probar mediante documentación ad hoc, o, en el caso de los contratos de obra y servicios que superen un determinado importe, mediante la exigencia de la correspondiente clasificación en un grupo, subgrupo y categoría determinados.

La clasificación particular o los requisitos de solvencia exigidos por el ente público deben estar justificados sobre bases relacionadas con el objeto del contrato, ya que una clasificación excesivamente exigente puede elevar sustancialmente las barreras de entrada.

Los requisitos exigidos tendrán a la vez el carácter de máximos y de mínimos, es decir, sólo pueden licitar las empresas que los reúnan pero en contrapartida, todas las que los reúnan pueden hacerlo. Por otra parte, es conveniente que los órganos de contratación de una misma Administración exijan requisitos de solvencia similares para contratos sustancialmente iguales entre sí, para evitar tratamientos desiguales entre empresas difícilmente justificables.

2. Exigencia de una determinada forma jurídica.

Está prohibido supeditar el acceso a la licitación a que las entidades participantes cuenten con una forma jurídica determinada, como por ejemplo algún tipo de sociedad mercantil, mancomunidad, condición de asociación de utilidad pública o sin ánimo de lucro, etc. ya que ello puede eliminar las posibilidades de participación de operadores que, en ausencia de esa limitación, estarían en condiciones de ofrecer satisfactoriamente la prestación requerida.

De la misma manera, la exigencia por parte de la Administración de que los oferentes se presenten bajo UTE restringe las posibilidades de decisión de las empresas y puede aumentar innecesariamente el riesgo de coordinación anticompetitiva de la conducta de sus miembros.

Todo ello sin perjuicio de que, tal como establece la normativa, la entidad ya seleccionada puede ser obligada a asumir una forma jurídica determinada, una vez se le haya adjudicado el contrato, y siempre que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo.

3. Discriminación por razones de territorio.

Está prohibida toda referencia a cláusulas de las que pudieran derivarse diferencias de trato en función de la nacionalidad, lengua, domicilio o territorio del adjudicatario, incluso de manera indirecta, como por ejemplo, la preferencia por experiencias vinculadas a un ámbito geográfico, o la exigencia de ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio de referencia.

4. Requisitos técnicos y económicos innecesarios o excesivos.

En relación con los bienes objeto del contrato, está prohibida, salvo en los supuestos de excepción contemplados legalmente, toda referencia a tipologías, marcas o especificaciones técnicas como determinantes del acceso a la licitación. Igualmente deben evitarse exigencias que supongan una carga económica desproporcionada, como la contratación de seguros de responsabilidad civil de cuantía excesiva en relación con el objeto del contrato.

5. Exigencia de certificaciones de calidad.

La LCSP permite exigir que el licitador cumpla determinadas normas de garantía de calidad. De acuerdo con tal Ley, las Administraciones Públicas que decidan exigir certificados de calidad en sus pliegos de contratación pública deben aceptar la certificación emitida por cualquier entidad de certificación acreditada por la Entidad Nacional de Acreditación, o por cualquiera de los organismos de acreditación con los que ésta tiene suscritos acuerdos de reconocimiento mutuo. Además, en dichos pliegos no debe mencionarse ninguna entidad de certificación

concreta. La LCSP establece asimismo que la exigencia de una determinada certificación de calidad para demostrar la solvencia de la empresa debe constituir una mera alternativa de acreditación, sin que ello implique la exclusión de posibilidades de acreditación por otros medios.

3.2.2 Criterios de adjudicación

De lo establecido en la LCSP en relación con los criterios de valoración de las ofertas se deriva que dichos criterios han de guardar relación con el objeto del contrato, deben ser objetivos, y deben figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente. Asimismo, en el diseño de estos criterios debe prestarse especial atención a los siguientes aspectos:

1. Garantía de la igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores

Está prohibido favorecer indebidamente a las empresas ya establecidas o que llevan tiempo trabajando en el sector, atribuyendo por ejemplo una ponderación excesiva a parámetros que puedan favorecer la discriminación a favor de este tipo de operadores.

a) Valoración de la experiencia.

Tanto la propia LCSP como la jurisprudencia y doctrina establecen claramente que la solvencia es el elemento que mide la aptitud de las empresas, mientras que los criterios de evaluación han de medir las características de la oferta.

En consecuencia, la experiencia de los licitadores no puede ser considerada como un parámetro puntuable a efectos de obtener la adjudicación. Debe entenderse pues, que todas las empresas que acrediten la solvencia requerida están igualmente capacitadas para ejecutar el contrato y, en consecuencia, la adjudicación debe realizarse en función de otros criterios.

b) Valoración del cumplimiento satisfactorio de otros contratos.

Aunque la LCSP impide contratar con las Administraciones Públicas a aquellas empresas que hubieran incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato, el grado de satisfacción de la Administración con dicha ejecución no puede utilizarse a efectos de la adjudicación del contrato, en la medida en que contribuye a discriminar contra nuevos entrantes.

Si se pretende premiar el correcto desempeño de contratos anteriores, o bien minimizar el riesgo de una prestación no idónea del servicio, deberían

preverse y ejercerse otros mecanismos que no impliquen ventajas en futuras licitaciones.

c) Derechos de preferencia y tanteo.

El derecho de preferencia se traduce en la concesión de ventajas al vigente titular del contrato, atribuyendo, por ejemplo, por el mero hecho de su titularidad, una mayor ponderación a su oferta en el caso de que ésta obtenga una valoración similar a la de otros competidores. Por su parte, el derecho de tanteo permite al beneficiario subrogarse en la posición del licitador que resulte adjudicatario, sustituyéndole en el contrato. La ventaja así otorgada al vigente titular relaja las tensiones competitivas entre éste y el resto de competidores, en detrimento de las condiciones competitivas de las ofertas y en consecuencia de la oferta vencedora. Por lo tanto, por lo general, ambos derechos deben evitarse.

2. Ponderación adecuada de las variables básicas

Los elementos que se tienen en cuenta para valorar las ofertas, así como el peso que se confiere a cada uno de ellos dentro del total de valoración, deben reflejar la importancia y prioridad de los elementos competitivos básicos. El método utilizado para la valoración de las ofertas debe permitir además la existencia de un margen suficientemente amplio para el ejercicio de la competencia en cada uno de estos elementos básicos. Las siguientes prácticas contribuyen a dificultar esta doble finalidad.

a) Ponderación inadecuada de los distintos criterios de valoración; en particular, de la variable precio.

Al establecer las ponderaciones de los criterios es necesario valorar adecuadamente su idoneidad y conexión con el objetivo final. En general, salvo casos excepcionales, el precio ofertado debe tener un peso fundamental en la valoración de cada oferta, por ser el criterio objetivo y económicamente cuantificable que mejor suele revelar el grado de eficiencia de los licitadores. Aunque en los contratos de gestión de servicios públicos, cuyo “cliente” es el ciudadano, debe otorgarse importancia también a otras variables sensibles para el consumidor final, como por ejemplo la calidad del servicio ofertado, su valoración no debe mermar sensiblemente la prioridad que debe darse al precio o tarifa ofertada.

b) Reflejo inadecuado del impacto del precio o tarifa ofertados en el presupuesto seleccionado como base del proyecto.

La puntuación atribuida al precio o tarifa de las distintas ofertas debe ser proporcional a la reducción del presupuesto base que permite cada una de ellas,

para no desvirtuar el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato.

Por ejemplo, si la máxima puntuación por este concepto no se otorga a la oferta de precio o tarifa más bajos, sino a aquella cuyo nivel de precio o tarifa se aproxima más a la media aritmética de las ofertas presentadas, se está desaprovechando la oportunidad de conseguir ofertas más agresivas, al tiempo que se fomenta el riesgo de alineamiento de las ofertas por encima del precio competitivo.

- c) Establecimiento de límites a los precios, tarifas u otras características básicas del servicio.

La introducción de estos límites responde generalmente al propósito de evitar la presencia de ofertas “temerarias”, es decir, anormales o desproporcionadas en relación con la retribución del prestador o con otras características del objeto del contrato. El uso de estos mecanismos puede contribuir, sin embargo, a reducir los incentivos de las empresas a ofrecer condiciones más ventajosas, puesto que es suficiente ofertar un determinado valor, conocido ex ante, para obtener la puntuación máxima en un elemento concreto. Este efecto restrictivo de la competencia se agrava si dicho límite no permite un margen suficiente de mejora en relación con el precio o presupuesto de partida. Por estas razones, es preferible que el criterio de definición del carácter temerario de las ofertas se establezca de tal manera que no afecte a los incentivos de los licitadores para competir, debiendo depurarse las ofertas anormales o desproporcionadas por mecanismos independientes de la valoración de la oferta.

- d) Excesivo peso de criterios escasamente relevantes para la ejecución de la prestación, o que imponen costes adicionales a los licitadores en relación con el vigente titular del contrato.

En los contratos de gestión de servicios públicos, en particular, la exigencia a los licitadores de garantizar la continuidad de determinadas condiciones laborales o de organización asociadas a la gestión del contrato por el vigente contratista, reducen el margen de auto organización de los nuevos entrantes y dificultan la realización de posibles ahorros de costes, además de imponerles una carga adicional que no afecta al vigente titular del contrato. Es por ello que, si se considera que dichas garantías son realmente imprescindibles, resulta preferible desde el punto de vista de defensa de la competencia que su cumplimiento se establezca como condición especial de ejecución del contrato, en vez de intentar asegurar su continuidad considerándolas como elementos puntuables a los que se otorgue una puntuación considerable dentro del total.

3.3 Modos de gestión de los servicios públicos

El problema que se plantea en la Administración pública, es gestionar lo público de manera eficaz y eficiente, en iguales o mejores condiciones que lo hace la empresa privada. El entorno jurídico-político en el que nos encontramos restringe la manera de gestionar los servicios públicos, pero si podemos aprovechar los recursos públicos para crear valor para el ciudadano.

La actividad de prestación o de servicio público puede ser cumplida por la Administración en régimen de Derecho Público, o por medio de organizaciones privadas propias. En el primer caso, los servicios pueden prestarse tanto por gestión directa de la Administración, como indirectamente a través de los particulares, produciéndose una privatización en el modo de gestión, pero en el bien entendido que este último supuesto no comporta la remisión a un régimen de Derecho Privado, sino justamente de Derecho Público, como es el contrato de gestión de servicio y su forma más tradicional y habitual: la concesión administrativa.

