



UNION EUROPEA
Fondo Social Europeo
El FSE Invierte en tu futuro

El FSE invierte en tu futuro

MÓDULO 3. EL CONTRATO: ASPECTOS JURÍDICOS

David Sanz

Edición: Junio 2010

©: *Quedan reservados todos los derechos. (Ley de Propiedad Intelectual del 17 de noviembre de 1987 y Reales Decretos).
Documentación elaborada por la EOI.
Prohibida la reproducción total o parcial sin autorización escrita de la EOI.*



ÍNDICE

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 4 |
| 2. MODELOS DE CONTRATACIÓN..... | 8 |
| 2.1. Energy Performance Contract (EPC)..... | 8 |
| 2.2. Modelo 4 Ps o Energy Supply Contract (ESC)..... | 10 |
| 2.3. Super Energy Savings Performance Contract (ESPC)..... | 11 |
| 2.4. ST-Escos..... | 12 |
| 2.5. Public Private Partnership (PPP)..... | 13 |
| 2.6. Aspectos a tener en cuenta en la contratación privada de servicios energéticos..... | 13 |
| 3. LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS ENERGÉTICOS POR EL SECTOR PÚBLICO..... | 20 |
| 3.1. Condicionante subjetivo: las diferentes entidades públicas contratantes..... | 22 |
| 3.1.1. Administraciones Públicas..... | 22 |
| 3.1.2. Poderes adjudicadores..... | 24 |
| 3.2. Condicionante objetivo: los diferentes tipos de contratos..... | 25 |
| 3.2.1. Suministros..... | 26 |
| 3.2.2. Servicios..... | 27 |
| 3.2.3. Contrato mixto de servicios y suministros..... | 28 |
| 3.2.4. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)..... | 30 |
| 3.2.5. Otros: contrato de obras, contrato de concesión de obra pública y contrato de gestión de servicios públicos..... | 34 |



UNION EUROPEA
Fondo Social Europeo
El FSE invierte en tu futuro

3.3. Condicionante procedimental: contratos sujetos a regulación armonizada.....35

3.4. Fórmulas de contratación más usuales: contrato mixto de servicios y suministros y CPP
.....36

3.4.1. Procedimiento de licitación.....36

3.4.1.1. Contrato mixto.....37

3.4.1.2. Contrato CPP.....37

3.4.2 Procedimiento de adjudicación.....41

3.4.2.1. Contrato mixto.....41

3.4.2.2. Contrato CPP.....43

3.4.3. Contenido y régimen jurídico.....47

3.4.3.1. Contrato mixto.....47

3.4.3.2. Contrato CPP.....48

4. BIBLIOGRAFÍA.....49



1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2006/32/CE de 27 de abril sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos establece un marco específico para el fomento del ahorro y la eficiencia energética a través del desarrollo de la actividad de empresas de servicios energéticos (ESE o ESEs).

En los considerandos de la Directiva se menciona el cambio de paradigma que se ha empezado a constatar en los suministradores de energía y que se pretende fomentar: éstos se estarían reorientando hacia la maximización de la venta de servicios energéticos en lugar de enfocarse a la maximización de la venta de energía (kwh). En este sentido, cada Estado Miembro debe esforzarse por evitar distorsiones a la competencia y puede optar por imponer el suministro de servicios energéticos.

La norma comunitaria establece igualmente unos objetivos orientativos de eficiencia energética para los Estados a alcanzarse mediante la prestación de servicios energéticos y otras medidas de eficiencia energética.

Se define a la ESE con una clara orientación a la eficiencia energética y a la adopción de riesgo y ventura por parte de ésta. Además, se especifica que el pago de los servicios prestados se basará (en parte o totalmente) en la obtención de mejoras de eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos convenidos. En esta línea, el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (RD-L 6/2010), define a la empresa de servicios energéticos en los siguientes términos:

"Artículo 19. Empresas de servicios energéticos

1. Se entiende por empresa de servicios energéticos a los efectos de este Real Decreto-ley aquella persona física o jurídica que pueda proporcionar servicios energéticos, en la forma definida en el párrafo siguiente, en las instalaciones o locales de un usuario y a frente cierto



grado de riesgo económico al hacerlo. Todo ello, siempre que el pago de los servicios prestados se base, ya sea en parte o totalmente, en la obtención de ahorros de energía por introducción de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos.

2. El servicio energético prestado por la empresa de servicios energéticos consistirá en un conjunto de prestaciones incluyendo la realización de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para optimizar la calidad y la reducción de los costes energéticos. Esta actuación podrá comprender además de la construcción, instalación o transformación de obras, equipos y sistemas, su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión derivados de la incorporación de tecnologías eficientes. El servicio energético así definido deberá prestarse basándose en un contrato que deberá llevar asociado un ahorro de energía verificable, medible o estimable”.

Dos aspectos más nos interesan de la Directiva. En este texto comunitario se insiste en la necesidad de: (i) fomentar los acuerdos de financiación por terceros -contempla una serie de 'Instrumentos financieros' a utilizar: contratos por rendimiento, financiación por terceros, deducciones fiscales, préstamos, créditos y subvenciones-; y (ii) que el sector público dé ejemplo -hasta ahora las principales medidas de fomento de la eficiencia energética en nuestro país han sido promovidas por organismos públicos, bien de ámbito nacional, como es el caso del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (en adelante, IDAE), o bien de ámbito autonómico, como es el caso del Institut Català d'Energia, (en adelante ICAEN) o la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad de Madrid, como ejemplos representativos.

En este contexto es objeto del presente documento trazar las líneas básicas de la contratación de servicios energéticos. Obviamente, no se trata de agotar el estudio de los modelos de contratación en este ámbito, pues ello desbordaría la finalidad de este trabajo, pero sí de ofrecer unas pautas sobre la forma de contratar este tipo de prestaciones en la actualidad.

En este sentido, resulta esencial ya desde un principio subrayar aquellos aspectos que van a



condicionar tanto el desarrollo del análisis como su propia estructura. A estos efectos, el estudio de la contratación de servicios energéticos tiene unos presupuestos y condicionantes que deben ser apuntados desde un primer momento porque son decisivos para comprender adecuadamente la dinámica a seguir en estos supuestos. Pues bien, la contratación de servicios energéticos se ve condicionada por los siguientes aspectos.

En primer lugar, por el objeto contractual, que puede incluir servicios tales como:

Auditoría energética.

Suministro / gestión del suministro energético.

Proyecto, instalación y explotación de medidas de eficiencia energética e instalaciones de producción energética de origen renovable.

Operación y mantenimiento (O&M).

Control y gestión.

En segundo lugar, por la posibilidad de contratar estos servicios por el sector privado y por el sector público. Como veremos, frente a la libertad de pactos que rige en el ámbito privado, la contratación de servicios energéticos por el sector público, uno de los motores de este sector, se ve claramente mediatizada por la regulación aplicable a la contratación pública. Ello hace que entren en juego un conjunto de preceptos y mandatos normativos que han de tenerse en cuenta necesariamente y que enmarcan la actuación del ente contratante y de la ESE.

Finalmente, en tercer lugar, debe subrayarse igualmente la diversa tipología de contratos que podemos encontrarnos, especialmente en el ámbito privado, según como se combinen las previsiones técnicas, económicas y jurídicas que se mueven alrededor de la prestación de servicios energéticos. Los acuerdos que se alcancen sobre esos aspectos determinarán esencialmente la relación contractual entre las partes y, por tanto, la prestación de servicios



UNION EUROPEA
Fondo Social Europeo
El FSE invierte en tu futuro

energéticos a ejecutar.

En función de lo expuesto en los apartados precedentes, este documento tiene dos partes claramente diferenciadas: una primera parte en la que se estudian brevemente las fórmulas generales de contratación de servicios energéticos en el ámbito privado, subrayando los aspectos a tener en cuenta, y una segunda centrada en las peculiaridades propias de la contratación de estas prestaciones en el ámbito público.



UNION EUROPEA
Fondo Social Europeo
El FSE invierte en tu futuro

2. MODELOS DE CONTRATACIÓN

Seguidamente se describen los modelos de contratación mayoritariamente utilizados, tanto a nivel nacional como internacional, para la implantación de servicios energéticos.

Los modelos de contratación que pasan a analizarse son los que a continuación se enumeran:

- Energy Performance Contract (EPC)
- Modelo 4Ps o Energy Supply Contract (ESC)
- Super Energy Savings Performance Contracts (ESPC)
- ST-ESCOS
- Public Private Partnerships (PPP)

Como ya se ha apuntado anteriormente, en los apartados que siguen no se pretende desarrollar un análisis pormenorizado de estas modalidades contractuales sino única y exclusivamente dar unas pautas sobre su contenido básico.

2.1. Energy Performance Contract (EPC)

En este caso se persigue la implantación de un contrato basado en los resultados y la eficiencia energética. La rentabilidad de la empresa proveedora de los servicios energéticos dependerá del rendimiento de los equipos y sistemas utilizados para proporcionar el servicio.

