



Expediente 55/18. Duración de los contratos de servicios energéticos.

Clasificación de los contratos: 12. Expediente de contratación. Trámites.12.3. Cuestiones relativas a la duración de los contratos, plazos, prórrogas e impuestos. 23. Contratos de suministros. 23.3. Duración de los contratos de suministro. Prórrogas. 24. Contratos de servicios. 24.4. Duración de los contratos de servicios. Prórrogas.

ANTECEDENTES

El Presidente de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Me dirijo a Usted, como Presidente de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (en anagrama AMI), por ser intención de la Patronal a la que represento, plantear formalmente a la Junta Consultiva de Contratación Pública una consulta relativa a la problemática de la duración de los contratos mixtos de suministro y servicios con la que se encuentran las empresas licitadoras y adjudicatarias de los Contratos de Servicios Energéticos de la Administración Pública tras la reciente publicación de la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, por la que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público.

En concreto, hacemos referencia, a los contratos mixtos de suministro de energía y servicios con inversión que afectan a la contratación de servicios energéticos. Dichos contratos, muy utilizados en la licitación de contratos de iluminación pública exterior, así como en los de servicios energéticos de los edificios de titularidad pública, conllevan la realización de inversiones por parte del adjudicatario, consistentes en reemplazar las instalaciones consumidoras de energía existentes, así como los cuadros de mando, por equipos más eficientes energéticamente.

Por parte de esta Junta, a quien tengo el placer de dirigirme, se emitió el 23 de julio de 2009, la recomendación 43/2009, sobre el modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para la prestación de suministro de energía y gestión energética en edificios públicos. Dicha recomendación contemplaba un modelo de contrato mixto de suministro de energía y prestación de servicios que, a su vez, llevaba la necesidad de acometer inversiones por el adjudicatario y se recomendaba un periodo de duración de “diez años” (antecedente cuatro de la recomendación).

Dicha duración dimana de la práctica imposibilidad de que el adjudicatario pueda hacer frente a la recuperación de los costes de las inversiones necesarias en dicho modelo de contrato. De hecho, con base en dicha recomendación, y sobre todo en el ámbito local, se ha generalizado el uso del modelo recomendado (más de 300 licitaciones en los últimos años), tanto en edificios e instalaciones, como en alumbrado público.



La nueva Ley antes referida, contempla cómo en los contratos de servicios con inversión, el plazo de duración puede exceder el plazo de los 5 años previsto legalmente bajo ciertas circunstancias, pero nada se dice en concreto respecto a los contratos mixtos que junto con dichos servicios y sus inversiones, conllevan el suministro de la energía, primaria o transformada, como parte del contrato. Dado el importe del consumo energético, es posible que dicho importe (que es repercutido normalmente por el adjudicatario a la administración contratante) sea la parte económicamente más importante del contrato.

Modestamente consideramos que el artículo 122 del precitado texto ampara una duración de estos contratos mixtos más allá del plazo de 5 años y por lo tanto poder extender la misma al periodo de recuperación de la inversión contemplado en el artículo 29 de la Ley antes referida, pero son muchas las entidades locales que no tienen clara dicha cuestión y consideramos conveniente proceder a su clarificación.

Por lo expuesto, nuestra consulta es la siguiente:

En los contratos mixtos de suministro y servicios, que conlleven la prestación de servicios con inversión en instalaciones dedicadas al ahorro energético y asimismo el suministro de energía, ¿Puede fijarse un plazo de duración superior a cinco años cuando lo exija el periodo de recuperación de dichas inversiones?''

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La consulta planteada por la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos alude a un supuesto en que se contrata el suministro de energía eléctrica, el mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y limpieza de las instalaciones con todos sus componentes, así como lograr la permanencia en el tiempo de su rendimiento y de todos sus componentes al valor inicial y también la adaptación de las instalaciones de alumbrado o eléctricas de una infraestructura mediante la sustitución de los equipos obsoletos y su sustitución por otros más eficientes desde el punto de vista energético.

Este conjunto de prestaciones configura sin duda un contrato mixto de servicios y suministro que bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no planteaba problemas en cuanto a su duración en la medida en que el contrato de suministro no tenía una duración limitada, razón por la cual en nuestra Recomendación sobre modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para la prestación de suministro de energía y gestión energética en edificios públicos establecimos una duración de diez años, que se consideraba prudente para la recuperación de las inversiones que formaban parte de las prestaciones objeto del contrato.