Todos estos modos de gestión están sistemáticamente regulados en la Ley de Bases de Régimen Local, la cual, prescribe que los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta, salvo los que impliquen ejercicio de autoridad, respecto de los que sólo cabe su prestación en régimen de gestión directa.

La administración pública española ha buscado por ello nuevas fórmulas que permitan que la gestión (no la titularidad) de los servicios públicos pueda ser llevada a cabo por la propia Administración Pública, por la empresa privada o por ambas. Encontramos así tres formas de gestión del servicio público, la gestión directa, la gestión indirecta y por último, la gestión mixta.

3.3.1 Gestión directa

La gestión directa se produce cuando el servicio lo presta la Administración Pública por sí misma, o mediante otra persona jurídica pública o privada exclusivamente dependiente de ella, de tal manera que asume toda la carga económica de la prestación del mismo, es decir explota el servicio recayendo sobre la misma el riesgo y ventura de la explotación. Algunas de estas personas jurídicas son las de la llamada Administración institucional.

Indiferenciada

Supone que la Administración gestiona el servicio público sin crear ninguna organización especial para ello. El Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se

aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), se refiere a la gestión directa simple en su artículo 68 estableciendo que:

“En la gestión directa sin órgano especial, la corporación local interesada asumirá su propio riesgo y ejercerá sin intermediarios y de modo exclusivo todos los poderes de decisión y gestión, realizando el servicio mediante funcionarios de plantilla y obreros retribuidos con fondos del presupuesto ordinario”.

Órgano especial sin personalidad jurídica

A esta modalidad gestora se la ha denominado gestión directa compleja o por medio de establecimiento público. La organización especializada sigue integrada en la organización administrativa general de la Administración, que es quien asume el riesgo de la explotación del servicio.

Establece el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) que cuando la gestión directa de los servicios se realice mediante una organización especializada, habrá de constituirse un Consejo de Administración que será presidido por un miembro de la Corporación.

La organización especializada tendrá, dentro del presupuesto único, sección presupuestaria propia, constituida por las partidas consignadas a tal fin y nutrida por el producto de la prestación y por las subvenciones o auxilios que se recibiesen.

Mediante la constitución de un ente público dotado de personalidad jurídica

En el ámbito del Estado, de acuerdo con la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), los entes podrán ser de dos clases:

- Organismos autónomos: dependen de un Ministerio y su actividad se somete al derecho administrativo.
- Entidades públicas empresariales: dependen de un Ministerio o de un Organismo autónomo y su actividad se somete al derecho privado excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.

En el ámbito local, el artículo 85 LRBRL establece que la gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos

autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales se registrarán, respectivamente, por lo dispuesto en la LOFAGE, con las siguientes especialidades:

- Su creación, modificación, refundición y supresión corresponderá al Pleno de la entidad local, quien aprobará sus estatutos. Deberán quedar adscritas a una Concejalía, Área u órgano equivalente de la entidad local, si bien, en el caso de las entidades públicas empresariales, también podrán estarlo a un organismo autónomo local. Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza.
- El titular del máximo órgano de dirección de los mismos deberá ser un funcionario de carrera o laboral de las Administraciones públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos, y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo.
- En los organismos autónomos locales deberá existir un consejo rector, cuya composición se determinará en sus estatutos.
- En las entidades públicas empresariales locales deberá existir un consejo de administración, cuya composición se determinará en sus Estatutos. El secretario del Consejo de Administración, que debe ser un funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades.

Mediante una sociedad mercantil cuyo capital sea íntegramente público

La Disposición Adicional décima de la LOFAGE establece que las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

En el ámbito local, el artículo 85 de la LRBRL establece que las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.

La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que

deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma.

Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.

3.3.2 Gestión indirecta

La gestión indirecta es aquella en que la administración pública competente contrata su prestación con los particulares y estos asumen en todo o en parte el riesgo económico de la prestación. En este caso, la administración pública controlará dicha gestión, pues cede la gestión o explotación del servicio destinado a los ciudadanos, pero no su titularidad.

Estos contratos (a excepción del arrendamiento y otros contratos privados), son administrativos, al igual que los mixtos y podemos encontrarlos regulados en dos normas ya citadas: la LCSP del 2000 que sustituyó a la de 1995, en su Título II, y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el RGLCAP (Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Conforme al artículo 155 de esta ley, la administración podrá gestionar indirectamente los servicios de su competencia siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares (persona física o jurídica). En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

El artículo 156 del TRLCAP, se refiere a las modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos. Ahora bien la posibilidad de elegir una u otra forma de gestión, directa o indirecta, y en concreto la modalidad que se estime conveniente entre las posibles, es una opción que corresponde tomar a la Administración.

Se declarará expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la administración respectiva como la propia de la misma, y como ya hemos dicho, esta conservará los poderes de policía necesarios (imponer obligaciones o limitar derechos para conseguir un fin público, y no sólo orientado a la seguridad) para asegurar la buena marcha de los servicios.

En el contrato se expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional como en el territorial. Incluye los contratos de concesión y concierto (indirectos) y de gestión interesada y sociedad de economía mixta (mixtos).

Las formas indirectas de prestación de los servicios públicos tienen en común el hecho de que esta función recae exclusivamente sobre los particulares y la Administración se manifiesta en su papel de responsable de la prestación material. Esta forma es la modalidad más importante en el entorno de los servicios públicos. Actualmente, es además, la forma de prestación utilizada para las actividades liberalizadas debido a lo cual requerirá especial atención, especialmente, en cuanto concierne a la concesión administrativa.

Lo particular de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos está en la utilización de la fórmula contractual. La más típica de las formas de gestión indirecta es la concesión. La Administración permanece como titular del servicio, y encomienda su explotación a un particular que corre con los riesgos económicos de la empresa. Esto supone obviamente un acuerdo previo entre Administración y concesionario que se obtiene, a través del mecanismo contractual.

Los contratos de gestión indirecta son regulados mediante el art. 154 de la TRLCAP y siguientes. En base a esta normativa el servicio a contratar ha de tener un contenido económico que lo haga susceptible de explotación por empresarios particulares, quedando excluidos, por otra parte, los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. La contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades, analizadas a continuación. Además en el artículo 253 de la LCSP:

“Artículo 253. Modalidades de la contratación.

La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.*
- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.*
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.*
- d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.”*

La concesión

Es la forma tradicional de gestión de servicios públicos; la Administración conserva la titularidad del servicio público de que se trate y encomienda su gestión a un particular, que explotará el servicio a su propio riesgo y ventura.

La retribución al concesionario puede consistir en la percepción de las contribuciones especiales que, en su caso, se hayan podido aprobar por el establecimiento del servicio, salvo cláusula en contrario; en las tasas que deban abonar al personal usuario por el acceso al servicio, de acuerdo con la tarifa aprobada por el Ayuntamiento, que deberá ser revisable; o en una subvención, complementada o no por los conceptos anteriores.

La Administración queda obligada a mantener el equilibrio económico de la concesión, por las modificaciones ordenadas por aquella por razones de interés público o por actuaciones de la Administración que determinen directamente la ruptura de dicho equilibrio o por causas de fuerza mayor.

En los citados casos la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda 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, en la reducción del plazo contractual y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en determinados supuestos, podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 % de su duración inicial, respetando siempre los límites máximos de duración previstos legalmente.

La Administración ostenta las siguientes facultades de control:

- Modificar el servicio por razón de interés público.
- Fiscalizar la gestión, inspeccionando las obras e instalaciones, la documentación, y en general, su correcta prestación.
- Sancionar al concesionario por las infracciones que cometiera en su prestación en los términos previstos por el pliego de cláusulas administrativas; asumir temporalmente el servicio cuando la empresa concesionaria no lo prestara; dictar las órdenes que resulten convenientes para mantener o restablecer la debida prestación del mismo.
- Rescatar el servicio, sin perjuicio de la buena explotación del mismo, para asumir su gestión de forma directa, indemnizando a la concesionaria de los daños y perjuicios que ello irroque.

- Suprimir el servicio por motivos de interés público, que lleva aparejada la obligación de indemnizar a la empresa contratista.
- Secuestrar o intervenir el servicio cuando la concesionaria incurriera en infracción grave que pusiera en peligro su debida prestación. La prestación del servicio y la percepción de las tarifas pasará a realizarse temporalmente por la Administración concedente, por cuenta y riesgo de la concesionaria, a quien una vez descontados los gastos, se le entregará el saldo activo resultante de esta gestión.
- Declarar caducada la concesión, previa desatención por la concesionaria de la anterior advertencia de la Administración para que corrija las deficiencias observadas.

Cuando finalice el plazo contractual, el servicio volverá a la Administración debiendo la contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligada con arreglo al contrato.

Arrendamiento y otros contratos privados

Se alquilan instalaciones que pertenecen, por ejemplo, a una entidad local. Funciona como un contrato privado, no como un contrato administrativo (por tanto quedará, en principio, fuera de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Para considerarlo un servicio público podríamos hablar, por ejemplo, del alquiler de determinados espacios para, por ejemplo, impartir conferencias de tipo social. Sin embargo, habrá ciertos límites en cuanto a qué se puede alquilar y durante cuánto tiempo.

Concierto

Se crea contrato entre la Administración Pública y otras entidades públicas, privadas o con particulares, sin crear una nueva persona jurídica. Según el artículo 181, del RD 1098, la modalidad de concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tenga similar contenido al del respectivo servicio.

Normalmente se establece con servicios asistenciales similares a los prestados por la Administración y que previamente ya estaban en funcionamiento, deseando que en un principio, sean una solución provisional. En este caso, el concierto tendrá una duración limitada. Como ejemplos encontramos determinados servicios hospitalarios que pactan el INSALUD con empresas privadas, como las diálisis, las exploraciones, etc.