Es el modelo de contratación de servicios energéticos más desarrollado a nivel internacional. El modelo está ampliamente desarrollado en Alemania o Estados Unidos.



Actualmente el modelo se ha exportado a numerosos países dentro y fuera de la Unión Europea, consolidándose como el principal modelo de contratación para la promoción de proyectos de ahorro y eficiencia energética.

El modelo se basa en una relación contractual estable entre el contratista (empresa de servicios energéticos o ESE) y el cliente. Desde el inicio del proyecto la ESE garantiza unos ahorros de energía, y por tanto económicos, que se utilizarán para amortizar las inversiones de los equipos necesarios para conseguir los ahorros, asumidas por la ESE al inicio del proyecto.

El contrato entre la ESE y el cliente actúa sobre todo tipo de suministro energético (calor, ACS, frío y electricidad), aunque el contrato de suministro queda excluido del mismo, manteniéndose las condiciones previas a la implantación. Es posible la gestión del suministro energético por parte de la ESE, pero se realiza a partir de un contrato diferente e independiente del anterior.

El modelo ha sido implantado mayoritariamente para el desarrollo de medidas de eficiencia energética que no afecten a la estructura ni envolvente del edificio. En principio, las principales medidas desarrolladas en el mismo son: modernización de calderas, optimización de consumo de agua, cambio de la fuente de suministro energético, optimización de la iluminación y de los sistemas HVAC e implantación de algunos sistemas sencillos de energías renovables. En algunos casos también se incorporan servicios vinculados a la seguridad de las instalaciones.

Desde el comienzo del proyecto, la ESE asume la instalación de los nuevos equipos y la ~~operación y mantenimiento de~~ la instalación a lo largo de la duración del contrato, la cual suele ser de 5-15 años. El control y gestión energética final (control del confort ambiental) queda excluido del contrato. Una vez finalizado el contrato, la propiedad de los equipos se transfiere al cliente.

Todo el modelo de contratación se basa en el cálculo previo de una línea de base descriptiva del perfil del edificio en el cual se va a llevar a cabo el servicio. Para el cálculo



de esta línea de base se realizará una medición de todos los parámetros influyentes en el consumo energético: medición de la temperatura exterior del edificio, evolución de la temperatura del fluido, medición de la temperatura en diferentes salas del edificio con el objetivo de determinar la temperatura media interior, correlaciones entre consumo energético y temperaturas medias, etc.

Con la determinación de la línea de base del edificio, la ESE podrá determinar los ahorros económicos que podrá conseguir en la instalación gracias a los nuevos equipamientos ofertados. Estos ahorros estarán en función de la estabilidad de la línea de base calculada.

2.2. Modelo 4Ps o Energy Supply Contract (ESC)

El contrato de servicios o también denominado "contrato a la francesa" tiene como principal objetivo la financiación por terceros y la externalización de los servicios energéticos. Este contrato es el que se está promoviendo en gran medida por el IDAE: en este tipo de contrato se factura la prestación energética en función de la energía consumida.

El modelo consiste en la prestación de servicios energéticos acumulativos, en función de las necesidades del cliente. Cada una de las "P" del nombre del servicio hace referencia a las "Prestaciones" solicitadas por el cliente.

Al igual que en otros modelos de contratación presentados, el servicio se basa en la realización de una auditoría energética previa al establecimiento de las condiciones del contrato. En este caso es el cliente el que solicita a la ESE el servicio completo que desea, pudiendo incluir los siguientes servicios individuales:

- P1: suministro o gestión del suministro energético.
- P2: mantenimiento preventivo de los equipos para lograr el perfecto funcionamiento, limpieza y permanencia en el tiempo del rendimiento.



- P3: garantía total; reparación con sustitución de todos los elementos de los equipos.
- P4: Obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía; realización, inversión y financiación de obras de mejora y nuevos equipos requeridos por el cliente. La ESE repercute la inversión al cliente mediante una facturación fija anual, sujeta a la modificación de los tipos de interés.

En este caso, el contrato y la facturación de la ESE no está sujeto a los ahorros conseguidos, puesto que es el cliente el que establece los equipamientos que desea instalar. Con el presente modelo, siempre y cuando se requiera la P4, la ESE asume la inversión de los nuevos equipos, amortizando los mismos a lo largo del periodo de duración del contrato mediante su facturación periódica al cliente, se consigan o no los ahorros calculados.

Adicionalmente, tal y como establece el IDAE, la ESE podrá desarrollar inversiones en equipos adicionales para conseguir un mayor ahorro económico, financiando los mismos mediante los ahorros conseguidos. Esta sería la prestación número 5:

- P5 (adicional): inversiones en ahorro energético y energías renovables; incorporación en el contrato de equipos e instalaciones de estas características. Estas instalaciones serán estudiadas, propuestas, ejecutadas y financiadas por la ESE, mediante los ahorros o venta de energía renovable conseguidos dentro del periodo de vigencia del contrato.

Esta última prestación (P5) sería equivalente a un contrato EPC anteriormente definido, coordinado con el resto de prestaciones (P1, P2, P3 y P4).

2.3. Super Energy Savings Performance Contract (ESPC)

El modelo de contrato Super Energy Savings Performance Contract (ESPC) es un modelo de contrato extendido en EEUU para fomentar las medidas de ahorro y eficiencia energética en instalaciones de la Administración pública de EEUU.



El modelo se basa en la firma de un contrato entre una ESE y una Administración pública. La ESE evalúa el potencial de ahorro energético a partir de una auditoría de las instalaciones de la Administración y realiza una oferta de servicios en un concurso público.

El modelo ESPC es un modelo similar al modelo EPC alemán pero especializado en la Administración pública. En el modelo ESPC, el diseño, ejecución y financiación del proyecto son asumidos por la ESE, por lo que la entidad pública evita asumir la financiación. El cliente paga periódicamente a la ESE por la inversión inicial a partir de los ahorros económicos alcanzados.

En el modelo de servicio se identifican dos tipos de ahorros:

- Ahorros procedentes de la reducción de consumos.
- Ahorros en costes fijos y variables de O&M.

La ESE garantiza hasta un 95% de los ahorros estimados y el correcto funcionamiento de los equipos instalados durante los 3 años posteriores a la finalización del contrato. La extensión de los contratos puede alcanzar los 25 años.

Los proyectos incluyen medidas convencionales como la mejora y sustitución de calderas, automatización de los sistemas de control de consumo y confort, mejora de los equipos de HVAC, iluminación, actuaciones sobre la envolvente del edificio, generación distribuida, energías renovables, gestión de consumos punta, etc., pero además se requiere que se incluyan otras medidas también prioritarias que fomenten la mejora tecnológica y la investigación y desarrollo en el país (bombas geotérmicas, PV, biomasa y solar térmica).

2.4. ST-ESCOS

Este modelo de contratación está impulsado por el programa europeo con el mismo nombre ("Solar-Thermal Energy Services Companies" o ST-ESCOS) que, con el objetivo



de fomentar la energía solar térmica, propone promover el desarrollo de ESEs especializadas en este tipo de tecnología.

Aunque el alcance del modelo incluye únicamente la energía solar térmica, propone una estructura de negocio y de ESE con posibilidades de aplicación en servicios de mayor alcance.

Hasta julio de 2007, año en el que concluyó la primera etapa del Programa, se realizó asesoramiento técnico, legal y económico-financiero para las empresas que quisieran constituirse como ST-ESCOS. Para ello, proponen un modelo de contratación similar al EPC especializado en la instalación de placas solares térmicas para el ahorro energético en calefacción y ACS.

2.5. PPP (Public Private Partnership)

Este modelo ha sido desarrollado en Francia para la oferta de servicios de todo tipo a las Administraciones públicas. Su principal objetivo es la concesión de la gestión energética a largo plazo. La principal ventaja es la interlocución con un único agente que realice la actividad.

Las principales características del modelo son las siguientes:

- La inversión en la infraestructura la lleva a cabo el contratista.
- Se establecen objetivos de rendimiento, de forma que se promueve la innovación tecnológica.
- Establece unos objetivos más eficientes y estructurados.

2.6. Aspectos a tener en cuenta en la contratación privada de servicios energéticos



De la explicación contenida en los párrafos precedentes se desprende la existencia de diferentes fórmulas de contratación de estos servicios dependiendo, principalmente, de las prestaciones a contratar, el régimen de retribución y ahorros y los riesgos asumidos por cada parte. No existe, por tanto, un modelo único a seguir. Por ese motivo, se citan a continuación los aspectos básicos que deberían tenerse en cuenta en la contratación de servicios energéticos entre una ESE y su cliente.

- En línea con lo expuesto, no debería establecerse un modelo de contratación fijo para el servicio energético en cuestión, sino que se debería poder elegir el modelo más adecuado en cada caso, en función de las características específicas del proyecto y del cliente objeto de dicho contrato.