Actualmente la duración de los contratos de suministro sí que se encuentra limitada legalmente. En efecto, el artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público indica lo siguiente:

“Los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante.

Excepcionalmente, en los contratos de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del servicio será objeto de desarrollo reglamentario.”

2. Esta circunstancia, la limitación genérica del plazo de duración del contrato de suministro, puede tener importancia si tenemos en cuenta que el artículo 18 de la Ley establece, para los supuestos de contratos mixtos de suministro y servicios, que el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros.

Siendo esto así, cabe la posibilidad de que el valor estimado de la prestación propia del suministro sea el mayor, lo que aparejará el efecto de que el régimen jurídico aplicable a la adjudicación del contrato sería el propio de los contratos de suministro, incluida su duración, lo que determinaría en la práctica la ineficacia de estos modelos de contratación en la medida en que el coste de las inversiones no fuese recuperable en un plazo no superior a 5 años.

3. La duración de los contratos mixtos plantea este problema en diversos supuestos, aparte del que se menciona en la consulta. En efecto, en el artículo 18.1 b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para el supuesto de contratos mixtos en que se incluyan prestaciones de los contratos de obras, suministros o servicios, por una parte, y contratos de concesiones de obra o concesiones de servicios, de otra, la regla que se establece es que si las distintas prestaciones son separables y se decide adjudicar un contrato único, se aplicarán las normas relativas a los contratos de obras, suministros o servicios cuando el valor estimado de las prestaciones correspondientes a estos contratos



supere las cuantías establecidas en los artículos 20, 21 y 22 de la presente Ley, respectivamente. En otro caso, se aplicarán las normas relativas a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios. Por tanto, es posible que el régimen jurídico aplicable a la adjudicación del contrato sea el de servicios o suministro aunque, por su propia naturaleza, las concesiones suelen exigir fuertes inversiones cuyo plazo de recuperación usualmente excede del límite de 5 años.

4. Una interpretación rígida y literal de la norma en los dos supuestos descritos en los numerales anteriores conlleva la inaplicación de un extendido modelo de gestión energética, en un caso, y una insuficiencia patente del régimen jurídico aplicable al contrato de concesión en el segundo, aspecto que puede generar una gran inseguridad jurídica para las entidades del sector público y para los operadores económicos.

Precisamente por esta razón el artículo 18 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, al regular los contratos mixtos nos recuerda que el régimen jurídico de la preparación y adjudicación de los contratos mixtos se determinará de conformidad con lo establecido en este artículo; y el de sus efectos, cumplimiento y extinción se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122.2. De este modo, el artículo 18 sólo alude a la determinación de las normas que regirán la adjudicación de los contratos mixtos, no de las reglas que rigen su ejecución.

5. Es evidente que dentro del procedimiento de selección del contratista, tanto en la fase de preparación como en la de adjudicación del contrato la correcta determinación de la duración del mismo ocupa un lugar destacado tanto en la salvaguardia del principio de seguridad jurídica como en el respeto al principio de concurrencia. No puede sostenerse que la duración del contrato sea ajena a la preparación o a la adjudicación del contrato, momentos en los que debe quedar perfectamente definida con el fin de garantizar aquellos principios básicos.

Esta consideración parecería abogar por una interpretación literal del texto legal y, sin embargo, en la fase de selección del contratista la determinación de la duración del contrato opera como elemento delimitador de la concurrencia en la medida en que los licitadores potencialmente concurrentes al procedimiento tengan una información clara y precisa de la duración efectiva del contrato. Tal duración efectiva ha de ser establecida, tal como nos recuerda el artículo 29 en su regla general, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos.

En el caso que nos atañe tanto si tenemos en cuenta la naturaleza de las prestaciones como las características de la financiación del contrato nos encontramos con que esa duración debe exceder el límite establecido para los contratos de suministro. En ellos los 5 años no pueden ser excedidos en ningún caso, por el contrario de lo que acontece con los servicios donde la ley acepta que se pueda establecer un plazo de duración superior a cinco años,



cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación.