3.3.3 Gestión mixta

Los contratos mixtos implican una mayor participación de la Administración pública en los beneficios. En este caso, la Administración Pública tampoco cede la titularidad del servicio, sólo su gestión, a través de los siguientes tipos de contratos:

- Gestión interesada: asociación entre un particular y la Administración Pública, participando esta última de parte de los riesgos económicos pero sin crear con ello una nueva persona jurídica. La Administración retribuye a la empresa gestora por medio de participaciones, cifra de negocio o beneficios, según la proporción establecida en el contrato. Será temporal y además se podrá establecer un ingreso mínimo a favor de cualquiera de las partes asociadas, a abonar por la otra parte, cuando el resultado de la explotación no alcance a cubrir un determinado importe de beneficios.
- Sociedad de economía mixta: se crea temporalmente una empresa nueva con aportaciones tanto públicas como privadas, aunque el capital público suele ser menor al privado. La sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos.

La conjunción del sector público como titular del servicio y del sector privado como gestor de la prestación permite fusionar las ventajas minorando los inconvenientes derivando en una mejor gestión. Por consiguiente, el hecho de llevar a cabo una gestión eficiente tanto de los recursos disponibles como de la gestión administrativa permite obtener mayor volumen de recursos que permitan ser utilizados como fuente de mejora de la equidad en los servicios públicos. Es decir, dejar que el mercado actúe de manera eficiente en los servicios públicos a través de la gestión indirecta en los que le es rentable y dejar a la administración pública competente como corrector de fallos de mercado y suministrador de servicios públicos siempre y conforme al principio de equidad e intentando que la prestación de estos servicios sea lo más eficaz y eficiente posible.

3.3.4 Características comunes a la gestión indirecta y mixta

Cuando el contrato de gestión de servicios públicos sea de los regulados en la Ley 2/2000, bien en gestión indirecta o mixta (las coloquialmente llamadas contratas), según el artículo 157 no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su

duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:

- Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por la sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta sesenta años.
- Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en el periodo de cincuenta años.

Cuando se firmen los contratos de gestión de servicio público regulados en la Ley 2/2000, el artículo 158 indica que se tendría que especificar el régimen jurídico, básico regulador del servicio y Reglamentos especiales, así como los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo y, en su caso, las tarifas que hubieren de percibirse de los usuarios, los procedimientos para su revisión y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración, cuando así procediera.

En los contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y de las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización. En tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos para la concesión de obras públicas.

En cualquier caso, la titularidad del servicio público continúa perteneciendo a la Administración pública y por ello cuando finalice el plazo contractual, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en estado de conservación y funcionamiento adecuados. En caso de incumplimiento en estas obligaciones, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado.

Asimismo, en su poder de policía, sirviese que del incumpliendo por parte del contratista se deriva una perturbación grave y reparable por otros medios en el servicio público, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquélla desaparezca.

Por último, aparte del fin de plazo, la Administración Pública podrá excepcionalmente poner fin al contrato cuando existan razones de interés público que le lleven a gestionar el servicio directamente, cuando sea imposible la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, y cuando muera el contratista o devenga incapaz.

3.4 Clasificación de sistemas de financiación

A lo largo del tiempo, el sistema de financiación de la administración pública ha evolucionado y ha cambiado, debido a los problemas presupuestarios y las fuertes inversiones, ésta se vio en la necesidad de acudir al sector privado para que financiará y gestionará algunas obras públicas, estableciendo como contraprestación el que pudiera recuperar la inversión por medio de peajes pagados directamente por los usuarios o bien por la propia administración.

A lo largo de los últimos años, se han desarrollado diferentes modelos de financiación pública, privada, mixta y de colaboración público-privada (PPP).

Existe un amplio abanico de sistemas de financiación y gestión, atendiendo a la procedencia final de los recursos, los distintos modelos existentes pueden clasificarse en tres grandes grupos:

- Financiación pública, presupuestaria o extra presupuestaria, las cuales incorporan fórmulas de aplazamiento de pago.
- Financiación privada, es decir, los sistemas concesionales puros.
- Financiación mixta. Todo ello con independencia de que la gestión de la infraestructura sea directa o indirecta.

Uno de los aspectos que esta generando mayor controversia a la hora de aplicar los diferentes modelos de financiación es concretar hasta qué punto es el usuario o la administración, el que finalmente tiene que pagar.

En la práctica, se distinguen modelos donde es el usuario el que paga todo o parte del costo de la infraestructura, y modelos como el peaje sombra en los que es la administración la que paga.

Las primeras concesiones de obras públicas estuvieron estrechamente asociadas a sistemas de pago por parte del usuario. Sin embargo, a lo largo del tiempo se han puesto en práctica mecanismos en los que el pago de la tarifa lo lleva a cabo en todo o en parte el sector público.

3.4.1 Modelos de financiación pública

Este modelo se caracteriza porque es sobre el contribuyente sobre quien en último término recae el costo de la inversión. Se utilizan las partidas presupuestarias de las diferentes administraciones públicas como instrumento de financiación de la infraestructura, con cargo a la partida de inversiones o con cargo a la partida de subvenciones. Asimismo, la administración puede conceder a empresas públicas contribuciones en su capital, considerados inversiones financieras de las administraciones públicas.

Modelos de financiación pública no presupuestaria

Existen varios sistemas que se han ido desarrollando, pero pueden distinguirse aquéllos cuya financiación es de carácter estrictamente presupuestaria y otros cuya financiación, independientemente de ser pública, no proviene de los presupuestos estatales.

Existen entidades públicas empresariales que perciben tasas como contraprestación por la gestión de los servicios o la producción de bienes de interés público, que realizan y se aplican directamente a su financiación, de acuerdo con la legislación española.

Como ejemplo, podemos citar los Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), así como los puertos del Estado.

Las tasas tienen carácter tributario y deben ser aprobadas por Ley, aunque a diferencia de los impuestos deben emplearse exclusivamente para financiar el servicio del que provienen.

Por ejemplo, las tasas aeroportuarias que pagan los aviones en los aeropuertos españoles se dedican a la financiación del sistema aeroportuario.

Modelos de financiación pública presupuestaria

En lo que respecta a los sistemas basados en la financiación presupuestaria, pueden configurarse distintos modelos según la forma y momento en que la administración efectúe el pago.

Contrato de obra con abono de certificaciones

Éste es el sistema tradicional de financiación pública presupuestaria aplicado en muchos países. Los abonos de las certificaciones que la administración expide periódicamente en concepto de pago por la obra ejecutada durante cada período, tienen el concepto de pagos a cuenta y se realizan, normalmente, con cargo a la partida de inversiones reales del presupuesto de la administración pública, computado como déficit público.

No obstante, existe la posibilidad de que los recursos aportados por la administración para el abono de dichas certificaciones provengan de fondos especiales constituidos con tal fin.

Las administraciones públicas, una vez construida la infraestructura, suelen gestionarlas directamente. Su mantenimiento puede ser financiado por los presupuestos públicos o bien mediante la aplicación de peajes públicos o tasas por su utilización. En estos casos, los usuarios son los que, en última instancia, pagan el mantenimiento de la infraestructura y no los contribuyentes.

Aportaciones públicas a entes públicos y sociedades estatales

Las administraciones públicas pueden financiar infraestructura de forma indirecta, por medio de aportes transferidos a otros agentes públicos generalmente creados para la realización o gestión de un determinado proyecto que la propia administración prefiere encomendarles por motivos de eficacia, flexibilidad o de imputación de sus inversiones en las cuentas públicas. Dichas aportaciones pueden ser transferencias para inversiones, subvenciones a la explotación o contribuciones al capital de dichas sociedades públicas.

La legislación española permite aportaciones a entes públicos con cargo a la partida presupuestaria de transferencias de capital.

Dichas transferencias, se engloban como déficit público en el momento en que se transfieren y tienen como finalidad atender a la conservación y reposición de cierta infraestructura de transporte o fomentar el transporte colectivo urbano. Es el claro ejemplo de las subvenciones de capital otorgadas a algunas ciudades para el desarrollo de sus redes de transporte urbano, en especial el metro.

Modelos con aplazamiento y/o fraccionamiento del pago

Los restantes sistemas están basados en el aplazamiento y/o fraccionamiento del pago de la obra, donde la administración, por medio de la creación de un ente de derecho público con capacidad de endeudamiento, moviliza capital privado para construir y gestionar una infraestructura, cuyos costos serán pagados por la propia administración con cargo a futuras partidas presupuestarias. Esto significará, trasladar la deuda a generaciones posteriores, al no gravar los presupuestos durante los años de construcción.

En estos modelos, el ahorro privado participa en la primera fase del proyecto y aporta los recursos necesarios para su realización, y serán los contribuyentes quienes pagan la deuda contraída por la administración. Asimismo, el costo de la infraestructura conlleva el gravamen en los presupuestos de las administraciones públicas correspondientes, que finalmente es contado como déficit público.

Existen dos sistemas que pueden aplicarse; el modelo alemán y la concesión en régimen de peaje sombra.

El modelo alemán equivale a un contrato de obra llave en mano, es decir, la administración en el momento de la terminación de la obra pagará un precio único o a lo largo de un número de años y el contratista, a cambio, se obliga a financiar la construcción, adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada.

La capacidad de contratar de la administración por este sistema es limitada, ya que no puede superar en cada servicio un porcentaje de la partida presupuestaria destinada a inversión

Es preciso señalar que la capacidad de contratación de la administración por este sistema suele estar limitada, pues no puede superar en cada ejercicio un determinado porcentaje de la partida presupuestaria destinada a inversión, con el fin de evitar la acumulación de compromisos presupuestarios en ejercicios futuros.

El modelo de peaje en sombra, se trata de un sistema concesional en el que el sector privado se compromete a la mejora y mantenimiento de una infraestructura y recibe de la administración pública correspondiente, en concepto de contraprestación, un peaje o canon por la utilización o uso de la misma, hasta dejar liquidados los compromisos financieros contraídos.

Por lo tanto, el usuario del servicio no es quien paga el peaje, sino la administración pública correspondiente, la cual abona anualmente a la sociedad concesionaria, a lo largo de la vida de la concesión, la cantidad estipulada con cargo a los presupuestos.

Las partidas presupuestarias destinadas a este sistema se considerarán como subvenciones a los usuarios

Destacamos la consideración, de las normas contables de la UE, del respeto del modelo de peaje sombra al principio de asunción del riesgo por parte del concesionario, ya que la retribución pública depende del volumen de tráfico o del grado de cumplimiento de los niveles de calidad establecidos.