- Las alternativas planteadas dependen principalmente de dos factores: responsabilidad de la financiación y reparto de los ahorros. En función de estos factores el periodo de amortización de la inversión y el periodo de duración del contrato una vez concluida la amortización de la inversión, serán diferentes.

- Tipología de contratación: el tipo de contrato a desarrollar dependerá de la naturaleza del cliente (entidad pública o privada), así como del objeto de contrato. Así, en el caso de clientes privados, no existe ninguna tipología de contrato establecida o prefijada. El contrato dependerá de la negociación entre las partes.

Por el contrario, en el caso de clientes públicos, la normativa española establece una serie de tipos de contratos a los cuales deberá ajustarse el modelo de contratación final. El detalle sobre el tipo de contrato que deberá ser desarrollado en cada caso depende de aspectos principalmente jurídicos que son incluidos en los siguientes apartados.

- Algunas actividades vinculadas a la prestación de servicios energéticos requieren una clasificación técnica o administrativa determinada. Estas necesidades deberán ser tenidas en cuenta en la propuesta del servicio energético por si limitaran las actividades a desarrollar por la ESE.



- Alcance del servicio: teniendo en cuenta el riesgo a asumir por la ESE con el servicio, al depender su margen económico, de una u otra manera, del alcance de los ahorros estimados deberá quedar perfectamente definido el alcance del contrato. Así, en el contrato entre la ESE y el cliente deberá establecerse claramente y como mínimo:

- Las instalaciones incluidas en el alcance del contrato (edificios e instalaciones incluidos).

- Los servicios y actividades que se realizarán en cada edificio o instalación del cliente.

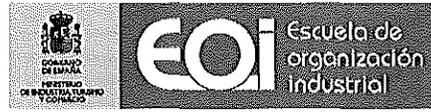
- El alcance de la O&M y del servicio de garantía. Existirían tres posibles servicios de mantenimiento (diario, programado, correctivo).

- Los recursos a utilizar en el contrato (equipos, recursos humanos, etc.).

- Duración del contrato: la duración del contrato dependerá del periodo de amortización de los equipos, así como de la tipología de modelo de contratación elegida.

- Propiedad y financiación de los equipos/instalaciones: el contrato deberá establecer quién es el propietario de los equipos nuevos e instalaciones remodeladas en todo el periodo de duración del contrato. Deberá quedar perfectamente establecida la propiedad de los equipos con el objetivo de que no existan conflictos futuros en caso de producirse problemas técnicos o la extinción del contrato.

Respecto a la inversión y financiación de los equipos, como se ha comentado en la presentación de los modelos de contratación, ésta podrá realizarse por parte de la ESE, por parte del cliente o de forma compartida por ambos. Una vez se defina a quién corresponde, el contrato deberá establecer las obligaciones asociadas a ello. En principio, se entiende que el sistema más sencillo se basaría en que el responsable de la financiación se correspondiera con el propietario de los equipos financiados. No obstante, se deberá tener en cuenta la dificultad de que la ESE pueda reutilizar los equipos en una instalación diferente. En cualquier caso, y en caso de extinción del contrato (o venta o cierre del edificio y/o instalaciones afectadas por el contrato), se deberá determinar la



propiedad de las instalaciones pendientes de amortizar, existiendo en principio varias posibilidades:

- El cliente deberá adquirir o pagar una compensación por las instalaciones pendientes de amortización.
- El contratista deberá reestablecer las condiciones iniciales de las instalaciones.

En caso de venta del edificio, sería necesario acordar bajo que condiciones el contratista aceptaría la entrada del comprador del edificio en el contrato por desempeño.

- Retribución de la ESE: en este apartado podrá acudirse a las fórmulas ya apuntadas u otras diferentes para determinar la forma de contraprestación que recibirá la ESE.
- Responsabilidades: dado que el servicio energético integral incluye servicios de operación y mantenimiento (O&M) de los equipos propiedad del cliente y de equipos propiedad de la ESE, el contrato deberá determinar detalladamente las responsabilidades de cada uno de ellos sobre todos los equipos e instalaciones. En este sentido será necesario:
 - Determinar la responsabilidad de la ESE sobre los equipos propiedad del cliente.
 - Determinar la responsabilidad adquirida por los servicios de O&M y garantía de los mismos. El contrato deberá definir el estado de las instalaciones a fecha de firma del contrato, con el objetivo de que la ESE no asuma fallos técnicos anteriores al contrato (no debería incluir reparaciones de equipos existentes).
 - Determinar la responsabilidad del cliente sobre los equipos propiedad de la ESE. El cliente se debería responsabilizar de los equipos en caso de que sean dañados por causas ajenas a la ESE.
 - Determinar la responsabilidad de la ESE respecto al desmantelamiento de instalaciones y



equipos.

Asimismo, el contrato deberá establecer una serie de obligaciones básicas de cooperación en relación con: (i) garantizar el acceso a las instalaciones; (ii) no llevar a cabo ningún cambio en los equipos instalados por la ESE excepto en casos de fuerza mayor; (iii) apoyo a la ESE en la obtención de permisos; (iv) en general informar a la ESE de cualquier circunstancia que le sea relevante de cara al cumplimiento de sus obligaciones contractuales (en particular cambios en el uso del edificio y/o instalaciones).

En esta línea es necesario delimitar la responsabilidad sobre el mantenimiento estructural del edificio y/o instalación e incluir un procedimiento de arbitraje para la asignación de responsabilidades en caso de conflicto.

- **Garantías del servicio:** se deberán detallar en el contrato las características de las garantías incluidas, tales como

- **Garantía de ahorros (objeto del servicio):** el contrato deberá establecer la metodología para medir los ahorros garantizados por la ESE.

Igualmente, en el contrato se deberá establecer la metodología para medir los ahorros conseguidos y, en su caso, el sistema de reparto del superávit o déficit en la consecución de la garantía de ahorros.

- **Garantía de suministro energético.**

- **Garantía de las instalaciones existentes de las cuales se realiza el mantenimiento.**

- **Garantía de instalaciones nuevas.**

- **Garantía de confort ambiental.** En el contrato se deberán establecer los umbrales de confort ambiental (temperatura, humedad, etc.), así como las instalaciones a partir de las cuales se realizarán las mediciones de confort ambiental.



- Garantía total de los servicios: garantía desde la finalización del servicio.
- Penalizaciones: se deberán determinar las penalizaciones en las que incurrirá la ESE por el incumplimiento de los servicios establecidos en el contrato, tales como:
 - Penalizaciones por incumplimiento de los ahorros establecidos en el contrato.
 - Penalizaciones por no cumplimiento de confort ambiental / suministro de energía / mantenimiento de instalaciones.
 - Penalizaciones por incumplimiento de plazos.
 - Reparto de resultados adicionales: en caso de conseguir ahorros superiores a los garantizados, se deberá establecer el reparto de ahorros extraordinarios conseguidos.
 - Anexos técnicos: el contrato estará basado en todo caso en la auditoría energética previa realizada y en las condiciones de partida de las instalaciones. Estas condiciones de partida deberán estar incluidas en el anexo técnico del contrato y deberán incluir como mínimo la siguiente información:
 - Descripción de las instalaciones.
 - Inventario de equipos presentes.
 - Información relativa a los consumos energéticos de la instalación en los últimos 3 años.
 - Condiciones climatológicas estándar.
 - Volumen de ocupación de las instalaciones, etc.

Sobre esta base de cálculo se determinarán los ahorros económicos y/o energéticos que



podrá conseguir la instalación con la puesta en marcha del servicio.

Dado que la estimación de los ahorros se establece a partir del caso base, esto es, a partir de unas condiciones de partida independientes de la ESE y fuera de su alcance, en caso de variación de las condiciones de partida, deberá establecerse una metodología para poder calcular los ahorros efectivamente conseguidos por la ESE.

Esta metodología deberá quedar definida en el contrato y consistirá principalmente en la realización de una actualización del caso base respecto a las condiciones que hayan variado. De esta manera se podrá comparar el caso base actualizado con los ahorros conseguidos por la ESE.

Entre las condiciones que podrían modificar el caso base y se encuentran en gran medida o totalmente fuera del alcance de la ESE están:

- Variación de los consumos por condiciones climatológicas.
- Variación de la intensidad de utilización de los edificios.
- Evolución de los precios de combustibles.
- Evolución de los precios de consumo.
- Evolución de las condiciones de financiación.



3. LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS ENERGÉTICOS POR EL SECTOR PÚBLICO

Para poder definir la modalidad contractual más adecuada para la contratación de ESEs por parte del sector público se debe realizar un análisis de los tipos de contratos existentes en la actualidad así como de las modalidades de contratación que contempla la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público).

