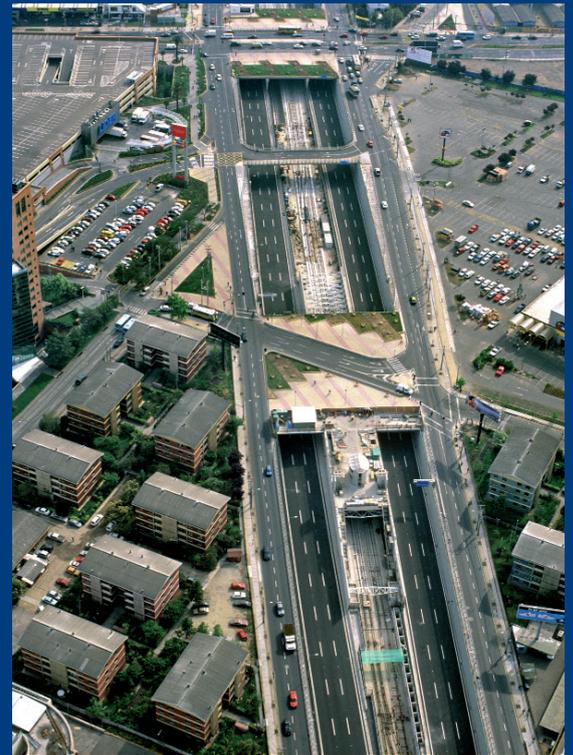


Recomendaciones Referentes a los Pliegos del Régimen de Concesión de Obra Pública

Régimen de Concesión de Obra Pública

Diciembre 2006



Recomendaciones Referentes a los Pliegos del Régimen de Concesión de Obra Pública

Régimen de Concesión de Obra Pública

Diciembre 2006



Comisión de Construcción y Financiación de Infraestructuras
COLEGIO DE INGENIEROS DE CAMINOS,
CANALES Y PUERTOS

Para cualquier información adicional pueden consultar nuestra web en la siguiente dirección:

www.ciccp.es

En la sección "El Colegio" seleccionamos "Comisiones y Comités".

ÍNDICE

1. Objetivo del estudio	5
2. Metodología adoptada	9
3. Resumen ejecutivo de recomendaciones	13
4. Conceptos analizados	21
4.1. Equilibrio económico-financiero	23
4.2. Régimen económico del contrato: Ingresos procedentes de los usuarios	26
4.3. Riesgo de demanda	28
4.4. Riesgo de disponibilidad	30
4.5. Inversiones a realizar por la sociedad concesionaria	33
4.6. Estructura financiera de la sociedad concesionaria	36
4.7. Plazo de concesión	39
4.8. Valoración de ofertas	41

1 ■ Objetivo del estudio

1. Objetivo del estudio

La Colaboración Público Privada en materia de infraestructuras se está desarrollando rápidamente, y constituye una nueva fórmula para promover la inversión en obras y servicios públicos mediante la aportación de recursos financieros privados. España, que tiene una amplia experiencia en materia de concesiones administrativas, ha incorporado en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas un amplio abanico de posibilidades para la utilización del sistema concesional en muy diferentes tipos de actuaciones.

Esta posibilidad está siendo utilizada por las distintas Administraciones Públicas para la convocatoria de concursos de concesiones y promoción de otras fórmulas de Colaboración Público Privada. La aplicación del sistema a la satisfacción de diversas necesidades sociales distintas de las tradicionales está llevando a formulaciones inéditas en los Pliegos de condiciones de concursos.

La Colaboración Público Privada es una asociación a plazos largos, decenios, habitualmente, y la elección del concesionario y las cláusulas de los contratos deben ser cuidadosamente evaluadas para asegurar el éxito en la gestión y en la provisión del servicio público de que se trate, así como en la correcta asignación de los recursos públicos y privados (fiscales y no fiscales).

2. Metodología adoptada

2. Metodología adoptada

Ante esta problemática la Comisión de Construcción y Financiación de Infraestructuras del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos ha desarrollado, a través de un Grupo de Trabajo, un análisis de los aspectos a considerar, criterios para su valoración y recomendaciones para el tratamiento de ambos. Todo ello con el ánimo de que puedan servir de contraste a los redactores de Pliegos y, en general, a todos aquellos que participen en esta nueva actividad.

Para conseguir este objetivo se han analizado los conceptos que de forma habitual aparecen en los Pliegos de condiciones de los concursos, y se ha considerado cómo se han resuelto los problemas que plantean dichos conceptos en diversas licitaciones. Se han tenido en cuenta, asimismo, las recomendaciones de instituciones internacionales al respecto, y se ha tratado de incorporar a los debates la experiencia nacional e internacional de los miembros de la Comisión. En particular, se han recabado, analizado y en gran parte incorporado las críticas y sugerencias de los agentes principales, M. Hacienda, M. Fomento, M. Medio Ambiente, etc., Gobiernos Autonómicos y Locales y otros expertos.



Como resumen de lo anterior se propone a continuación una serie de valoraciones y recomendaciones para los conceptos estudiados.

La Comisión agradece el trabajo de los componentes del Grupo referido y eleva al Colegio de Ingenieros de Caminos las conclusiones obtenidas para su difusión si procede.