3.4.2 Modelos de financiación privada

El sistema de financiación privada está íntimamente unido al de gestión privada, los cuales no hacen uso alguno de ayudas o garantías estatales y por consiguiente no grava el presupuesto de la administración pública, ni repercute en el déficit público.

La figura tradicional de este sistema es la concesión de obra pública, sin aportaciones, ni garantías públicas.

A pesar de las ventajas del sistema concesional, también se puede demostrar que son pocos los proyectos de obras públicas que, pueden considerarse financieramente rentables sin aportes públicos. Esto conlleva al desarrollo de los sistemas de financiación mixta o de asociación entre los sectores público y privado, que intentan hacer compatible la inversión privada con algunas aportaciones públicas, a fin de que el proyecto en cuestión alcance el equilibrio económico-financiero y resulte viable en la práctica.

3.4.3 Modelos de financiación mixta

Existen casos de proyectos rentables desde el punto de vista económico y social, pero sin embargo no pueden llevarse a cabo por no presentar una rentabilidad financiera suficientemente atractiva para que el sector privado participe en ella. Aquí es, donde entra en juego la aplicación de nuevos sistemas de financiación mixta, donde participan todos los agentes interesados compartiendo riesgos y beneficios.

Dentro de los diferentes modelos de financiación mixta que existen, en los que colaboran los sectores público y privado, se pueden distinguir entre aquellos en los que la administración se limita a aportar a los concesionarios una serie de ayudas con el fin de facilitar financiación del proyecto de los llamados modelos de participación público-privada (PPP).

La única forma de que la administración pueda impulsar la realización de estos proyectos sin gravar lo menos posible su presupuesto, es aplicando modelos de financiación mixta que traten de compatibilizar los objetivos socioeconómicos que persiguen las administraciones públicas con los estrictamente financieros de la iniciativa privada.

Por ello, las administraciones públicas pueden contribuir en cada caso concreto con una serie de aportes que permitan que los concesionarios alcancen una adecuada tasa de rentabilidad y que los niveles de los peajes o cánones establecidos en cada caso sean atractivos para los futuros usuarios del servicio prestado. Los posibles aportes de administración pública al sector privado, pueden ser:

- Aportes de la administración para la financiación de las obras, cuando concurren singulares exigencias que pueden ser dinerarias o no dinerarias, subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, o préstamos participativos.

- Ayudas de la administración en la ejecución por su cuenta de parte de la construcción de la obra o en su financiación parcial.
- Aportes de otras administraciones públicas distintas de la concedente, con independencia de la financiación que pueda provenir de otros organismos nacionales o internacionales.
- Aportes de las administraciones públicas durante la fase de ejecución de las obras, una vez concluidas éstas o al término de la concesión; pueden consistir en aportaciones no dinerarias.
- Aportes durante la fase de explotación de la obra que garanticen su viabilidad económica, como son, subvenciones al precio (si la subvención cubriera todo el precio, se trataría de un peaje sombra), anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, para ser aportados desde el inicio de la explotación de la obra o en el transcurso de la misma.
- Deuda subordinada pública para la financiación de la construcción y explotación, o sólo la explotación, de las obras públicas objeto de la concesión.

Esto hace aumentar la garantía de los proyectos ante las instituciones financieras y disminuir los gastos financieros, permitiendo un nivel aceptable de los peajes.

3.4.4 Otras formas de financiación

Financiación cruzada

La financiación cruzada permite que con los ingresos de una concesión se financien obras distintas a la que es objeto de explotación económica, siempre que exista una relación funcional entre ellas. Ambas obras deberán ser objeto de explotación y mantenimiento por el concesionario durante todo el periodo de la concesión.

Las concesiones introducen la competencia en el proceso de licitación inicial, donde las sociedades privadas compiten para que dicha concesión les sea adjudicada. Para ello, los concursantes ajustan los costos de su oferta de manera que los ingresos previstos generen unos resultados capaces de remunerar el capital de manera suficiente.

En este proceso resulta complicado que una determinada concesión se financie sin que recurra a la necesidad de un aporte de la administración, ya que el

fin de dicha concesión es que sea rentable o generé un excedente como consecuencia de que sea muy rentable.

La administración deberá poner los medios para que la concesión alcance una rentabilidad atractiva, a través de subvenciones, anticipos reintegrables,... al aportar la cantidad de recursos que sea necesaria para hacerla viable.

De otra manera, si se exige que el concesionario haga un pago por la concesión, la hacienda pública ingresará la cantidad abonada por el concesionario, sin que dicho ingreso tenga por qué destinarse en un futuro a la financiación de nueva infraestructura.

El nuevo modelo concesional español en cuanto a la provisión de infraestructura se enfrenta de manera relevante a importantes restricciones presupuestarias. Esto conlleva a emplear los excedentes de aquellas concesiones muy rentables en otra infraestructura que no lo sea o que, por circunstancias sociales, no sea adecuado someterla a un peaje o tarifa. De esta manera, se asegura que los recursos que abonan los usuarios de la infraestructura por su uso se destinen a financiar otra infraestructura íntimamente ligada con las anteriores.

El sistema es de gran utilidad para que la administración pública consiga desarrollar una mayor cantidad de infraestructura, con independencia de las limitaciones presupuestarias a las que se puede ver sometida.

Además, la ley dice que cuando el contrato tenga por objeto conjuntamente la construcción y la explotación de obras públicas, los pliegos generales o particulares de la concesión podrán exigir que el concesionario esté igualmente obligado a ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y sean necesarias para que éstas puedan cumplir la finalidad determinante de su construcción, permitiendo su mejor funcionamiento y explotación.

Una condición que debe cumplirse para poder aplicar el principio de la financiación cruzada, es que la infraestructura debe tener siempre una relación funcional entre sí, con incidencia en su explotación, y que dependan de la misma administración pública.

Textualmente la LCSP en su artículo 240.1 dice:

“Cuando dos o más obras públicas mantengan una relación funcional entre ellas, el contrato de concesión de obra pública no pierde su naturaleza por el hecho de que la utilización de una parte de las obras construidas no esté sujeta a remuneración siempre que dicha parte sea, asimismo, competencia de la Administración concedente e incida en la explotación de la concesión”.

Esto se refiere a infraestructuras que forman parte de una red, como los sistemas de carreteras, además de obras correspondientes a modos de transporte distintos pero relacionados entre sí, por ejemplo un aeropuerto o un puerto y la carretera de acceso al mismo.

Este sistema de financiación puede presentar dificultades por el problema de definir el grado de vinculación que se exige a dos o más obras para que la explotación de una de ellas permita financiar la realización de las otras.

Project finance

Se puede entender por “Project Finance” la financiación de un proyecto sin recurrir a garantías adicionales a las que proporciona el propio proyecto (mediante los flujos de caja futuros). El proyecto es, por lo tanto, una entidad independiente que nace mediante la creación de una sociedad cuyo objeto social es la realización y explotación del propio proyecto.

Los socios de la sociedad son denominados promotores del proyecto y pondrán en riesgo únicamente el capital social aportado. Las entidades de crédito, si el proyecto es adecuado, financiarán la sociedad sin exigir ninguna garantía, esperando que el proyecto sea capaz de devolver la deuda y los intereses correspondientes.

El proyecto conlleva una serie de costes fijos, además tiene que estar perfectamente definido tanto legal como técnicamente. La definición legal implica la realización de contratos entre los participantes, en los que se definan las funciones, riesgos y responsabilidades y se regulen las relaciones que tengan con el correspondiente pago de los honorarios a los abogados.

La definición técnica conlleva estudios de demanda, estudios de viabilidad económica, la elaboración de un modelo financiero y la realización de diversos trabajos con el fin de minimizar los distintos riesgos que pueden ocurrir durante el desarrollo del proyecto.

Otro aspecto que contribuye a elevar el coste y la complejidad del “Project Finance” es el proceso de “due diligence” que exigen las entidades de crédito antes de otorgar la financiación, mediante el cual se realiza una auditoría de la viabilidad del proyecto.

Según se han ido estandarizado los proyectos, ha sido posible también estandarizar los pasos necesarios para la realización del “Project Finance”, pudiendo reducir los costes asociados y abordar la financiación de proyectos de menor tamaño.



CAPÍTULO IV: ANÁLISIS ECONÓMICO-FINANCIERO

1. Introducción

En este capítulo se analiza la pertinencia de realizar un análisis económico-financiero puesto que se concluirá que es un elemento determinante a la hora de optar por un sistema concesional.

Las restricciones presupuestarias impuestas por el Estado para reducir el déficit obligan a un recorte considerable del gasto público que generalmente afecta de manera más importante a los gastos de inversión. El método concesional tiene un conjunto de ventajas específicas con independencia de la situación económica de un país. La principal ventaja de las concesiones se deriva de las ganancias de eficiencia que se producen por la competencia entre empresas privadas que obliga a éstas a buscar una solución óptima en términos de coste y calidad con el objetivo de beneficiar al conjunto de la sociedad.

Respecto a la influencia de este contexto macroeconómico en la provisión de infraestructuras, se observa que el marco actual de la economía española resulta tremendamente adecuado para impulsar la financiación privada. Los tipos de interés bajos y reducida inflación favorecen la participación de la iniciativa privada en la financiación de proyectos de infraestructuras, lo que supone la base del método concesional.

2. Plan económico financiero

En el artículo 233 (LCSP) se establece que las proposiciones de los licitadores deben contener el plan económico-financiero de la concesión. En concreto, en el

apartado c.4º) de dicho artículo regulo cual debe ser el contenido de ese plan, indicando textualmente:

“que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación y obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta. En cualquier caso, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos señalados anteriormente.”

Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto de acuerdo con lo establecido en el Título V del Libro I y en artículo 232.1.b. El plan económico-financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes (artículo 226). Así como, cuando se modifique o amplíe la obra pública, además de la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta porque el interno público lo exija, procederá la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias (artículo 233.1).

El plan económico financiero posee un importante papel dentro de los contratos de concesión de obras públicas, cuyo objeto es la realización por el concesionario de algunas prestaciones (obras, reparación, mantenimiento, etc.) y en el que la contraprestación económica a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio (Art. 7 LCSP).

Además dicho plan figurara en las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obra pública como parte del estudio de viabilidad que se elabora con carácter previo a la decisión de realización de la obra pública y se podrá realizar por dos modos:

- Por iniciativa de la Administración competente para licitar posibles concesiones para la construcción y explotación de obras públicas.