En línea de lo apuntado, cuando nos referimos a servicios energéticos debemos entender la totalidad de servicios requeridos en cualquier edificación o instalación, como podrían ser el suministro de energía y su gestión, proyecto, instalación y explotación de medidas de eficiencia energética e instalaciones de producción energética de origen renovable, operación y mantenimiento, control y gestión, etc, que pueden ser prestadas por las ESEs de forma integral o parcial.

Asimismo, se han tenido en cuenta las modificaciones establecidas por el RD-L 6/2010 en el ámbito de los contratos del sector público para agilizar los procesos de contratación de las empresas de servicios energéticos con las Administraciones Públicas, como fórmula efectiva de dinamización del sector y del ahorro energético.

Por lo que se refiere a las modalidades contractuales que regula la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público se puede afirmar que, con carácter general y desde una perspectiva contractual pública, las prestaciones que son objeto del contrato referido son prestaciones de servicios y de suministro. En consecuencia, serán estas modalidades las que se analizarán a continuación teniendo en cuenta los diferentes servicios que pueden llevar a cabo las ESEs en este contexto. A estos efectos, se describirán someramente las características principales del contrato de servicios y del contrato de suministro al tratarse de fórmulas contractuales bajo cuyo paraguas podrían prestarse prestaciones propias de servicios energéticos. No obstante, como se verá, son la figuras contractuales que amparan prestaciones propias de ambos contratos –contrato mixto de servicios y suministros y



UNION EUROPEA
Fondo Social Europeo
El FSE invierte en tu futuro

contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado- las que mejor cabida otorgan a la contratación pública de esta clase de servicios.

En todo caso, de acuerdo con la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, el régimen jurídico de los contratos que celebren las entidades que pertenecen al sector público viene determinado por la tipología de la entidad pública contratante y el objeto del contrato. En consecuencia, un contrato con un mismo objeto tendrá diferente régimen jurídico según se celebre, por ejemplo, por un Ayuntamiento, una Entidad de Derecho Público dependiente de una Administración pública o una sociedad mercantil de titularidad pública que actúa en régimen privado.

Al mismo tiempo, dentro del régimen jurídico de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público deben distinguirse dos tipos de normas: (i) las relativas a la preparación y adjudicación de los contratos, cuyo contenido y alcance viene predeterminado en gran parte por la normativa comunitaria; y (ii) las normas que regulan los derechos y deberes de las partes, los plazos y, en definitiva, el régimen jurídico y efectos de los contratos.

Así, mientras que las primeras resultan de aplicación con la misma intensidad a los contratos que celebren las diferentes entidades integrantes del sector público, siempre y cuando se trate de contratos armonizados, es decir, sometidos a la Directiva 2004/18/CE, las segundas, es decir, las relativas al régimen jurídico de los contratos calificados o típicos –obras, concesión de obras, servicios, suministros, gestión de servicios públicos y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)– sólo son aplicables a los contratos celebrados por las Administraciones públicas en sentido estricto. En definitiva, los contratos de servicios o suministros que celebre, por ejemplo, una Universidad son contratos sometidos a las normas imperativas establecidas para cada uno de estos contratos por la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

No obstante, si la misma actuación la realiza una entidad pública empresarial, una fundación pública o una sociedad mercantil, sus contratos son privados y, por tanto, no resulta de aplicación el régimen establecido en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, relativo, por ejemplo, a la revisión de precios, modificación del contrato o plazo máximo aplicable. Es



decir, al tratarse de contratos privados y no administrativos, su régimen jurídico no será necesariamente el determinado en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público sino aquél que se fije por las partes. Es evidente que el contenido básico vendrá preestablecido por la documentación que rija la licitación, pero lo relevante es tener en cuenta que la entidad contratante tendrá mayor margen para concretar el régimen del contrato. En los apartados que siguen nuestra atención va a centrarse en el régimen de los contratos administrativos, es decir, aquellos expresamente regulados en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público y aplicables a las Administraciones Públicas. Ello es así porque, en primer lugar, contamos con una regulación de referencia a la que dirigirnos y, en segundo lugar, lo habitual será la contratación de estos servicios por Administraciones Públicas y, por tanto, la aplicación del régimen de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público en toda su extensión.

3.1. Condicionante subjetivo: las diferentes entidades públicas contratantes

Dado que la contratación de las ESEs podría realizarse bien directamente por una Administración bien por alguna entidad dependiente de ésta, es necesario analizar cuándo estamos en presencia de una Administración pública y cuándo se trata de un poder adjudicador –concepto definido en la normativa contractual pública para referirse a entidades de origen público sometidas a normas concretas de contratación pública pero que no deben ser calificadas, a efectos de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, como Administración Pública.

3.1.1. Administraciones públicas

De acuerdo con el artículo 19.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, los preceptos relativos al cumplimiento, efectos y extinción de los contratos calificados o típicos sólo son aplicables a los celebrados por las Administraciones públicas, por lo que resulta necesario analizar cuándo estamos en presencia de una Administración pública y cuándo se trata de un poder adjudicador que no es Administración pública. En este último supuesto, aunque el poder adjudicador deberá



adjudicar sus contratos armonizados sometiéndose al régimen de publicidad y concurrencia y con los mismos procedimientos de adjudicación que las anteriores, el régimen jurídico de éstos podrá ser diseñado sin los límites que establece la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público en cuanto al fondo de los mismos. Para los contratos celebrados por los demás entes del sector público, la aplicación de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público tiene carácter muy limitado tanto en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los mismos, como a la regulación relativa a su régimen jurídico.

Las entidades del sector público que son Administraciones vienen definidas de forma taxativa por el artículo 3.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público que, por un lado, enumera una serie de tipologías y, por otro, contiene una definición general. Concretamente, son Administraciones públicas las Administraciones territoriales, las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, los Organismos autónomos, las Universidades públicas y las Autoridades Reguladoras independientes.

Asimismo, son Administraciones públicas las entidades del sector público vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas, dotadas de personalidad de derecho público, hecho por el que quedan excluidas las entidades de derecho privado como las sociedades mercantiles o las fundaciones, siempre y cuando cumplan alguno de los dos requisitos siguientes: (i) que su actividad principal no sea la producción de bienes y de servicios destinados al consumo en régimen de mercado o que sin ánimo de lucro efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional; (ii) que no se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o la prestación de servicios.

En todo caso, la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público excluye del concepto de Administración a las entidades públicas empresariales y organismos equivalentes de las Comunidades Autónomas y entidades locales, que serían, a los efectos de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, poderes adjudicadores y sus contratos serían privados.



Las Administraciones públicas pueden celebrar contratos administrativos, contratos sujetos a regulación armonizada y contratos de Derecho privado.

En este sentido, los contratos administrativos ya sean contratos típicos o especiales, se rigen en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público y están sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa.

3.1.2. Poderes adjudicadores

La calificación como poder adjudicador parte del cumplimiento de tres requisitos acumulativos por parte de la entidad correspondiente: (i) que tengan personalidad jurídica propia, dejando al margen su naturaleza pública o privada; (ii) que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial y mercantil; y (iii) que ejerzan sobre ellas un cierto control bien por estar financiadas mayoritariamente por una Administración pública, porque controlen su gestión o porque nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de dirección.

Cada uno de estos requisitos ha sido precisado por la Jurisprudencia comunitaria, si bien el que mayores problemas plantea es el segundo.

A estos efectos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que existen necesidades de interés general con carácter mercantil o industrial aunque se puedan satisfacer por el mercado, pues, aunque eso es lo habitual, pueden darse casos en que pudiendo satisfacerse de esta manera el Estado prefiere desarrollarlas por sí mismo o manteniendo una influencia determinante.

Con el fin de determinar si se cumple este requisito, el Tribunal analiza en primer lugar si el organismo sirve a necesidades de interés general, para pasar, en segundo lugar a determinar si estas necesidades tienen carácter mercantil e industrial o no.

El servicio a las necesidades de interés general se ha apreciado de forma muy amplia por el Tribunal pues ha estimado que se cumplen incluso cuando la relación entre la actividad



instrumental y los intereses públicos sea indirecta.

Respeto a si las necesidades de interés general a las que sirven tienen carácter mercantil o industrial, según el Tribunal de Justicia, es determinante (i) si la actividad realizada es de tal relevancia pública que la Administración estaría dispuesta a asumir en un momento dado sus pérdidas, (ii) si la Administración asume gastos de algunas de sus prestaciones o interviene sobre las contraprestaciones que pueden recibir por su actividad, o (iii) si realizan una actividad mercantil o industrial sobre la que el Estado ha decidido mantener una influencia dominante. En estos supuestos estaríamos hablando de poderes adjudicadores.

Los contratos celebrados por los poderes adjudicadores se rigen, por una parte, en aquello que se refiere a la preparación y adjudicación por las disposiciones de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público y, por otra parte, respecto de sus efectos, cumplimiento y extinción por el Derecho privado.

