



Alegaciones al “Proyecto de Orden Ministerial por la que se determina la composición, organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación”, presentadas por el Observatorio de Contratación Pública

Obcp: <http://www.obcp.es/>

Director:

José María Gimeno Feliú

Autores:

Rafael Fernández Acevedo
Isabel Gallego Córcoles
Ximena Lazo Vitoria
Ana Isabel Peiró Baquedano
Patricia Valcárcel Fernández





Alegaciones al Proyecto de Orden Ministerial por la que se determina la composición, organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación presentadas por el Observatorio de Contratación Pública. Obcp: <http://www.obcp.es/>

1. El ámbito objetivo: los contratos informados por la ONE. La conveniencia de eliminar la referencia a las “obras públicas” y los “servicios públicos” al aludir a los contratos de concesión de obra y de concesión de servicio	3
2. Ámbito competencial atribuido a la Oficina Nacional de Evaluación y suficiencia de medios.....	5
3. Composición de la ONE.....	6
4. Comentarios a los grupos de apoyo técnico (consultivos) de la ONE. Los sectores representados.....	7
5. Funciones de la Oficina Nacional de Evaluación.....	8
5.1. Elaboración de informes sobre la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de servicios	8
5.2 El riesgo operacional. Tipos de riesgos. La conveniencia de incluir en el proyecto la referencia expresa a la asunción del “riesgo operacional” por parte de los concesionarios de este tipo de contratos.....	9
5.3. El criterio de los gastos de primer establecimiento.	10
6. Ámbito temporal de las competencias de la ONE	11

1. El ámbito objetivo: los contratos informados por la ONE. La conveniencia de eliminar la referencia a las “obras públicas” y los “servicios públicos” al aludir a los contratos de concesión de obra y de concesión de servicio

Se recomienda mejorar la delimitación del ámbito objetivo de actuación de la ONE. El Proyecto de Orden habla indistintamente de: “contratos de concesiones de obras”; “contratos de concesión de servicios públicos”; “concesiones de obra pública”, “contratos de gestión de servicios”; “concesiones de obras y servicios públicos”; “concesión de servicios”. Es cierto que esta imprecisión trae causa de la propia norma de creación de la ONE (Disposición Final Novena, Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) pero ello no impide, más bien aconseja que ahora se aclare qué tipos contractuales deben ser informados preceptivamente por la ONE.

En aras de preservar la seguridad jurídica es conveniente unificar las expresiones anteriores estableciéndose que el ámbito objetivo comprende únicamente los siguientes tipos:

- a) Contrato de concesión de obras
- b) Contrato de concesión de servicios,

Añadiendo a estos efectos que dichos contratos se definen en función de lo establecido en el art. 5.1 de la Directiva 2014/23/UE.

Nótese a este respecto, que el 18 de abril de 2016 ha finalizado el plazo de transposición de la Directivas 2014/23, 2014/24 y 2014/25 y que a partir de la señalada fecha se produce el denominado “efecto directo” que preserva la nota de primacía propia del Ordenamiento jurídico de la Unión Europea y garantiza que su funcionalidad (efecto útil del Derecho UE) no se vea desvirtuado por una eventual inejecución de las Directivas por un Estado miembro. Especial trascendencia para la materia que aquí se trata revisten los conceptos “concesión de obras” y concesión de servicios” establecidos por el art. 5.1 de la Directiva 2014/23 que desplazan a las definiciones y categorías pre existentes del Derecho español (v. gr. contrato de gestión de servicios públicos ex art. 8 TRLCSP). Por este capital motivo y también para evitar confusiones que el uso de terminologías dispares pudiera ocasionar, se reitera la conveniencia de utilizar únicamente las dos categorías antes indicadas.

Una explicación particular merece esta alegación en lo tocante a las concesiones de servicio, dado que se regulan como tales por primera vez en el Derecho europeo a través de la normativa de contratación. Es cierto que en la regulación española, se prevé todavía como tipo contractual el “contrato de gestión de servicios públicos”,

(artículos 275 y ss. del TRLCSP). Este es un tipo contractual a través del que se buscaba articular la gestión indirecta de “servicios públicos”.