- Por iniciativa privada, a instancia de personas naturales o jurídicas o de otras Administraciones que se propongan construir y explotar una obra pública en régimen de concesión.

En la documentación a presentar por el licitador al procedimiento para la contratación de la concesión de obras públicas incluirá el plan económico financiero (PEF), el cual formará parte del contrato, de la oferta que resulte adjudicataria.

2.1 Criterios para la elaboración del Plan económico-financiero

Los candidatos deberán incluir en sus ofertas un disquete o CD ROM en el que se contenga el modelo financiero, elaborado con un soporte informático compatible con Microsoft Excel 2000.

Deberá aportarse igualmente una impresión completa de dicho modelo como anexo a la oferta y una copia electrónica en pdf.

La información a presentar por los candidatos debe ser de la máxima homogeneidad, claridad y transparencia, para facilitar el análisis del cumplimiento de los requerimientos seguidos y el fiel reflejo de las exigencias del pliego y la coherencia del plan económico-financiero (PEF) con la oferta técnica. Por tanto, los candidatos procederán a una rigurosa contabilización de las partidas a incluir en el plan económico-financiero (PEF), en base a los principios contables establecidos.

El modelo y el plan deberán estar elaborados, tanto para el período de proyecto y construcción, como para el período de explotación, sobre una base anual.

El modelo deberá facilitar la identificación de las variables input, las variables output y aquellas celdas de trabajo que permitan realizar variaciones en las variables más relevantes (switch).

Además deberá contar con una hoja de resumen y control donde se vean los resultados más relevantes y se recojan aquellas variables clave para la realización de las sensibilidades.

El modelo deberá acompañarse de un manual de utilización en el que se indique cómo leer y utilizar los datos, precisando los eventuales vínculos que

existan entre los datos y ayudando o explicando de manera clara como efectuar los “análisis de sensibilidades”.

Los licitadores se comprometen a responder con claridad, sinceridad y diligencia, en su caso por escrito, a todo requerimiento de explicación o de aclaración por parte de los licitantes o de sus asesores sobre la configuración y el funcionamiento de su modelo financiero y de su Plan económico-financiero.

Los candidatos deberán igualmente remitir una memoria explicativa que detalle todas las hipótesis utilizadas para la construcción del modelo, las fuentes, si se trata de hipótesis adoptadas en estudios públicos, y las justificaciones de las opciones escogidas para el caso base y los casos de sensibilidad.

2.2 Estudio de viabilidad

El estudio de viabilidad se enmarca dentro de las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obra pública (sección 2 de la LCSP). Así pues, en su artículo 112. 1. de la LCSP dice:

“Con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad de la misma.”

Dicho estudio deberá contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos siguientes, recogidos en el artículo 112 de la LCSP:

- Finalidad y justificación de la obra, así como definición de sus características esenciales.
- Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión.
- Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.
- Estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes caso, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias.

- Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.
- Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra.
- Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de la obra con la justificación, asimismo, de la procedencia de ésta.
- Estudio de seguridad y salud o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción.

2.3 Contenido de la propuesta del licitador

De acuerdo con lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, los licitadores deberán documentar el Plan Económico Financiero o el estudio económico de viabilidad que proponen, por lo tanto es habitual que se incorpore la siguiente información:

1. Proyecciones financieras del periodo de concesión:

- Cuenta de pérdidas y ganancias que recogerá la previsión de resultados y su distribución durante el periodo de concesión.
- Balance de situación previsto al cierre de cada ejercicio durante el periodo de concesión.
- Estados de flujos de tesorería, a fin de verificar la coherencia entre las disponibilidades líquidas y la aplicación de los medios financieros.
- Programa de deuda.
- Estado de origen y aplicación de fondos durante toda la fase de construcción
- Pagos o flujos de inversiones en renovaciones, sustituciones y cuales quiera otras inversiones durante explotación (mantenimiento extraordinario y otros conceptos que supongan inversión nueva activable)
- Dotaciones y des-dotaciones al fondo de reserva especial destinado al mantenimiento mayor de la Autovía
- Análisis de sensibilidades.

2. Memoria explicativa de los valores fundamentales e hipótesis empleadas:

- Explicación y detalle de los gastos operativos previstos (con el máximo desglose posible)
- Explicación de la política de inversiones, amortizaciones, dotación al fondo de reversión y dotación al fondo de reposición (con el máximo desglose posible)
- Detalle de las Fuentes de Financiación:
 - Recursos Propios
 - Calendario de desembolso del capital social
 - Política de distribución de resultados
 - Recursos Ajenos
 - Instrumentos
 - Costo Estimado
 - Préstamos Subordinados en su caso
 - Análisis de Solvencia de la Futura Sociedad Concesionaria
 - Porcentaje mínimo de recursos desembolsados por los accionistas sobre el total de los recursos.
 - Movilizados
 - Estimación del nivel de cobertura de la deuda en cada periodo de vida de la concesión
 - Análisis de Rentabilidad de la Concesión
 - Tasa de Retorno Interna del Proyecto
 - Tasa de Retorno Interna de los Accionistas

3. Documentación relativa a la obtención de recursos financieros:

- Carta de compromiso de los proveedores de deuda (bancos o instituciones financieras), indicando el compromiso de éstos para facilitar financiación, especificando las condiciones ofertadas y detallando los principales términos que se asumen.

4. Documentación relativa a los licitadores

- Carta de compromiso de aportación de fondos de los accionistas.

5. Resumen de las variables fundamentales del proyecto:

- Propuesta de tarifas
- Importe del canon a pagar
- Valor actualizado neto de los ingresos (VAN de los ingresos)
- Valor actualizado neto de los costes de explotación (VAN de los costes de explotación)
- Valor actualizado neto de los costes totales de la inversión (VAN de los costes totales de inversión)

- Tasa interna de retorno del proyecto (TIR del proyecto)
- Tasa interna de retorno de los Accionistas (TIR de los accionistas)

2.4 Análisis de sensibilidad

Los candidatos deberán efectuar análisis de sensibilidad en relación con los principales parámetros tomados individualmente en uno o más casos para permitir que se juzgue la solidez del proyecto.

Se combinarán los casos de reducción de ingresos y de aumento de los costes. Asimismo, se analizarán los casos más favorables y los más desfavorables.

El objeto del análisis de sensibilidad es la selección de las variables y parámetros «críticos» del modelo, es decir, aquellos cuyas variaciones, positivas o negativas, frente al valor utilizado como estimación óptima en la hipótesis de referencia tienen el efecto más pronunciado sobre la TIR o el VAN, por cuanto producen las modificaciones más importantes de dichos indicadores.

Los criterios que han de guiar la elección de las variables críticas dependerán del proyecto considerado y deben analizarse minuciosamente caso por caso. Como pauta general, recomendamos la elección de aquellos parámetros cuya variación (positiva o negativa) en un 1% comporte una variación correspondiente del 1% (un punto porcentual) en la TIR o del 5% en el valor de referencia del VAN.

1. A continuación, manera sintética, el procedimiento que deberá seguirse para efectuar un análisis de sensibilidad:
2. Determinar todas las variables utilizadas para calcular la producción y los consumos intermedios en los análisis financiero y económico, agrupándolas por categorías homogéneas. El siguiente cuadro será de utilidad para mayor conocimiento.
3. Identificar las posibles variables dependientes en relación determinista, que pueden generar distorsiones en los resultados y doble contabilización. En tal caso, es preciso eliminar las variables repetidas y mantener las más significativas, o bien modificar el modelo con objeto de eliminar las dependencias internas. En decir, las variables estudiadas deben ser lo más autónomas posible entre ellas.
4. Es aconsejable realizar un análisis cualitativo del impacto de las variables a fin de seleccionar aquellas que poseen una elasticidad

escasa o marginal. El análisis cuantitativo subsiguiente puede entonces limitarse a las variables más significativas, que deberán verificarse en caso de duda.

5. Una vez seleccionadas las variables significativas, puede evaluarse su elasticidad mediante los oportunos cálculos, que resultarán más fáciles si se dispone de un sencillo programa informático para determinar la TIR y/o el VAN. Han de irse asignando distintos valores (superiores o inferiores) a cada una de las variables y calcular cada vez la TIR o el VAN, anotando las diferencias, frente a la hipótesis de referencia. Ya que, en general, no existen garantías de que la elasticidad de las variables sea siempre una función lineal, es aconsejable comprobarlo, repitiendo los cálculos para distintas desviaciones arbitrarias.
6. Determinar las variables críticas con arreglo al criterio seleccionado.

Tabla IV.1.—Determinación de las variables críticas

<i>Categorías</i>	<i>Ejemplos de variables</i>
<i>Parámetros del modelo</i>	<i>Tasa de descuento</i>
<i>Dinámica de precios</i>	<i>Tasa de inflación, tasa de crecimiento de los salarios reales, precios energéticos</i>
<i>Datos relativos a la demanda</i>	<i>Población, tasa de crecimiento demográfico, consumo específico, tasa de enfermedad, formación de la demanda, volumen de tráfico, dimensiones de la zona a irrigar, volumen del mercado de un producto dado</i>
<i>Costes de inversión</i>	<i>Duración de las obras de construcción (retrasos), coste horario de la mano de obra, productividad por hora, coste del terreno, coste del transporte, coste de los áridos de hormigón, distancia desde la cantera, coste de los alquileres profundidad de los pozos, vida útil de los equipos y bienes manufacturados</i>
<i>Precios de explotación</i>	<i>Precios de los bienes y servicios utilizados, coste horario del personal, precios de la electricidad, el gas y otros combustibles</i>
<i>Parámetros cuantitativos de los costes de producción</i>	<i>Consumo específico de energía y demás bienes y servicios, número de personas empleadas</i>
<i>Precios de los ingresos</i>	<i>Tarifas, precios de venta de los productos, precios de los productos semiacabados</i>
<i>Parámetros cuantitativos de los ingresos</i>	<i>Producción por hora (o período alternativo) de los bienes vendidos, volumen de los servicios prestados, productividad, número de usuarios, cuota de penetración en la zona de influencia, penetración del mercado</i>
<i>Precios sombra (costes y beneficios)</i>	<i>Coeficientes de conversión de los precios de mercado, valor del tiempo, costes de hospitalización, costes de las muertes evitadas, precios sombra de los bienes y servicios, valoración de las externalidades</i>
<i>Parámetros cuantitativos de los costes y beneficios</i>	<i>Porcentaje de enfermedades evitadas, dimensiones de la zona utilizada, valor añadido por hectárea irrigada, incidencia de la energía producida o de las materias primas secundarias empleadas</i>

Fuente: Unidad responsable de la evaluación DG Política Regional Comisión Europea.