3.2. Condicionante objetivo: los diferentes tipos de contratos

La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público define los contratos según su objeto. En este sentido, el artículo 5 enuncia los contratos calificados que coinciden, a excepción del nuevo tipo contractual de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP), con los tradicionales contratos típicos: (i) obra; (ii) concesión de obras públicas; (iii) gestión de servicios públicos; (iv) suministros; (v) servicios; y (vi) el CPP.

Es objeto de las líneas que siguen describir brevemente las principales características que definen los contratos típicos que, a nuestro entender, podrían dar cabida, desde una perspectiva amplia, a la prestación de servicios energéticos. La aplicación en cada caso dependerá de la concurrencia de un conjunto de características que, en parte, ya se adelantan seguidamente. No obstante, su concreción dependerá igualmente de un conjunto de valoraciones técnicas a establecer para cada supuesto. Como se verá, una contratación integral de servicios energéticos se realizará, con carácter general, a través de la aplicación de un contrato mixto de servicios y suministros o mediante la figura del CPP. No obstante, resulta adecuado referirse inicialmente al contrato de suministro y al de servicios como



modelos contractuales que pueden contemplar prestaciones de servicios energéticos y que, en todo caso, serán en gran medida la base para la aplicación del contrato mixto o del CPP en este ámbito.

3.2.1. Suministros

Objeto: la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público define como contrato de suministro la adquisición, arrendamiento financiero o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles (artículo 9.1).

Hay que tener en cuenta que en el contrato de arrendamiento, el arrendador o empresario asumirá durante el plazo de vigencia del contrato la obligación del mantenimiento del objeto.

Plazo: en relación con la duración máxima de este tipo de contrato, la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público no prevé una duración máxima. No obstante, en el contrato de arrendamiento no se admitirá la prórroga tácita y la prórroga expresa no podrá extenderse por un periodo superior a la mitad del contrato inmediatamente anterior.

Ejecución: se establece respecto de los productos o bienes suministrados que, una vez recibidos por parte de la Administración, ésta es responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos (artículo 268.4 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público).

Precio: con respecto a la contraprestación, el adjudicatario tendrá derecho al precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato.

Modificación: cuando, como consecuencia de las modificaciones del contrato de suministro acordadas, se produzca un aumento, reducción o supresión de las unidades de bienes que integran el suministro o la sustitución de unos bienes por otros, siempre que los mismos estén incluidos en el contrato, estas modificaciones serán obligatorias para el contratista, sin que tenga derecho en caso de supresión o reducción de las unidades o clases de bienes a



reclamar indemnización por estas causas (artículo 272 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público).

3.2.2. Servicios

Objeto: los contratos de servicios son aquellos cuyo objeto consiste en la realización de una actividad o están dirigidos a la obtención de un resultado diferente de la obra o suministro (art. 10 Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público).

Sin perjuicio de que se indique de otra manera en los Pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, cuando tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial implicará la cesión de éste a la Administración contratante. En todo caso, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público.

Plazo: a diferencia del contrato de suministro, la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público sí que prevé para el contrato de servicios una duración máxima de 4 años que puede ser prorrogable hasta 6 años por acuerdo de las partes de acuerdo con lo que prevé el artículo 279.1 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público. En cualquier caso, las prórrogas no pueden superar, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente. De esta forma, por ejemplo, un contrato inicialmente celebrado para 2 años, sólo podría prorrogarse por 2 años más.

No obstante, los contratos de servicios que sean complementarios de contratos de suministro podrán tener un plazo superior de vigencia que, en ningún caso, excederá del plazo de duración del contrato principal.

Precio: en el Pliego de cláusulas administrativas se establecerá el sistema de determinación del precio del contrato, que podrá referirse a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de los honorarios por tarifas o de



una combinación de varias de estas modalidades.

Modificación: si como consecuencia de las modificaciones del contrato de servicios acordadas, se produce un aumento, reducción o supresión de los equipos a mantener o la sustitución de unos bienes por otros, siempre que los mismos estén incluidos en el contrato, estas modificaciones serán obligatorias para el contratista, sin que tenga derecho en caso de supresión o reducción de las unidades o clases de bienes a reclamar indemnización por estas causas (artículo 282 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público).

3.2.3. Contrato mixto de servicios y suministros

Teniendo en cuenta que las prestaciones a prever podrían contener actuaciones propias del contrato de suministro (por ejemplo, instalaciones necesarias para la utilización y transformación de la energía), pero también del contrato de servicios, pues se trata de actividades dirigidas al mantenimiento de las instalaciones y su gestión en términos de eficiencia energética, podríamos encontrarnos en presencia de un contrato mixto de servicio y suministro regulado en el artículo 12 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

En un contrato mixto cuyo objeto consiste en las prestaciones de los contratos típicos de servicios y suministro, el peso relativo de cada prestación variará en función de si se acude a un modelo de contrato de suministro de energía o no. En este sentido, hay que precisar que no se considera un suministro, a los efectos de determinar la naturaleza jurídica del contrato, el suministro de "confort", porque se trata de una prestación que se entiende como un resultado de los servicios de gestión energética eficiente.

La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público incorpora en el artículo 12 una novedad fundamental sobre la ley anterior. Así, con la ley anterior los contratos mixtos se regían por las reglas aplicables, tanto con respecto a su preparación y adjudicación como al fondo del mismo, al contrato que correspondía a la prestación de más importancia desde un punto de vista económico.

En cambio, la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público sólo ordena la absorción de régimen para las reglas relativas a la adjudicación, pero no a las del fondo del contrato:



"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".

En definitiva, si bien es verdad que para determinar las reglas relativas a la adjudicación de los contratos tendrá que tomarse en consideración cuál es la prestación de más importancia en términos económicos, a los efectos de cumplimiento y extinción, el régimen jurídico del contrato podrá perfilarse según la voluntad del órgano contratante en función de las circunstancias que concurran, y a partir de la selección de las reglas propias de los contratos de servicios y suministros que resulten más convenientes.

Conviene precisar, en consecuencia, el alcance de esta modificación legal en relación con la duración máxima del contrato, pues tiene que tenerse en cuenta que, mientras que el contrato de servicios puede tener como máximo una duración de 4 años (por acuerdo de las partes prorrogable hasta 6 años- artículo 279.1), no se contempla plazo máximo para el contrato de suministro.

En principio, como en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público el régimen jurídico del contrato no se corresponde ya al de la prestación dominante, posibilitando la elección por parte de la Administración del régimen jurídico a partir de la yuxtaposición de las reglas de cada contrato, podría considerarse que un contrato como el que estamos analizando, cuya prestación principal sería la de servicios, no tendría que someterse al plazo máximo antes señalado.

En nuestra opinión ello dependerá del supuesto concreto porque si bien no parece que ésta tenga que ser la interpretación adecuada si tenemos en cuenta que la prestación principal podría ser la de servicios, ello quedaría excepcionado si pudiera justificarse que dadas las características singulares del suministro, y aunque ésta no fuera la prestación principal, el resto de servicios han de extenderse por el plazo de duración de las prestaciones de suministro.



Así, por ejemplo, en el contrato de suministro, cuando se realiza mediante arrendamiento, el arrendador tiene que mantener su objeto durante todo el periodo de vigencia y, por lo tanto, si no fuera posible plantear el servicio de mantenimiento y gestión global de un edificio sin asumir también el mantenimiento de los elementos alquilados parece razonable que el contrato de servicios se pudiera extender al plazo establecido por el arrendamiento. De la misma forma, si el Pliego contemplara la posibilidad de que el adjudicatario pudiera ofrecer determinados bienes que fomentaran el ahorro de energía o la utilización de energías renovables cuya financiación fuera a su cargo fijando un precio variable en función del cumplimiento de determinados objetivos de ahorro, podría justificarse un plazo más amplio en función del tiempo necesario para la amortización de las mismas.

3.2.4. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)

Una de las cuestiones fundamentales que se planteaban con la anterior normativa contractual era cómo encajar jurídicamente la prestación de servicios energéticos integrales en alguna de las modalidades contractuales existentes, partiendo del breve plazo de duración que la ley preveía para los contratos de servicios (máximo 4 años con prórrogas) y la problemática que ello generaba en las empresas dado que resultaba inviable la amortización de las inversiones dentro del periodo de contratación. No nos referimos a aquellas prestaciones que claramente puedan ser articuladas mediante un contrato de servicios, de suministros o, en determinados casos, utilizando un contrato mixto como servicios y suministros. Ponemos ahora nuestra atención en aquellos servicios de carácter integral, complejos, que pueden articularse a través de diferentes combinaciones, técnicas, económicas y jurídicas y que es aquello a que quiere dar respuesta el nuevo CPP.

Se analizarán a continuación los aspectos más relevantes de esta figura contractual:

Objeto: la definición (artículo 11 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público) que ofrece la norma lo configura como aquel contrato por el cual una Administración Pública (en sentido estricto) encarga a una entidad de derecho privado la realización de una actuación global e integrada durante un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, que tiene que comprender la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros



UNION EUROPEA
Fondo Social Europeo
El FSE invierte en tu futuro

necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionado con actuaciones de interés general y alguna de las prestaciones determinadas en el artículo 11.1 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público:

- "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".