Ahora bien, Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, define los contratos de concesión de servicios por referencia a la prestación por un tercero de una actividad sin tener en cuenta si el servicios que se presta a través del contrato de concesión es o no un servicio público. En la práctica, podrá ocurrir en muchos casos que lo que se preste sea un servicio público de acuerdo con la concepción de esta categoría que existe en nuestro sistema normativo, pero no es este dato el que importa a los ojos de calificar un contrato como de concesión de servicios. Dicho en otras palabras, el tipo de servicio que se presta mediante la celebración del contrato de concesión no es relevante a los efectos de la tipificación de este negocio jurídico.

En este sentido, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en un loable intento por evitar dudas aboga por acomodar la tipología de contratos nominados reconocida en el Derecho español con la tipología de contratos que reconoce el Derecho europeo. Es por ello que, en lo que a las concesiones se refiere, alude únicamente a los contratos de “concesión de obras” y “concesión de servicios”. Desaparece como tal el contrato de gestión de servicios públicos, y la submodalidad de la concesión de servicio público. Dicha desaparición no significa que los servicios públicos no puedan prestarse de forma indirecta a través del tipo contractual de Derecho europeo “concesión de servicios”. Sin embargo, dado que puede ser previsible que exista un periodo transitorio en el que pueda aprobarse la Orden proyectada sin que esté vigente una nueva Ley de Contratos del Sector Público que incorpore ya las definiciones dle Derecho de la Unión Europea –que gozan de “efecto directo” como hemos resaltado-, la opción más aconsejable es incorporar ya aquí en esta norma los conceptos del Derecho de la Unión Europea. De esta forma, se incluirían en el ámbito de aplicación de la norma ahora sometida a información pública fórmulas contractuales como contratos de colaboración público-privada o conciertos que materialmente podrían calificarse como concesiones de servicios según los criterios explicados pero que formalmente podrían ostentar otra calificación. Esta aclaración resulta sumamente relevante a la vista de que la ONE puede proyectar eventualmente su competencia sobre contratos ya formalizados y que fueron así calificados según las categorías del Derecho interno vigente en el momento de la adjudicación (así, contratos de gestión de servicios públicos, por ejemplo) pero que, a la vista tanto de las nuevas Directivas así como de la aprobación de una nueva Ley de Contratos del Sector Público merecerían una nueva calificación.

En suma, en tanto que en el Proyecto de Orden ministerial por la que se determina la composición, organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación se alude en distintas ocasiones al “contrato de concesión de servicios públicos”, y a las “concesionde de obra pública“, por las razones expuestas, se propone eliminar la calificación de “públicos” “públicas“ de las obras o servicios objeto de estos contratos. Se insiste, pues, en la necesidad de que en la Orden se

definan estas categorías tomando en consideración la concepción de las mismas que establece el Derecho europeo, en concreto, en la Directiva 2014/23.

2. Ámbito competencial atribuido a la Oficina Nacional de Evaluación y suficiencia de medios

La ONE informa preceptivamente los expedientes de concesiones que pongan en marcha la *Administración General del Estado* y las *entidades locales*. Para el ámbito autonómico, se prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas se adhieran (voluntariamente, se entiende) a la ONE (sin especificarse si ello conllevará un coste por los servicios prestados) o, en su caso, que dispongan la creación de órganos (autonómicos) equivalentes que cumplan las citadas funciones.

Parece claro que un ámbito de actuación así de amplio (considérese el elevadísimo número y la complejidad de las licitaciones que serán sometidas a su parecer) requiere de una superestructura organizativa capaz de dar respuesta en breve plazo (30 días, por regla general) y con la calidad esperada a los informes que se soliciten. Esta es, sin duda, una pieza básica (suficiente y adecuada dotación de profesionales y expertos altamente cualificados) del nuevo mecanismo de vigilancia que se ha introducido en el ordenamiento jurídico. Sin dicha dotación no será posible alcanzar los beneficios esperados del sistema.

Desde esta perspectiva, la organización prevista en la Orden Ministerial parece claramente insuficiente. Está compuesta por cuatro miembros permanentes y por otros cuatro miembros “representantes del Ministerio o Administración Pública afectados que vaya a licitar el contrato objeto del informe”. La estructura prevista (más bien modesta) no se corresponde con el extensísimo ámbito objetivo previsto por la norma de creación (Administración General del Estado, entes locales, y eventualmente el sector autonómico que decida adherirse). Por ello se recomienda encarecidamente re-estudiar la estructura organizativa de la ONE y los medios puestos a su disposición con el objeto de que se cumpla el objetivo para el que ha sido concebida, que, de otra forma, podría verse frustrado.