2.4.1. Hipótesis consideradas en un sistema concesional

Tabla IV.2.—Hipótesis consideradas.

<i>CONSTRUCCIÓN</i>	<i>EXPLOTACIÓN</i>
<i>Costes de la inversión inicial</i>	<i>Ingresos de explotación</i>
<i>Coste de redacción del Anteproyecto o Proyecto</i>	<i>Fuentes de ingresos</i>
<i>Asistencias técnicas a la dirección de obra</i>	<i>Previsiones de demanda</i>
<i>Expropiaciones</i>	<i>Tarifas</i>
<i>Coste de ejecución de las obras e instalaciones a construir</i>	<i>Gastos de explotación</i>
<i>Garantías Construcción</i>	<i>Consumos de explotación</i>
<i>Gastos financieros intercalares</i>	<i>Gastos de personal</i>
<i>Notarías, Registros, Licitación, etc.</i>	<i>Reparaciones y mantenimientos (ordinario y extraordinario)</i>
<i>Obras a realizar por las empresas titulares de servicios afectados</i>	<i>Amortizaciones y Provisiones</i>
<i>Impuestos (ITP sobre el contrato de concesión, AJD sobre la constitución de la sociedad, IAE, IVA)</i>	

<i>FINANCIACIÓN</i>
<i>Recursos propios aportados por los accionistas:</i> <ul style="list-style-type: none">➤ <i>Importe Capital Social</i>➤ <i>Calendario de desembolso del Capital Social</i>➤ <i>Política de distribución de resultados</i>➤ <i>Deuda subordinada y condiciones</i>
<i>Recursos ajenos aportados por las entidades financieras:</i> <ul style="list-style-type: none">➤ <i>Deuda Senior y condiciones</i>➤ <i>Crédito IVA y condiciones</i>➤ <i>Crédito Puente y condiciones</i>
<i>Otras vías de financiación</i> <ul style="list-style-type: none">➤ <i>Crédito Participativo</i>➤ <i>Aportaciones públicas</i>

MACROECONÓMICOS (intentan reflejar el entorno en el que se encontrará la Sociedad Concesionaria).

- Inflación general en Fase Construcción
- Inflación general en Fase Explotación
- Estimación tipos de interés de referencia

CALENDARIO BÁSICO DE LA CONCESIÓN

- Duración de la concesión
- Inicio concesión
- Plazo de construcción
- Fin de construcción
- Entrada en explotación
- Fin de concesión

Fuente: Elaboración propia

2.5 Gestión de los riesgos en el modelo concesional español

El reparto equilibrado de los riesgos es un factor importante, ya que no parece lógico que el concesionario asuma todos los riesgos del proyecto, sino sólo aquellos que pueda gestionar de forma eficiente. Existen determinadas fuentes de riesgos que están fuera del control del concesionario y que debe asumir la Administración si se pretende atraer al inversor privado.

Por ello, el artículo 258.4 señala que:

“La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.*
- b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*
- c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de esta Ley.”*

Respecto a la situación más habitual de ruptura del equilibrio económico de la concesión, que sería el caso de que la demanda real de los servicios

proporcionados por la infraestructura se alejara de la inicialmente prevista, se podría haber optado por fijar, con carácter general, unos topes de desviación de dicha demanda, pero es difícil establecer una cifra con carácter general en una norma de rango legal.

En lugar de ello, se ha preferido que sean en cada caso los propios licitantes los que definan en sus ofertas unos niveles mínimo y óptimo para los ingresos de la concesión (Art. 241.3) El traspasar estos umbrales, en uno u otro sentido, activaría la cláusula de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, revisándose en consecuencia las tarifas, el plazo concesional o cualquier otra cláusula de contenido económico establecida en el contrato de concesión. Es de esperar que este procedimiento evite posibles contenciosos y sentencias variadas y a menudo contradictorias, como ha ocurrido en el pasado, aumentando así la seguridad jurídica del sistema concesional.

Es significativo resaltar que dicha ley juega en beneficio de la parte que corresponda en cada caso, ya sea el concesionario o la entidad concedente, es decir, se establece un mecanismo proporcional. Pues la ruptura del equilibrio económico de la concesión puede referirse tanto a pérdidas como a ganancias desproporcionadas, o no atribuibles a la gestión del concesionario.

El análisis de riesgos consiste en estudiar la probabilidad de que un proyecto facilite resultados satisfactorios, en términos de TIR y/o de VAN, así como la variabilidad del resultado en relación con la estimación óptima efectuada previamente.

El procedimiento recomendado para la evaluación de riesgos se basa:

- En un análisis de sensibilidad, es decir, del impacto de la supuesta modificación de las variables, que determinan los costes y beneficios, tiene sobre los índices financieros y económicos calculados (TIR o VAN).
- En el estudio de las distribuciones de probabilidad de una serie de variables seleccionadas y en el cálculo del valor esperado de los indicadores de resultados del proyecto.

2.5.1 Riesgos de la administración

En el caso de financiación y gestión públicas en el que la administración asume todo el riesgo, el criterio que establece la SEC (95) es que la obra se contabiliza, en términos de Contabilidad Nacional, como formación bruta de capital

fijo, valorada a precios de adquisición en el momento en que se transfiere la propiedad de la obra a la administración

Cuando se trata de un contrato de obra, la contabilización de la inversión se realiza conforme se vayan emitiendo las certificaciones de obra, es decir, en las fechas de emisión de las mismas, porque se supone que es en ese momento cuando tiene lugar la transferencia de propiedad del contratista al organismo concedente.

En el caso particular del llamado “contrato con abono total del precio”, o modelo alemán, en el que la administración paga la obra una vez terminada su construcción y producida su recepción (el pago puede fraccionarse incluso en varias anualidades una vez finalizada la obra), pudiera parecer que la contabilización en las cuentas nacionales debería tener lugar en el momento del pago único o pagos fraccionados, según los casos. Sin embargo, con independencia del momento en que tenga lugar el pago, la inversión se va contabilizando de forma similar al caso del contrato de obra, a medida que se van ejecutando las obras.

No existe, por consiguiente, diferencia entre ambos tipos de contrato desde el punto de vista de la contabilidad nacional, si bien sí existe desde el punto de vista de la contabilidad presupuestaria ya que en el “contrato con abono total del precio”, el pago se pospone al momento de la terminación de la obra o a años posteriores, en caso de fraccionamiento.

Causas de fuerza mayor

En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido. Así pues, en el artículo 214 se exponen los casos considerados de fuerza mayor, que son:

- “a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.*
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.*
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.”*

Ius Variandi

Supone una iniciativa de la Administración para modificar las condiciones de prestación del contrato en base a la necesidad del mantenimiento de la finalidad del mismo y del interés público sobre el que se sostiene el sentido del contrato.

La explicación de esta causa radica en que el contratista debe soportar las variaciones introducidas por la Administración sin poder resolver el contrato siempre que dichas variaciones no superen el 20% de su contenido económico. No obstante, ello no impide que se pueda acordar una modificación superior.

En esta negociación puede reclamarse tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Factum principis

Esta figura contempla el caso en el cual las modificaciones de las condiciones de cumplimiento del contrato no derivan de la voluntad expresa de la Administración contratante, sino de una actuación de la Administración ajena al contrato pero que incide en el mantenimiento del equilibrio económico del mismo.

Se trata de una actuación administrativa que genera una responsabilidad que se resuelve en el seno del mismo contrato, modificando las condiciones del mismo de forma que se restablezca el equilibrio económico. En esta negociación se permite recuperar igualmente tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Hechos imprevisibles

En este supuesto nos encontramos ante acontecimientos ajenos a la voluntad de cualquiera de las partes pero que afectan a la viabilidad material del contrato, como una subida de precios en el mercado internacional o una guerra entre terceros países.

En este caso, la Administración puede considerar que subsiste el interés general en la continuación del contrato, lo que permite negociar nuevamente las condiciones del mismo. Incluso aunque la Administración no quisiera negociar, el contratista podría acudir ante los tribunales, reclamando al menos compartir los daños producidos.

2.5.2 Riesgos del concesionario

El concesionario deberá asumir riesgos tales como los relacionados con las expropiaciones de terrenos, los hallazgos arqueológicos, los permisos administrativos, y todos aquellos relacionados con la redacción y ejecución del proyecto, la ejecución material y la conservación y el mantenimiento.

La gestión de los riesgos por el concesionario:

- La firma del contrato de concesión significa la transferencia de los riesgos al concesionario.
- El precio de los riesgos transferidos depende de la tensión competitiva (a mayor tensión competitiva los precios son más bajos).
- El concesionario transferirá una parte de los riesgos a otros actores (constructores, entidades financieras, compañías de seguros, operadores, etc.). El precio de los riesgos a transferir dependerá de las condiciones del mercado. Los actores más eficientes ofrecerán los precios más bajos.
- El concesionario se quedará con los riesgos en cuya gestión sea el más eficiente.

2.5.3 Riesgos asumibles a otros agentes

Deberán contemplarse, así mismo, riesgos asumibles a otros agentes como la ausencia de garantías de financiación a las entidades financieras, algunas garantías para los pequeños inversores y aquellos relacionados con los derechos de los prestamistas en la gestión de la concesión.

2.5.4 Los riesgos de la inversión en infraestructura pública

Las concesiones de obras públicas se encuentran necesariamente sometidas a importantes riesgos que no pueden eliminarse sino repartirse de la manera más adecuada. La racionalidad lleva a que los riesgos sean soportados por aquél de los agentes que mejor capacidad tenga para controlarlos, además muchos de los riesgos son difícilmente controlables por el concesionario.

La estructura de las concesiones, con importante costos fijos, las hace especialmente poco adaptables para responder con flexibilidad a variaciones coyunturales del riesgo de demanda.

El riesgo país, compuesto por el riesgo político, riesgo de tasa de interés y de tipo de cambio, determina el portafolio de inversión y las decisiones de compra de los inversores.