Naturaleza jurídica: se configura como un contrato administrativo típico, si bien de naturaleza subordinada (es necesaria la evaluación previa para descartar otras fórmulas - art. 11.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público -). Por lo tanto, se le aplicarán, en la medida en que resulte posible, las normas específicas del contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal del contrato de CPP.

Así, de acuerdo con el artículo 118 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, se tendrá que elaborar un documento de evaluación por parte de un órgano colegiado en el que se integren expertos con cualificación suficiente en la materia del contrato. Este documento deberá poner de manifiesto que dada la complejidad del contrato, la Administración no se encuentra en condiciones de definir "con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la



adopción de esta fórmula de contratación".

Se debe tener en cuenta en todo caso que la referencia del texto a la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas se introdujo pensando en la prestación de servicios energéticos.

Precio: como contraprestación se establece un precio a satisfacer durante la duración del contrato que puede estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento. Entra en juego, por lo tanto, la posibilidad de premiar ahorros energéticos reales.

Duración: en relación con la duración del contrato, éste tiene una duración máxima de 20 años, si bien se puede alargar cuando por razón de la prestación principal del contrato y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública (40 años; art. 290 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público). Es decir, puede adaptarse en función de la duración de la amortización de las inversiones que se realicen para el cumplimiento del objeto del contrato o de las fórmulas de financiación que se prevean en su documento descriptivo, hecho que facultará el retorno de la inversión que se produzca dentro del periodo de contratación.

En todo caso, con carácter general se tendría que partir del plazo máximo de 20 años, dado que parece muy complicado considerar aplicable subsidiariamente la figura del contrato de concesión de obra pública.

Preparación del contrato: contando con los resultados de la evaluación, la mesa de contratación elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo competitivo con los licitadores y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato.

El programa funcional tendrá que incluir la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que tienen que incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas en el diálogo competitivo y los criterios de adjudicación del contrato.



Contenido del contrato: la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público establece que tendrá que incluir unos contenidos específicos (artículos 120 y 289):

-Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionará el régimen sustantivo del contrato.

-Reparto de riesgos entre la Administración contratante y el socio privado.

-Objetivos de rendimiento asignados al contratista.

-Remuneración del contratista. Bases y criterios para el cálculo de costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y, en su caso, de los ingresos por explotación.

-Causas y procedimiento para las variaciones de remuneración a lo largo de la vida del contrato.

-Fórmulas de control por la Administración de la ejecución del contrato (objetivos de rendimiento y subcontratación).

-Sanciones y penalidades.

-Condiciones en que se pueden modificar determinados aspectos del contrato o su resolución.

-Control sobre la cesión del contrato.

-Destino de las obras y equipamientos a la finalización del contrato.

-Garantías.

-Referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la ley



UNION EUROPEA
Fondo Social Europeo
El FSE invierte en tu futuro

establece con respecto a las prerrogativas de la Administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

Es importante subrayar que estos aspectos no son determinados desde un inicio, sino que serán fijados con los licitadores mediante el procedimiento de diálogo competitivo al que se hace referencia seguidamente.

Debe tenerse en cuenta que, al margen del contrato mixto de servicios y suministros este es el otro modelo de contrato propuesto por el IDAE para la contratación de este tipo de servicios.

3.2.5. Otros: contrato de obras, contrato de concesión de obra pública y contrato de gestión de servicios públicos

Difícilmente podrá calificarse a un contrato de prestación de servicios energéticos como ~~contrato de obras~~, pues aún cuando entre las prestaciones a realizar podrían estar incluidas las pequeñas obras de reparación o las necesarias para la instalación de los elementos necesarios –calderas, termostatos, detectores de movimiento, etc...- para una gestión energética eficiente, no se trata de una obra resultado de un conjunto de trabajos de construcción destinada a cumplir por sí misma una función económica o técnica, no requeriría el correspondiente proyecto y tendría carácter puramente puntual, por lo que no responde al concepto de obra pública que define el artículo 6.5 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

El contrato sometido a consulta no podría ser reconducido o calificado como concesión de obra pública porque su objeto no consiste en la realización de una obra en los términos en que la define el ya mencionado artículo 6.5 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público y porque carece del elemento esencial de este tipo de contratos: la retribución debe consistir en el derecho a su explotación, o bien en su explotación acompañada del derecho a percibir un precio de la Administración. En este caso, no cabe explotación de las obras de adecuación o instalación de los elementos necesarios para conseguir una gestión energética eficaz pues las obras realizadas no son susceptibles de explotación independiente y la retribución consistiría, única y exclusivamente, en el pago por la



Administración del precio correspondiente, lo que es propio del contrato de obra pero nunca de la concesión administrativa en la que, como es sabido, se acentúa el principio de riesgo y ventura del concesionario.

Tampoco puede calificarse este contrato como de gestión de servicios públicos, que admite la prestación mediante el sistema concesional. Tal y como aparece definido el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 8.1 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, éste tiene por objeto la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida, aún cuando no haya reserva de titularidad, como propia de su competencia por la Administración contratante.

Pues bien, la actividad de prestación de la Administración tiene unos destinatarios ajenos a la propia Administración pues es ésta la que, por formar parte de sus competencias, la presta para terceros, ya sea directamente o indirectamente mediante la suscripción del correspondiente contrato.

En el caso que se nos somete a consulta, el servicio de mantenimiento y gestión energética de los edificios destinados a oficinas administrativas es una actividad necesaria para que la Administración pueda prestar el servicio correspondiente, pero no consiste en la actividad misma de prestación, es decir, en la gestión del servicio al que sirve de soporte la oficina o edificio.

3.3. Condicionante procedimental: contratos sujetos a regulación armonizada

Aparte de la tipología de contratos que establece la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público en atención al objeto del contrato, hay que distinguir también los contratos que se encuentran sujetos a regulación armonizada, circunstancia que como veremos incidirá en algunos aspectos del procedimiento de licitación del contrato.

Así, de acuerdo con los artículos 13 y siguientes de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público se encuentran sujetos a regulación armonizada el CPP en todo caso y los contratos



de obra, de concesión de obra pública, de suministro y de servicios que estén comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público y siempre que la cuantía del contrato supere los umbrales establecidos en la propia ley.

En este sentido y en el caso concreto de los modelos de contrato que estamos analizando, el CPP se encuentra siempre sujeto a regulación armonizada, el contrato de suministro cuando el valor estimado del mismo sea superior a 211.000 Euros (artículo 15.1.b de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público) y el contrato de servicios cuando el valor estimado del mismo sea superior también a 211.000 Euros (artículo 16.1.b).

3.4. Fórmulas de contratación más usuales: contrato mixto de servicios y suministros y CPP

Atendiendo a la experiencia seguida hasta el momento y a las iniciativas públicas analizadas, así como a la naturaleza y régimen de cada contrato, el contrato mixto de servicios y suministros y el CPP se presentan como las vías más adecuadas para la contratación de estos servicios por una Administración pública. De hecho, estos son los modelos planteados por el IDAE (en la página web del IDAE puede consultarse un modelo de contrato mixto de servicios y suministros y respecto al CPP es el modelo aplicado en la licitación del complejo ministerial Cuzco y es el planteamiento que pretende seguirse en la contratación de servicios energéticos para otros edificios de la Administración General del Estado). Por ese motivo, a estos contratos vamos a prestarles especial atención.

3.4.1. Procedimiento de licitación

A continuación se detallan las diferentes fases del procedimiento de licitación respecto de los tipos de contratos más adecuados para la contratación de estos servicios.

3.4.1.1. Contrato mixto



De acuerdo con el artículo 93 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, para la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas se requiere la previa tramitación de un expediente de contratación que se iniciará por el órgano de contratación y que tendrá que motivar la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

En este expediente se tienen que incorporar el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que han de regir el contrato, así como también el certificado de existencia de crédito o documento que lo sustituya. Completado el expediente, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación.

El pliego de condiciones formará parte del contrato y ha de tener el contenido mínimo siguiente: las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que tienen que constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario. Se deberá detallar también el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos (servicios y suministro en este caso).

En relación con los contratos menores, para su preparación se exige un expediente simplificado, requiriéndose la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente (artículo 95 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público).

Por último, para los contratos sujetos a regulación armonizada, la preparación se encuentra en el artículo 121 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, siendo necesario destacar que el expediente de contratación puede realizarse con tramitación ordinaria, de urgencia o de emergencia.

3.4.1.2. Contrato CPP

La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público determina que la licitación de los contratos de CPP exigirá la realización de una serie de actuaciones previas, que se describen en los



artículos 118 a 120. En concreto, bajo la rúbrica "Actuaciones preparatorias de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado", la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público regula tres actuaciones diferentes que serán necesarias, como ya se ha apuntado, en la licitación de los contratos de CPP: (i) evaluación previa, (ii) programa funcional y documento descriptivo y (iii) clausulado del contrato.