También surgen razonables dudas acerca de su funcionamiento práctico. Nótese que la mitad de los miembros (miembros no permanentes, art. 2.4.b) provienen del propio poder adjudicador “interesado” que quiere licitar el contrato. Ello significa, pongamos por caso, que un Ayuntamiento que quiere licitar un contrato de concesión de obra ¿se verá en la obligación de “prescindir” durante un tiempo de sus técnicos? Salvo, claro está, que se trate de sesiones “a distancia” (cumpliendo con los requisitos establecidos en el art. 17.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). Sólo si se adopta esta modalidad de funcionamiento efectivamente no se incurrirán en costes (nótese, sin embargo,

que el art. 5.5 del Anteproyecto de Orden habla de “podrán encontrarse en distintos lugares).

3. Composición de la ONE

La estructura prevista para la ONE es cuando menos peculiar y lo es porque el informe preceptivo se emite sobre la base de los documentos que remite el respectivo poder adjudicador (largo listado del art. 4.3) que son los que debe analizar la ONE. Siendo ello así, no se entiende que el propio poder adjudicador (interesado en la licitación y que ha elaborado y remitido los documentos) forme parte, a su vez, del órgano encargado de informar la adecuación de su propia actuación al marco jurídico vigente.

El estrecho diálogo que puede existir entre el órgano externo informante (en este caso ONE) y el poder adjudicador que está elaborando los pliegos contractuales en orden a entender su contenido, puede alcanzarse por otras vías distintas a la elegida: incluirlo en el propio órgano informante. Se trata de buscar una fórmula que evite situaciones que puedan comprometer la imagen de imparcialidad en la que la ONE debe basar su funcionamiento.

En fin, hay que considerar también que en caso de demora en la emisión del informe surgen responsabilidades personales (véase art. 80.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Si aplicamos esta norma, resultaría paradójicamente que el responsable de la no emisión en plazo del informe sería el propio órgano que lo solicitó.

En todo caso, si no se atendiera esta alegación, debe advertirse que los sujetos que pueden solicitar a la ONE un informe sobre sus contratos de concesión son, si tendemos a lo que dispone la D.A. 36 TRLCSP, los poderes adjudicadores. Así señala el precepto que «Los informes serán evacuados, a solicitud del poder adjudicador contratante...» (apdo. 5), y así se recoge expresamente en el apdo. 4.3 del proyecto de Orden.

Por ello, debiera preverse esta circunstancia en el resto del articulado de la Orden Proyectoda. Adviertase que el art. 1.4 b) cuando se refiere a la composición de la ONE, está previsto que formen parte «Cuatro miembros representantes del Ministerio o Administración Pública afectados que vaya a licitar el contrato objeto de informe», y se sugiere que se sustituya la referencia al «Ministerio o Administración pública» por el «poder adjudicador» afectado. De manera coherente, en el art. 5.2 del proyecto de Orden, cuando se indica que «La oficina se reunirá lo solicite un Departamento o una Administración Pública que vaya a licitar un contrato objeto de informe», habría de sustituirse la referencia al «Departamento o Administración pública» por el «poder adjudicador» que vaya a licitar un contrato objeto de informe.



4. Comentarios a los grupos de apoyo técnico (consultivos) de la ONE. Los sectores representados

La ONE cuenta con el apoyo técnico de dos “grupos de trabajo de carácter consultivo”.

En el primero participan todas las Administraciones territoriales (estatal, autonómica y local) y cuenta con seis miembros. Respecto de este grupo surgen dos observaciones:

- a) Dada la citada composición, no se entiende por qué su ámbito de actuación se limita a contratos “en el ámbito de competencia de alguna Comunidad Autónoma o Entidad Local” y no se incluyen los contratos de la Administración General del Estado (que cuenta con 4 representantes).
- b) El nombramiento de los 6 miembros se realiza “por el titular de la Secretaria de Estado de Presupuestos y Gastos a propuesta del titular de la unidad que designe el titular de la Secretaria de Estado de Presupuestos y Gastos”. La redacción de este apartado es oscura y conduce a la confusión. Nótese que de mantenerse la redacción actual, la “propuesta” en el caso del representante de la Federación Española de Municipios y Provincias y también en el caso del representante de la Comunidad Autónoma adherida, se realizará por quien designe el Secretario de Estado y no por parte de la citada Federación o Comunidad Autónoma.