6. El artículo 122.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, al que se remite, en lo que hace a la ejecución de los contratos mixtos el artículo 18, señala que en los pliegos reguladores de los contratos mixtos se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos. Esta previsión legal sería completamente innecesaria si la intención del legislador fuera simplemente recordarnos que estos contratos se rigen a todos los efectos por el régimen jurídico que es propio de la prestación principal del contrato, determinada conforme al artículo 18. Si por alguna razón se justifica esta previsión, que alude expresamente a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en los contratos mixtos, es porque es la finalidad de la norma que la regulación de cada una de las prestaciones en las que se descomponga el contrato a los efectos de su cumplimiento se adapten a la peculiar regulación de la misma. De este modo se evita el efecto pernicioso de que el régimen jurídico de la prestación principal pueda ser incoherente o insuficiente con la especialidad propia del resto de las prestaciones y, de este modo, para el cumplimiento del contrato habrá que fijar condiciones que estén adaptadas a la naturaleza de cada prestación particular. A mayor abundamiento, la propia Directiva 24/2014 abona esta conclusión puesto que las reglas que contiene en el artículo 3 sobre el régimen jurídico de los contratos mixtos, reglas de las que el precepto interno constituyen un fiel trasunto, se refieren exclusivamente a la adjudicación del contrato y no a su ejecución.

Bajo la anterior conclusión, si bien es cierto que la duración del contrato debe fijarse en la fase de selección del contratista no es menos cierto que representa un elemento central en la ejecución del contrato. Hasta tal punto es así que, como hemos visto, la incoherencia entre los plazos máximos de duración establecidos por la ley para un tipo contractual predominante jurídicamente obligaría a contratar por separado las prestaciones del contrato de servicios energéticos, lo que resultaría antieconómico y poco útil en la práctica pues representaría la pérdida de la finalidad básica del contrato, esto es, la obtención de una eficiencia energética basada en una ecuación beneficiosa para las dos partes contractuales; para el contratista porque aunque cobra por todo el suministro previsto se ahorra parte de ese suministro por el menor gasto energético; para la entidad pública que ve modernizada la infraestructura y mejorada la eficiencia futura de sus instalaciones. Por esta razón precisamente la ley afirma que el pliego debe acompasar sus previsiones sobre la ejecución de cada prestación a su peculiar naturaleza y características, entre ellas la financiación de las inversiones adoptadas. En este sentido si la ley contempla la previsión de mayor duración de los contratos de servicios que conlleven inversiones cuyo periodo de recuperación exceda de cinco años, y si dentro de los servicios incluidos en este contrato se



han producido efectivamente inversiones que exijan un periodo de recuperación mayor, la adaptación de las condiciones de ejecución al periodo de recuperación sería una exigencia de la propia ley, que estaría amparada por el artículo 122.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Esta solución no contravendría el principio de concurrencia en la medida en que los licitadores habrían tenido un perfecto conocimiento de la duración prevista del contrato, evitando que algún licitador se viese afectado por un cambio sobrevenido en la duración del mismo. Tampoco parecería razonable desgajar la duración del contrato de servicios del de suministro, de modo que este último finalizase con anterioridad, porque de este modo se rompería la eficacia del modelo de contratación energética eficiente. Este tipo de contratos tienen su utilidad precisamente por la aplicación simbiótica entre los servicios y los suministros. Constituyen una unidad jurídica y aunque es posible que se liciten por separado, en este caso no cumplirían con la función que desempeñan bajo este formato o serían ineficientes y antieconómicos.

En definitiva, si bien en estos casos la licitación del contrato debe realizarse bajo las reglas específicas del contrato de suministro, que es la prestación principal a estos efectos, en lo que hace a la duración del contrato deben respetarse las reglas de aquél que tiene una duración tasada mayor conforme a la necesidad de recuperación de costes y, en consecuencia, la misma puede alcanzar el tiempo imprescindible para ello. Esta solución sería congruente igualmente con las normas de los contratos mixtos en los casos de concesiones y en todos aquellos supuestos similares a los que en este caso hemos tratado.

CONCLUSIÓN.

En los contratos de servicios energéticos que comprendan suministros y servicios con inversión, la duración del contrato en el conjunto de sus prestaciones no quedará condicionada por el límite de duración del contrato de suministro.