(i) Evaluación previa (artículo 118 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público)

En primer lugar, hay que indicar que ya en el propio artículo 11.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público se establece que la Administración únicamente podrá celebrar contratos de CPP cuando con carácter previo se haya puesto de manifiesto, de conformidad con el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten satisfacer adecuadamente las finalidades públicas.

El requisito de la evaluación previa determina que con anterioridad al inicio de un expediente de contrato de CPP, la Administración contratante tendrá que elaborar un documento, denominado documento de evaluación, en el que deberá justificar el recurso a esta modalidad contractual.

En concreto, la Administración contratante deberá justificar que, dada la complejidad técnica, jurídica o financiera del contrato, no se encuentra en condiciones de definir los medios necesarios para la realización del proyecto, y también tendrá que analizar las formas alternativas de contratos y justificar las motivaciones de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que hagan recomendable la utilización del contrato de CPP.

Por lo tanto, la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público exige que, con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de CPP, la Administración contratante realice un análisis doble consistente, en primer lugar, en justificar la complejidad técnica, jurídica o financiera del proyecto y, en segundo lugar, en efectuar un análisis comparativo con otros tipos de contratos que recomienden la adopción de esta figura contractual.

Esta evaluación previa tendrá que ser realizada por un órgano colegiado, denominado Mesa especial del diálogo competitivo, formado por expertos con cualificación suficiente en la



materia objeto del contrato.

(ii) Programa funcional (artículo 119 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público)

El programa funcional consiste en un documento que deberá contener los elementos básicos que regirán el diálogo con los contratistas y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. Este programa funcional tendrá que recoger necesariamente los siguientes elementos:

- a) La naturaleza y las dimensiones de las necesidades a satisfacer;
- b) Los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deberán contener las ofertas;
- c) Los criterios de adjudicación del contrato.

Así pues, el programa funcional será el documento que, por su contenido, sustituirá en gran parte y conjuntamente con el documento descriptivo a los pliegos de condiciones del contrato.

(iii) Clausulado del contrato (artículo 120 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público)

Por último, la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público describe, dada su importancia en la regulación de las relaciones entre la Administración y el adjudicatario, el contenido mínimo que tendrá que contener el contrato de CPP.

En este sentido, además del contenido mínimo y común exigido en el artículo 26 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público para cualquier tipo de contrato, los contratos de CPP tendrán que incluir los siguientes elementos, ya apuntado anteriormente pero que por su relevancia procede reiterar:

- Identificación de las prestaciones principales que constituyen el objeto del contrato;



- Reparto de riesgos entre la Administración y el contratista;
- Objetivos de rendimiento asignados al contratista;
- Remuneración del contratista;
- Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo de todo el periodo de ejecución del contrato;
- Fórmulas de pago y condiciones en que puede procederse a compensar los pagos pendientes de satisfacer por la Administración con los importes que le tenga que abonar el contratista como consecuencia de penalidades o sanciones;
- Fórmulas de control que ejercerá la Administración en la ejecución del contrato, especialmente en referencia a los objetivos de rendimiento;
- Condiciones en que puede producirse la subcontratación;
- Sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato;
- Condiciones en que puede procederse a la modificación del contrato o a su resolución, por acuerdo, o a falta de éste, por una decisión unilateral de la Administración, particularmente en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista;
- Control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato;
- Destino de las obras y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo;
- Garantías que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones;



- Referencia a las condiciones generales y, cuando proceda, a las especiales que sean pertinentes, en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la ley establece respecto a las prerrogativas de la Administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

3.4.2. Procedimiento de adjudicación

3.4.2.1. Contrato mixto

En relación con el procedimiento de adjudicación de un contrato mixto de suministro y servicios, se aplica plenamente el régimen administrativo previsto en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, pudiéndose distinguir los siguientes procedimientos:

(i) Procedimiento abierto (artículos 141 a 145 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público): todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores. Esta modalidad de contrato se utilizará cuando el coste de las obras supere 1.000.000 Euros y en servicios y suministros cuando supere los 100.000 Euros.

(ii) Procedimiento restringido (artículos 146 a 152 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público): sólo pueden presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados por la Administración, previa solicitud de los mismos y previa publicación de un anuncio de licitación. Con carácter previo al anuncio del procedimiento se tendrá que elaborar un pliego de cláusulas administrativas particulares, que deberá contener los criterios objetivos de acuerdo con los cuales el órgano de contratación tendrá que cursar las invitaciones para participar en el procedimiento. El número de empresas a invitar no puede ser inferior a cinco ni superar veinte. Seleccionadas las empresas participantes, se les solicitará la presentación de la proposición en el plazo que en cada caso se señale, que no podrá ser inferior al establecido al respecto por la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

(iii) Procedimiento Negociado (artículos 153 a 162 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público): las licitaciones negociadas son aquéllas en que la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente escogido por el órgano de contratación después de efectuar



consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. Se determinarán en las condiciones generales del contrato los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, tengan que ser objeto de negociación con las empresas. Es necesario solicitar ofertas a, al menos, 3 empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato. El órgano de contratación negociará con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en las condiciones generales y en los posibles documentos complementarios con la finalidad de identificar la oferta económica más ventajosa.

De acuerdo con el artículo 122.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, la adjudicación se realizará de forma ordinaria utilizando bien el procedimiento abierto bien el procedimiento restringido, y para los supuestos establecidos en los artículos 154 a 159 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público se podrá utilizar el procedimiento negociado.

En función de la cuantía del contrato, la Administración establecerá un sistema (BOE, DOGC, BOP) para dar publicidad a las licitaciones. En el caso de contratos sujetos a regulación armonizada, la licitación se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea. Cuando así lo decida el órgano de contratación se dará publicidad a las licitaciones mediante anuncios en prensa.

A fin de que una oferta pueda ser tomada en consideración a efectos de adjudicación, tendrá que cumplir en el momento de la apertura, las condiciones de participación y requisitos esenciales fijados en los anuncios o en las condiciones generales.

Los contratos tendrán que observar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. El contrato se adjudica a la proposición económica más ventajosa.

Con la actual Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público desaparecen los términos "concurso y subasta", estableciéndose que la adjudicación se realizará a la "oferta económica más ventajosa". No obstante, se sigue previendo en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público la posibilidad de adjudicar contratos públicos bien únicamente en base al precio (lo que antes se denominaba subasta), o bien en base a una pluralidad de criterios



UNION EUROPEA
Fondo Social Europeo
El FSE Invierte en tu futuro

entre los que siempre se tendrá que incorporar el precio (lo que antes se denominaba concurso).

Con el fin de valorar las proposiciones y determinar la oferta económicamente más ventajosa se tendrá que atender a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra, la prestación del servicio, el plazo de ejecución, características medioambientales, el valor técnico, coste de asistencia técnica, recambios, servicio post-venta o similares que determine el órgano de contratación.

3.4.2.2. Contrato CPP

La adjudicación de los contratos de CPP tendrá que efectuarse mediante un nuevo procedimiento de adjudicación denominado diálogo competitivo que se introduce como novedad en los artículos 163 a 167 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

El artículo 164.3 determina que "los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado a que se refiere el artículo 11 se adjudicarán por este procedimiento, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad en el caso previsto en el artículo 154.a)".

La característica principal de este nuevo procedimiento de adjudicación es que permite a la Administración contratante "dialogar" con los candidatos sobre todos los aspectos del contrato con la finalidad de desarrollar una o diversas soluciones que permitan resolver las necesidades del órgano de contratación y sobre las que posteriormente se presentarán las ofertas correspondientes.

A diferencia de otros procedimientos de adjudicación, donde los candidatos se limitan a presentar sus ofertas en relación con las necesidades del órgano de contratación descritas en los pliegos, en el diálogo competitivo existe una fase preliminar en la que los candidatos, con carácter previo a la presentación de sus ofertas, presentan la solución que consideran podría satisfacer las necesidades manifestadas por la Administración contratante. Por lo tanto, en el diálogo competitivo los candidatos no presentan ofertas sobre un contrato ya



definido, sino que previamente colaboran con la Administración contratante en definir el objeto del contrato y, una vez definido, formulan las correspondientes ofertas.

En el procedimiento de diálogo competitivo pueden diferenciarse tres fases: (i) apertura del procedimiento de diálogo competitivo; (ii) desarrollo del diálogo, y (iii) presentación y examen de las ofertas presentadas por los candidatos.

(i) Apertura del procedimiento de diálogo competitivo

En esta fase el órgano de contratación publicará un anuncio de licitación donde dará a conocer sus necesidades y requisitos, identificando los criterios de adjudicación e indicando, en su caso, que se seguirán fases sucesivas de selección.