El segundo grupo de trabajo tienen representación “las principales asociaciones y organizaciones empresariales, más representativas del sector” en este caso, a diferencia del anterior, no se precisa su forma de nombramiento aunque sí determinan ciertos requisitos (honorabilidad, experiencia).

Se echa en falta en la organización prevista una presencia de otros sectores con amplia experiencia y, en su caso, interés en la materia. Como es el caso, de expertos de Universidades, miembros de órganos consultivos o de entidades asociativas y del tercer sector. Es cierto, que el Proyecto de Orden prevé la presencia (eventual) “de observadores” según los temas tratados. Pero dicha previsión no supe una composición más equilibrada de los grupos de trabajo.

Finalmente, nótese que el proyecto de Orden establece un deber de “secreto” únicamente para el caso de los citados “observadores externos” pero no así para el resto de miembros de los grupos de trabajo (sin perjuicio de la previsión genérica establecida en el 4. 3 párrafo final).

5. Funciones de la Oficina Nacional de Evaluación

5.1. Elaboración de informes sobre la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de servicios

El principal cometido de la ONE es analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de servicios. Para ello, se le encomienda la elaboración de informes previos a la licitación de los citados contratos. No está expresamente consignado el carácter preceptivo de los mismos (salvo la referencia art. 4.1 Proyecto de Orden cuando se refiere al ámbito autonómico). Dado que la norma de creación de la ONE sí los califica como tales y para evitar cualquier confusión al respecto, se sugiere consignar expresamente el carácter preceptivo de los informes en el encabezado del art. 4. Esta calificación tiene importancia, entre otras cosas, a los efectos que señala el art. 80.3 Ley 40/2015.

Por otro lado, sería conveniente precisar el momento procedimental en el que se incardina este informe. Así por ejemplo, refiere el proyecto de Orden como documentación básica para la elaboración del respectivo informe: los pliegos de cláusulas administrativas (particulares) y las prescripciones técnicas. ¿Deben remitirse los documentos de licitación ya aprobados? O bastaría, como parece ser más razonable, que se envíe en proyecto de pliegos y de prescripciones técnicas. La primera alternativa, obligaría a repetir todo el procedimiento de aprobación (a nivel local, autonómico o estatal) de los documentos contractuales, en caso de que el órgano de contratación decida asumir el contenido del informe.

Lo mismo cabría afirmar respecto de los demás informes de la ONE; por ejemplo, el relativo al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. En este caso, puesto que el TRLCSP habla expresamente de que la ONE *“asimismo informará de los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, en los casos previstos en los artículos 258.2 y 282.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”*, si se quiere que el informe tenga alguna incidencia en el propio acuerdo que se adopte, debería solicitarse y emitirse una vez dictada la propuesta de resolución por el órgano instructor pero, en todo caso, antes de adoptarse la resolución definitiva.

Otro punto tiene que ver con la publicidad de los informes de la ONE. Una previsión que se valora como acertada. Pero convendría precisar que dicha publicidad se realizará en todo caso no antes de que los documentos contractuales fueran objeto, a su vez, de la publicidad exigida por el Derecho europeo o nacional. Además, para evitar la fragmentación de la información, en aras a un cumplimiento efectivo del principio de transparencia, dicha publicación debería tener lugar, como mínimo, en el perfil de contratante del respectivo poder adjudicador. Se sugiere, además, que se valore también la oportunidad de publicarlos a través de otros medios tales como la Plataforma de Contratación del Sector Público.

5.2 El riesgo operacional. Tipos de riesgos. La conveniencia de incluir en el proyecto la referencia expresa a la asunción del “riesgo operacional” por parte de los concesionarios de este tipo de contratos

Tal y como se ha indicado en la parte final de la primera alegación, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión ha formulado una nueva definición para los contratos de concesión de obras y de servicios.

Sumamente explícito es en particular el considerando 18 de la Directiva 2014/23, cuando indica que *“(…) debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato”*.

En cualquier caso, las referencias en la Directiva 2014/23/UE al “riesgo operacional” son numerosas, en tanto que la asunción del mismo por el concesionario es el aspecto neurálgico del que se hace depender la existencia de estos contratos.