Tabla IV.3.—Riesgos de la inversión en infraestructura pública I.

Riesgos	Definición	Implicaciones	Observaciones
Riesgo de tipo de cambio	La incertidumbre que enfrenta el concesionario derivada de posibles movimientos del tipo de cambio	Este riesgo proviene que los ingresos que genera el proyecto están en moneda local y los compromisos contraídos para financiar el proyecto están en moneda extranjera. Por los que el mercado cambiario podría restringir estas transacciones ocasionando: - riesgo de convertibilidad - riesgo de transferencia	Este riesgo tiene los siguientes efectos sobre la infraestructura: - efectos indirectos en los precios - efectos ingreso - efectos en la calidad de los activos - efectos de política inducida
Riesgo de tasas de interés	Es la incertidumbre derivada de posibles movimientos en la tasa de interés	El mercado de crédito podría restringir el monto de las garantías del crédito, ocasionando dos riesgos adicionales: - riesgo de refinanciamiento de deuda	Este riesgo está vinculado con la variación de los costos del financiamiento del proyecto, por lo que la capacidad de diversificación de riesgo del concesionario
Riesgo comercial	Es el riesgo derivado de posibles cambios en la inversión calculada, los costos, la demanda y las condiciones de competencia por el nicho de mercado	Es el riesgo ligado a las decisiones internas del proyecto y que el operador puede manipular, por ello debe enfrentarlo	Este riesgo se asocia con la variación de los costos financieros del proyecto, por lo que su reducción y diversificación está en función de la habilidad administrativa y financiera del concesionario

Fuente: Beato, 1999, Ruster, 1997 y Warrick, 1997.

Tabla IV.4.—Riesgos de la inversión en infraestructura pública II.

Riesgos	Definición	Implicaciones	Observaciones
Riesgo de demanda	Se considera parte del riesgo comercial y comprende la incertidumbre sobre la varianza del mínimo flujo vehicular especificado en los pronósticos de aforo, afectando directamente el ingreso esperado	Este es el principal riesgo que afronta el concesionario, y su efecto sobre la viabilidad del proyecto dependerá de propia configuración de la concesión, si el término de concesión es fija, seguramente conducirá a la renegociación del contrato e incluso a la quiebra	Es necesario que se consideren en la concesión un mecanismo de solución de controversias y se le otorgue al concesionario flexibilidad para introducir mecanismos que incrementen el aforo como promociones, descuentos, etc.
Riesgo cuasi comercial	Es la incertidumbre sobre la disposición o capacidad del gobierno para cumplir sus obligaciones contractuales como proveedores y compradores de infraestructura privada	La naturaleza y extensión del riesgo dependerá de la separación efectiva de los intereses del gobierno de los del concesionario bajo un marco regulatorio creíble	El decreto de leyes, reformas judiciales e instituciones regulatorias independientes que eviten que el gobierno incurra en acciones discrecionales u optimistas bajo consideración políticas de corto plazo reducen considerablemente este riesgo
Riesgo regulatorio	Es la desconfianza que generan acciones gubernamentales como la modificación unilateral de las leyes o instrumentos regulatorios, el desconocimiento de acuerdos contractuales, nacionalización o expropiación de los activos o acciones arbitrarias o discriminatorias sin el pago de una indemnización, todo ello una vez la vía se encuentre en	Existen dos variables. - riesgo político tradicional de expropiación o violencia política - riesgo regulatorio sobre la aplicación y definición de reglas y normas regulatorias.	Este riesgo se puede aminorar si el gobierno posee buena reputación, en este sentido la independencia de la institución regulatoria de la administración pública central potenciará el ejercicio regulatorio.

Fuente: Beato, 1999, Ruster, 1997 y Warrick, 1997.

2.6 La incorporación del medio ambiente en la contratación pública

El Preámbulo de la Ley 30/2007 señala que el objeto de la norma fue no sólo incorporar al ordenamiento español la Directiva 2004/18/CE, sino adoptar nuevos planteamientos, introduciendo modificaciones en diversos ámbitos. Uno de estos ámbitos, ha sido el reflejo en la normativa española sobre contratos de la denominada “ambientalización” de la contratación pública. En todo caso, España ocupa un lugar intermedio en cuanto a la incorporación de criterios ambientales en sus contrataciones.

Así pues, la LCSP incluye como novedad las consideraciones de tipo medioambiental, a lo largo del articulado, reproduciendo lo dispuesto con carácter voluntario en las Directivas comunitarias y que fueron valoradas en los informes de los órganos consultivos como en el del Comité Económico y Social en su Dictamen 4/2006.

Desde un primer momento se resalta en la Ley que:

“... las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un «comercio justo» con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo, y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales...”

(Exposición de Motivos, IV.3.).

Diversos artículos reflejan ese interés del legislador español para que con carácter instrumental la contratación pública sea un medio para la consecución de un medio ambiente protegido.

En primer lugar, entre las prohibiciones para contratar el artículo 49 se refiere a aquellas personas que hayan sido condenadas mediante sentencia firme por delitos relativos a la protección del medio ambiente, así como a aquellas sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en:

- Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental
- Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas

- Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres
- Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases
- Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos
- Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio
- Y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

Al regular las condiciones de solvencia técnica en los contratos (art.65 y art.67) se considera medio suficiente de acreditación, por ejemplo en el contrato de obras y servicios, la indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

Sin embargo, cuando se trata de contratos sujetos a regulación armonizada, la LCSP establece específicamente como referencia:

“el sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación o sistemas de certificación equivalentes” (Art.70).

Las prescripciones técnicas podrán incluir siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (Art.101). En estos casos se hace referencia como forma de identificar las características ambientales del producto o servicio a

“etiquetas ecológicas europeas, nacionales o plurinacionales, o en cualquier otra etiqueta ecológica, siempre que éstas sean apropiadas para definir las características de los suministros o de las prestaciones que sean objeto del contrato, sus exigencias se basen en información científica, en el procedimiento para su adopción hayan podido participar todas las partes concernidas tales como organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y que sean accesibles a todas las partes interesadas.”

En el artículo 102 sobre condiciones especiales de ejecución del contrato incluye asimismo las consideraciones de tipo medioambiental, siempre que sean

compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato.

Por otro lado, en el contrato de concesión de obra pública (Art.112) se exige que el previo estudio de viabilidad integre un estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente.

Y en los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias. Además, en función de la complejidad de la obra y del grado de definición de sus características, la Administración concedente, aprobado el estudio de viabilidad, podrá acordar la redacción del correspondiente anteproyecto, al que debe adjuntarse entre otros documentos, una memoria en la que se expondrán las necesidades a satisfacer, los factores sociales, técnicos, económicos, medioambientales y administrativos considerados para atender el objetivo fijado y la justificación de la solución que se propone (Art.113).

El artículo 134 presenta los criterios de adjudicación, los cuales permiten que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se deba atender a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, y las características medioambientales.

Estos criterios, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

Los supuestos en los que de manera obligatoria se aplica esta forma de adjudicación se señalan en el artículo 134.3.h:

“contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos”.

Las obligaciones del concesionario de obra pública (artículo 229) referentes a la protección del dominio público que quede vinculado a la concesión, en especial, a la preservación de los valores ecológicos y ambientales del mismo, así como al deber de mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica,

medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación (Art. 230.3).

El examen de la normativa vigente debe contener unas breves referencias a la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. En este caso la regulación en diferentes normas de la contratación en estos sectores se debe al interés por la UE de que se aplique efectivamente un régimen público de contratación, pero de forma menos estricta y rígida que el régimen general.

Aun así, en la Ley 30/2007 existen puntos de convergencia entre ambos y por ello la Exposición de Motivos hace referencia a la jurisprudencia europea relativa a la inclusión de los criterios ambientales como criterios de adjudicación, poniendo énfasis en la vinculación de los sectores con el medio ambiente. Así pues, se añade en el artículo 61 de la Ley 31/2007, sobre criterios de adjudicación:

“En el caso de contratos cuya ejecución tenga o pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente se valorarán condiciones ambientales mensurables tales como el menor impacto ambiental, la eficiencia energética, el coste del ciclo de vida, la generación de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos”.



CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

En el ámbito de la contratación pública nos encontramos ante un marco regulatorio en continuo proceso de cambio y adaptación, que no sólo nos obliga a tener muy en cuenta los cambios y el marco transitorio de las diferentes normas sino también a realizar importantes esfuerzos de interpretación de algunos preceptos sobre los cuales todavía no existe un método asentado.

Una situación de crisis como la actual obliga a buscar fórmulas alternativas que permitan mantener la inversión en infraestructuras como uno de los motores para el crecimiento económico de los países. La colaboración público-privada en proyectos de infraestructuras es una de estas vías que permiten aunar el deseo de la Administración Pública por lanzar nuevas infraestructuras, frente a la voluntad de afrontar la inversión en proyectos por parte del sector privado.

La crisis supone una mayor dificultad de acceso a la fuente más común de financiación de proyectos, los préstamos bancarios. El efecto negativo es doble, al disminuir la concesión de préstamos, ante el endurecimiento de los criterios de origen por parte de las entidades financieras, y a la vez al elevar el coste financiero de los préstamos sí concedidos.

De nada serviría la voluntad política por desarrollar infraestructuras con inversión privada, así como la voluntad empresarial por invertir, si el sector privado es incapaz de encontrar fuentes de financiación para los proyectos promovidos por la Administración Pública en los que pretende invertir.

El banco europeo de inversiones (BEI) tiene un importante papel en la financiación de infraestructuras de interés comunitario que no pueden financiar solos los Estados miembros. Así, el BEI brinda asistencia técnica a los Estados, evaluando la calidad y la solidez del proyecto. Por otro lado, ofrece atractivas ventajas financieras como son costes financieros más bajos, amplios plazos de amortización y marcos contractuales flexibles.

Respecto a la introducción de las cláusulas ambientales en la contratación del sector público, resaltar con carácter positivo el actual estado de implantación en nuestra normativa española sobre contratos.

A lo largo de diversos artículos se refleja ese interés del legislador español para que con carácter instrumental la contratación pública sea un medio para la consecución de un medio ambiente protegido.

Así pues, el espíritu sostenible está impregnando paulatinamente las normativas y políticas no sólo comunitarias, sino también nacionales.