Seguidamente, los candidatos interesados presentarán sus solicitudes de participación, en base a las cuales el órgano de contratación invitará a los candidatos que considere más adecuados para participar en el diálogo.

Con respecto a los criterios de adjudicación, forma de presentación de las solicitudes y contenido de las invitaciones se aplican las reglas del procedimiento restringido, regulado en los artículos 147 a 149 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público -con algunas especificidades, como por ejemplo el número mínimo de licitadores, que en el diálogo competitivo serán como mínimo 3 (y no 5 como se prevé en el procedimiento restringido) y que las previsiones que se hacen en el pliego se tendrán que entender realizadas al documento descriptivo que, como se ha indicado, tiene que contener el programa funcional.

(ii) Desarrollo del diálogo

Esta segunda fase tiene por objeto dialogar con los candidatos con el fin de determinar y definir los medios más adecuados para satisfacer las necesidades del órgano de contratación. En este sentido, el diálogo se realizará entre el órgano de contratación y cada uno de los candidatos que hayan sido invitados a tomar parte en la licitación. Durante el transcurso de este diálogo podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados y no se informará de las propuestas efectuadas por el resto de



UNION EUROPEA
Fondo Social Europeo
El FSE invierte en tu futuro

candidatos.

El diálogo con los candidatos podrá articularse en fases sucesivas con la finalidad de reducir el número de soluciones a examinar y el órgano de contratación podrá continuar el diálogo hasta que se encuentre en condiciones, después de compararlas si se considera necesario, de determinar las soluciones que puedan responder a sus necesidades.

En caso de que se opte por la utilización de las mencionadas fases eliminatorias, esta posibilidad tendrá que constar en el anuncio o en el documento descriptivo de la licitación.

El órgano de contratación desarrollará el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar las soluciones que puedan satisfacer las necesidades del proyecto. En este sentido, cuando el órgano de contratación considere que está en condiciones de determinar las soluciones que responden a sus necesidades, declarará cerrado el diálogo y lo comunicará a los participantes invitándoles a que presenten su oferta final sobre la base de la solución o soluciones presentadas durante la fase de diálogo. En todo caso, el número de soluciones tendrá que ser suficientemente amplio para garantizar la competencia efectiva.

(iii) Presentación y examen de las ofertas presentadas por los candidatos

Una vez finalizadas las fases anteriores, los candidatos presentarán sus ofertas, que deberán incluir todos los elementos requeridos para la realización del proyecto. El órgano de contratación podrá solicitar aclaraciones, precisiones, ajustes o información complementaria sobre las ofertas presentadas.

Las ofertas se evaluarán de conformidad con los criterios de adjudicación que se hayan publicado en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, y se seleccionará a la oferta económicamente más ventajosa. En este sentido, cabe señalar que en este procedimiento de adjudicación la selección de la oferta económicamente más ventajosa no podrá hacerse únicamente en función del precio más bajo, sino que obligatoriamente deberán tenerse en consideración diversos criterios.



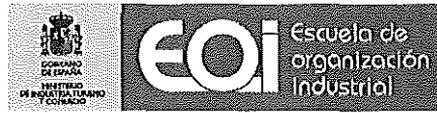
Asimismo, existe la posibilidad de que el órgano de contratación establezca primas o compensaciones para los participantes en el diálogo que no resulten adjudicatarios.

El órgano de contratación podrá requerir al licitador que haya presentado la oferta que se considere más ventajosa aclaraciones sobre la misma, o bien que ratifique los compromisos que figuren, siempre que de esta manera no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta, se falsee la competencia o se produzca un efecto discriminatorio.

Como novedad, cabe señalar que, según establecen los artículos 19 y 20 del RD-L 6/2010, en el plazo de seis meses, el Gobierno tendrá que aprobar un plan específico de impulso de las empresas de servicios energéticos, contemplando de forma particular un programa concreto para las Administraciones Públicas. Con el fin de ejecutar este programa se establece que durante los dos años siguientes en la entrada en vigor del RD-L 6/2010 (14 de abril de 2010) se aplicarán las normas procedimentales siguientes, independientemente de la modalidad contractual utilizada:

- a) Esta contratación tendrá la consideración de urgente a los efectos previstos en el artículo 96 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.
- b) La adjudicación provisional de los correspondientes contratos tendrá que realizarse en el plazo máximo de 20 días naturales, contados a partir del día siguiente en aquél en que finalice el plazo de presentación de proposiciones o de ofertas finales, en el caso del CPP.
- c) El plazo para elevar a definitiva la adjudicación provisional a que hace referencia el primer inciso del párrafo tercero del artículo 135.4 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público será de 10 días hábiles.
- d) En el procedimiento de contratación por parte de los órganos de la Administración del Estado o sus organismos públicos vinculados o dependientes, la comunicación con éstos se realizará utilizando medios electrónicos conforme al artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio.

Por otra parte, en el caso del CPP se aplicarán adicionalmente las siguientes normas:



- a) El desarrollo del diálogo con los licitadores no excederá de 45 días.
- b) El plazo para la presentación de las ofertas finales será de 15 días desde la fecha de recepción de la invitación para presentar la oferta por los participantes en el diálogo.

3.4.3. Contenido y régimen jurídico

3.4.3.1. Contrato mixto

Los contratos mixtos están regulados en el artículo 12 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, que ha introducido una novedad fundamental sobre la ley anterior. Debe recordarse que, conforme al artículo 6 de la LCAP, los contratos mixtos se regían por las reglas aplicables, tanto en cuanto a su preparación y adjudicación, como al fondo del mismo, al contrato que correspondía a la prestación de más importancia desde el punto de vista económico: "cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen al carácter de la prestación más importante desde el punto de vista económico".

Ahora, sin embargo, la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público sólo ordena la absorción de régimen para las reglas relativas a la adjudicación pero no así a las de fondo: "cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otros u otros de distinta clase se atenderá en todo caso para la determinación de las normas que debe observarse en su adjudicación al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico" (art. 12).

Así, por otra parte lo explicaba la memoria del Anteproyecto de Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (págs. 12-13) en la que señalaba que "frente a la regulación actual, en este precepto no se hace mención a las reglas aplicables a la ejecución del contrato. Se ha considerado más prudente limitar la aplicabilidad de la denominada teoría de la absorción a la determinación de las reglas de adjudicación del contrato, considerando que en ocasiones este sistema puede no dar respuesta adecuada a los problemas de régimen



sustantivo que plantea el contrato mixto, siendo preferible aplicar la yuxtaposición de los regímenes correspondientes a las distintas prestaciones fusionadas en el contrato. Se trata de una cuestión que como sucede en el derecho civil contractual parece mejor dejar abierta a lo que se establezca en el propio contrato caso por caso y a lo que los tribunales determinen en cada caso concreto en función de las circunstancias concurrentes, por ser imposible dar reglas de aplicación general”.

En definitiva, si bien es verdad que para determinar las reglas relativas a la adjudicación de los contratos habrá de considerarse cuál es la prestación de mayor importancia en términos económicos, a los efectos del cumplimiento y extinción el régimen jurídico del contrato podrá perfilarse a voluntad por el órgano contratante en función de las circunstancias que concurren, y a partir de la selección de las reglas propias de los contratos de servicios y suministros que resulten más convenientes.

Debe subrayarse en todo caso que el contrato mixto celebrado por entidades públicas que siendo poderes adjudicadores no sean Administraciones públicas es tal y como se anticipó, un contrato privado. En consecuencia, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y ejecución no se rige por la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público sino por el Derecho privado, lo que implica que los poderes adjudicadores cuentan con una mayor discrecionalidad a la hora de establecer su régimen jurídico en el clausulado.

3.4.3.2. Contrato CPP

El régimen jurídico del CPP vendrá determinado, principalmente y en línea con lo apuntado, por aquello que acuerden las partes. En su defecto, se aplicarán las normas del contrato típico al que más se asimilen. Esto último dependerá de cada supuesto, pero la regulación subsidiaria podría ser la del contrato de servicios o de suministros. En realidad, y con los límites propios de la contratación con las Administraciones Públicas y de las potestades que a éstas les corresponden, la configuración del CPP nos puede acercar en la práctica al contenido de un contrato de servicios energéticos entre privados.



UNION EUROPEA
Fondo Social Europeo
El FSE invierte en tu futuro

4. BIBLIOGRAFÍA

- CHINCHILLA MARÍN, C., El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, REDA 132, páginas 609-644.
- GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A., Los contratos de colaboración público-privados, Contratación Administrativa 79, octubre 2008, páginas 37-66.
- Guía de servicios energéticos para las administraciones locales. Agencia Valenciana de la Energía, 2009.
- Guía para la gestión energética municipal. Comunidad de Madrid. 2006.
- MIGUEZ MACHO, L., Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español, RAP 175, enero-abril 2008, páginas 157-215.
- Propuesta de modelo de contrato mixto de servicios y suministros del IDAE. www.idae.es