En efecto, la existencia de los contratos de concesión de obras y de los contratos de concesión de servicios bascula no en la asunción de cualquier tipo de riesgo por parte de los concesionarios de los mismos sino de la asunción específicamente del denominado “riesgo operacional”. Es cierto que en distintos puntos del Proyecto de Orden, tanto de la parte no articulada como de la parte articulada, se alude a la adecuada asignación de riesgos en general o al riesgo de demanda en particular, pero sorprende que no se recoje en absoluto ninguna referencia al “riesgo operacional” como elemento clave de estos contratos. Por las razones indicadas se considera relevante incluir alguna referencia a este tipo de riesgo y así como a su significado, siquiera para contextualizar las evaluaciones que lleve a cabo la oficina, en la Orden que determina la composición, organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación, que va a realizar evaluaciones directamente relacionadas con este tipo de cuestiones.

En esta Orden debería quedar claro que se trata de un riesgo de tipo económico (está ligado a la explotación y, por ende, a la retribución del concesionario) y que alberga dos tipos de riesgos: a) el de demanda b) el de suministro u oferta. Es

necesario para que exista riesgo operacional que se asuma por el concesionario al menos uno de ellos. El proyecto de orden no asume esta terminología: v. gr. omite toda referencia al riesgo operacional en cuanto categoría general y lo mismo puede decirse respecto del riesgo de suministro (más allá de la referencia genérica ex art. 4.2). El análisis de la ONE se centra en la transferencia del riesgo de demanda. Siendo ello muy relevante, cabría prestar igual atención a otras configuraciones contractuales, especialmente en aquellos sectores de actuación (determinados servicios) donde el riesgo por uso es mínimo o prácticamente inexistente.

5.3. El criterio de los gastos de primer establecimiento.

El ámbito objetivo de actuación de la ONE está delimitado por el tipo contractual (vid observaciones críticas supra expuestas) pero también –al menos para el supuesto que establece el art. 4.1 b)- por un determinado importe. En efecto, el citado artículo precisa que procederá elaborar informe por parte de la ONE respecto de “las concesiones de obra pública y los contratos de gestión de servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, *cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros*”. Nada se puede objetar a la fijación de unos determinados umbrales para determinar el ámbito de actuación de la ONE (informa únicamente aquellas concesiones con una especial incidencia presupuestaria y económica). Pero sí lo es, que para dicha finalidad se utilice precisamente el criterio de “gastos de primer establecimiento”. Como se recordará se trata de un concepto que utiliza el art. 40.1.c) TRLCSP como uno de los elementos (junto con la duración del contrato) para establecer la procedencia del recurso especial respecto de los contratos de gestión de servicios públicos. Por cierto, no está demás recordar que este precepto se encuentra desplazado a consecuencia de la incorporación de los contratos de concesión en el ámbito del recurso especial.

Más allá de ello, conviene recordar que el citado criterio es un concepto de muy difícil precisión, existiendo en la actualidad distintas posturas doctrinales al respecto. Es más no hay definición explícita del mismo en la legislación de contratos públicos. Estas dificultades se aprecian fácilmente al analizar, por ejemplo, los distintos pronunciamientos de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en los últimos años.

Tomado en consideración estos antecedentes, sería conveniente reconsiderar la utilización del criterio gastos de primer establecimiento para delimitar aquellos contratos de concesión que deberán ser informados por la ONE, **proponiéndose como criterio el del valor estimado del contrato, ya que es éste el que determina los aspectos más importantes del régimen jurídico de un contrato del sector público.**



6. Ámbito temporal de las competencias de la ONE

No se incluye en el Proyecto de Orden una disposición transitoria que fije el ámbito temporal para el ejercicio de las competencias de a ONE. Y sería conveniente a nuestro entender que por esa vía (disposición transitoria) podría aclararse que las competencias de la Oficina se proyectan sobre los contratos de concesión de obras y servicios que sean objeto de licitación a partir de la constitución de la ONE, así como a los acuerdos de restablecimiento del equilibrio económico previstos en los artículos 258.2 y 282.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aun cuando versen sobre contratos adjudicados con anterioridad a la constitución de la ONE, siempre y cuando supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en las letras a) y b) del art. 4.1 del proyecto de Orden.