La contratación pública es un sector en el que se está experimentando con la introducción de criterios ambientales y ello es positivo, dada la trascendencia de esta actividad pública, según demuestra el impacto económico al que se ha hecho referencia en páginas anteriores. No obstante, también es necesario destacar que, las previsiones comunitarias (Art. 53 de la Directiva 2004/18/CE) no son vinculantes en este sentido para los Estados Miembros, sino que presentan como una posibilidad el usar cláusulas ambientales en la contratación. Además, debe tenerse en cuenta como limitación a su uso, que están sometidas a una serie de condiciones, como se ha encargado de manifestar la jurisprudencia comunitaria en la Sentencias Concordia Bus Finland (2002), vinculación al objeto del contrato, no atribución de una libertad incondicional de elección al órgano de contratación, mención expresa en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeto de los principios del Derecho Comunitario.

Con todo, y valorando positivamente la ecologización de la contratación pública, debe abogarse por un mayor peso de los criterios en la adjudicación del contrato y posterior ejecución (Art.102 LCSP), así como de una mayor implantación de medidas de fomento, como las ecoetiquetas de los productos sostenibles, que permiten una mejor y más completa información a los ciudadanos, que pueden con ello valorar y decidir sobre la actuación de las Administraciones y el cumplimiento de lo dispuesto en este caso en el Art.45 CE.

Existen problemas relacionados con la participación privada en la financiación de la inversión en infraestructura, los cuales deberían ser reconsiderados desde una nueva perspectiva, acorde con el nivel de desarrollo alcanzado y con la elevada dimensión de la demanda actual de los servicios de muchas infraestructuras. Circunstancia que provoca una demanda de servicios elevada y en cambio, una oferta que se adapta con dificultad a esos niveles de demanda debido a los problemas financieros públicos.

Por lo que se trata de un asunto con implicaciones relevantes para el diseño de las políticas públicas y sobre los objetivos de estabilización, eficiencia y equidad. Un replanteamiento general de la participación privada y pública en la

financiación de las infraestructuras deberá contemplar expresamente estos tres objetivos.

Las dificultades financieras del sector público no permiten confiar en que la inversión en infraestructuras sea un instrumento eficaz de estabilización. Al contrario, se busca asegurar una evolución de estas inversiones más regular mediante la participación privada.

Respecto a la equidad, señalar que la reducción de los ritmos de inversión plantea problemas de retraso al acceso a los servicios de ciertos grupos de usuarios y a la nivelación en las dotaciones de infraestructuras de distintos espacios o territorios.

Además, el desarrollo de políticas diferenciadas de financiación pública o privada en distintos territorios, de dudosa coherencia entre sí, conduciría a problemas de redistribución, ya que si la financiación privada implica pagos por los usuarios y la pública financiación a partir de los impuestos generales, una política de financiación de los mismos servicios diferenciada entre territorios tendría consecuencias negativas sobre los ciudadanos de diferentes localidades que pagan por esos mismos servicios. Los efectos de esto deberían ser subsanados antes de avanzar en el diseño de otras modalidades de financiación privada de nuevas infraestructuras.

Tanto para el endeudamiento del sector público como para el de los otros sistemas de pago aplazado (por ejemplo, peaje en sombra), la financiación en última instancia proviene de los impuestos, de modo que no hay por qué suponer que existe un cambio en la distribución de las cargas tributarias, excepto el que puede producirse entre generaciones a consecuencia del mayor aplazamiento de los pagos.

En cambio, si se contemplan pagos por parte de los usuarios es evidente que se opta por una asociación directa entre el servicio y la financiación del mismo, y que debe ser considerado si influye sobre el acceso a los servicios de distintos grupos sociales y niveles de renta o sobre la distribución de las cargas.

El actual sistema de financiación pública de infraestructuras necesita de una profunda revisión para dar mejor respuesta a las necesidades de servicios. Esta revisión debe contemplar fórmulas de redistribución de riqueza entre territorios y en el tiempo, y plantearse revisar la deseabilidad de la financiación pública y privada en última instancia de las infraestructuras (impuestos vs. Peajes, copagos,...), así como las implicaciones de esa decisión sobre la eficiencia y la equidad, dado el nivel de renta y desarrollo alcanzados.

Asimismo, se hace necesario valorar las ventajas e inconvenientes de las fórmulas puras y las distintas fórmulas mixtas de financiación pública y privada,

contemplando las implicaciones que para la eficiencia en materia de costes financieros tienen los distintos repartos de riesgos de explotación, construcción u otros. Y considerar todas las posibilidades de utilización de distintos instrumentos de pago por parte de los usuarios, así como la importancia de los costes de transacción y exclusión.

En definitiva, el sistema concesional es la alternativa más viable para conseguir el equipamiento adecuado de infraestructuras físicas ante la insuficiencia del sistema presupuestario y las limitaciones de otros sistemas.

El elemento esencial de este sistema es que la financiación final de la infraestructura recae en gran parte en el usuario y no en el contribuyente, ya que es el primer beneficiario quien deberá pagar por su uso un precio en forma de peaje, canon, tasa, copago, ... Aunque el usuario sea el primer beneficiario no quiere decir que sea el único, pues los ciudadanos de toda la comunidad son beneficiarios indirectamente, y como consecuencia la administración pública correspondiente aportará un porcentaje del coste de la obra procedente de los impuestos de todos los ciudadanos.

En la actualidad sería ventajoso implantar el sistema concesional de forma prioritaria, tanto en el terreno de la red viaria como en el del agua o medio ambiente, o cualquier otro para que la iniciativa privada estuviese capacitada y dispuesta a participar, asumir riesgos e intervenir, así nos garantizaría la participación de los fondos privados en la financiación de infraestructuras públicas.

LISTADO DE TABLAS.

Tabla II.1.—Principios y racionalidad de la contratación pública.....	16
Tabla II.2.—Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado..	18
Tabla II.3.—Contratos sujetos a una regulación armonizada.....	22
Tabla II.4.—Perfil del contratante y plataforma de contratación del estado	24
Tabla II.5.—Confidencialidad.....	26
Tabla II.6.—Condiciones especiales de ejecución del contrato.	28
Tabla II.7.—Diálogo competitivo.....	29
Tabla II.8.—Subasta electrónica y racionalización técnica de la contratación.....	31
Tabla II.9.—Contratación electrónica.....	33
Tabla II.10.—Contratación de acceso a bases de datos y suscripciones.	34
Tabla IV.1.—Determinación de las variables críticas.....	99
Tabla IV.2.—Hipótesis consideradas.	100
Tabla IV.3.—Riesgos de la inversión en infraestructura pública I.....	106
Tabla IV.4.—Riesgos de la inversión en infraestructura pública II.....	107



LISTADO DE FIGURAS

Fig. III.1.—Procedimiento abierto.....	56
Fig. III.2.—Procedimiento restringido.....	58
Fig. III.3.—Procedimiento negociado con publicidad.....	66



BIBLIOGRAFÍA

- Baeza Muñoz, María de los Ángeles (2008)** Planificación económica financiera de las concesiones de autopistas de peaje. Un estudio empírico del caso español. Tesis doctoral.
- Carpintero Lopez, Samuel y López Corral, Antonio M. y Sánchez Soliño, Antonio (2008)** Las concesiones de infraestructuras y equipamientos públicos en España. Boletín económico ICE. Octubre 2006. Nº 289048. Exportación del modelo español de concesiones. El caso de la autopista Moscú-San Petersburgo. Boletín económico de ICE. Abril 2008. Nº 2935.
- Carpintero López, Samuel y López Corral, Antonio M. y Sánchez Soliño, Antonio (2009)**. El sistema concesional en la financiación y gestión de infraestructuras y equipamientos públicos. Claves de la economía mundial.
- CNC (Comisión Nacional de la competencia) (20011)**. Guía sobre contratación pública y competencia. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/GuíasyRecomendaciones/tabid/177/Default.aspx> (22/08/11)
- Fuertes Fernández, Adolfo (2009)**. Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras (REDETI). Num. 29, Mayo-Agosto 2007. Versión revisada y corregida en Madrid, a 20 de enero de 2009.
- Gutiérrez de Vera, Fernando y Dodero Jordán, Luis (2007)**. Infraestructura y Concesiones. Un instrumento de desarrollo. Revista ICE (Información comercial española). Nº 838. Septiembre-Octubre.
- Izquierdo, Rafael y Vassallo, José Manuel (2002)**. Estudio sobre los contratos de concesión de obras públicas. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Madrid.
- López Corral, Antonio M. y Sánchez Soliño, Antonio (2002)**. Análisis económico de la reforma del sistema concesional de obras públicas. Revista de Obras Públicas. Nº 3.425. Octubre

- Martínez, María del Mar (2008).** La plataforma de contratación. Barcelona. www.absislegal.com/archivos/columna/archivo0045.pdf (09/06/11)
- Moreno Molina, José Antonio (2008).** La nueva ley de contratos del sector público: principales novedades y aspectos problemáticos. Revista jurídica de Castilla - La Mancha. Nº 48. Junio.
- Moreno Molina, José Antonio y Pleite Guadamillas, Francisco (2010)** La nueva ley de contratos del sector público estudio sistemático. Madrid: Editorial La Ley- Actualidad.
- Oltra Climent, Rafael Francisco y De Miguel Molina, María del Rosario (2007).** Gestión administrativa I. Valencia: Editorial Universidad Politécnica de Valencia.
- Ruiz Barbadillo, Caridad (2008).** El sistema de recursos en materia de contratación en la LCSP. Especial incidencia en el Recurso Especial. <http://www.grupoevos.com/revistajuridicaespana/articulos/contratacion-administrativa.pdf> (3/09/11)
- Vaciero Fernández, Begoña (2009).** El plan económico financiero en la contratación con las administraciones públicas. IV Semana de las Finanzas para PYMES.
- Vassallo Magro, José Manuel y Izquierdo de Bartolomé, Rafael (2010).** Infraestructura Pública y Participación Privada. Conceptos y experiencias en América y España. Corporación Andina de Fomento. <http://www.caf.com/attach/19/default/LibroinfraestructuraFINAL.pdf> (15/08/11)
- Villar Rojas, Francisco José (2006)** La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios. XIV Congreso Derecho y Salud. Zaragoza.