Los conceptos analizados son los siguientes:

1. Equilibrio económico-financiero.
2. Régimen económico del contrato: ingresos procedentes de los usuarios.
3. Riesgo de demanda.
4. Riesgo de disponibilidad.

5. Inversiones a realizar por la sociedad concesionaria.
6. Estructura financiera de la sociedad concesionaria.
7. Plazo de concesión.
8. Criterios de valoración de ofertas.

Este documento consta de una serie de fichas, correspondiendo cada una de ellas a un tema específico que debe ser regulado en los Pliegos. En estas fichas se analizan los siguientes aspectos:

- Introducción sobre el concepto a tratar.
- Observaciones referentes al tratamiento de dicho concepto en los Pliegos analizados.
- Comentarios referentes al concepto tratado y recomendaciones para la redacción de Pliegos futuros.

A continuación, y como comienzo del documento, se incluye un resumen ejecutivo con las recomendaciones más señaladas. Posteriormente, se analizan más en detalle cada uno de los criterios.

3 ■ **Resumen ejecutivo de recomendaciones**

3. Resumen ejecutivo de recomendaciones

a) Equilibrio económico-financiero

- Debe regularse cuidadosamente en los Pliegos, pues define la distribución de riesgos entre concedente y concesionario, lo que afecta a la esencia del contrato de concesión. Por ello parece conveniente que los Pliegos complementen las previsiones de la Ley, definiendo con más precisión las causas que pueden justificar la intervención del concedente.
- No parece recomendable que el Pliego defina *a priori* cuál de las medidas que la propia Ley recoge para el restablecimiento del equilibrio se aplicaría en caso de ruptura del equilibrio. Conviene conservar abiertas la mayor cantidad de opciones posibles para un eventual problema futuro.
- Sería deseable que todos los Pliegos incorporen un mecanismo de cálculo del restablecimiento del equilibrio referido a la tasa de rentabilidad del proyecto, salvo causas financieras graves a definir. Un mecanismo adecuado puede ser comparar la tasa de rentabilidad del capital invertido (TIR) prevista en la oferta adjudicada con la TIR calculada utilizando los datos reales hasta la fecha de cálculo y los datos razonablemente previsibles, valorando a continuación cómo las distintas medidas de posible aplicación permiten restablecer una rentabilidad razonable, y eligiendo las más adecuadas. En principio, se deberían incluir entre las causas que justifican un ajuste del equilibrio aquellos hechos imprevisibles que son ajenos al concedente y al concesionario.
- Alternativamente a la tasa de rentabilidad del proyecto se puede analizar la tasa de rentabilidad del capital, pero en ese caso se debe comprobar simultáneamente que las hipótesis de créditos contempladas son realistas y posibles.
- Una posible solución para el sistema de cálculo del restablecimiento del equilibrio, en función del origen de las causas, sería definir en origen del contrato los conceptos de tasa de rentabilidad media y mínima de la variable fijada. Se atendería posteriormente a la calificación de los hechos ocurridos:
 - Hechos imputables al concedente: éste asumiría la responsabilidad, y a su cargo, procedería al restablecimiento de la rentabilidad media del capital aportado (TIR MD).
 - Hechos imputables al concesionario: éste asumiría la responsabilidad y no tendría derecho a ninguna compensación.
 - Hechos ajenos a ambos: el concedente restablecería, a su cargo, la rentabilidad mínima del capital aportado (TIR Min.) o, alternativamente, tomaría las medidas convenientes para que no se produzca un incumplimiento de las condiciones de servicio de la deuda.

b) Régimen económico del contrato

- Si se considera conveniente incorporar en el Pliego la posibilidad de realizar aportaciones complementarias a los ingresos anteriores llevadas a cabo directamente por el concedente, el valor actual neto máximo de todas las aportaciones a recibir, tal como las soliciten los licitadores, puede ser un criterio sustancial para la adjudicación.
- Para considerar ingresos adicionales por actividades secundarias, y que sean aceptables por las entidades financieras, el concedente debería ampliar, mediante estudios de viabilidad, la información sobre posibles negocios complementarios y sus límites. En todo caso, sería conveniente que se despejaran previamente al concurso los posibles problemas jurídicos para la puesta en marcha de dichos negocios complementarios de la concesión.

c) Riesgo de demanda

- La Administración, en caso de que la demanda sea un elemento esencial de la concesión, deberá siempre realizar un estudio previo y realista que sirva como criterio para la decisión de adjudicación y que se incluya como información para los licitadores en la documentación del concurso. Dicho estudio deberá servir como base para homogeneizar los planes económico-financieros de los distintos licitantes, y comprobar el realismo de las hipótesis de la oferta ganadora.
- El administrador responsable debe huir de adjudicaciones basadas en estimaciones de ingresos elevados con hipótesis exageradamente optimistas, en especial a largo plazo.
- Con referencia a la simetría de las prestaciones entre concedente y concesionario, cabe decir que en los casos en que se considere conveniente limitar el riesgo del concesionario mediante ingresos mínimos garantizados por el concedente, parece recomendable establecer un reparto de ingresos entre concedente y concesionario a partir de determinados límites máximos. A "sensu contrario", en caso de no existir algún mecanismo de garantía de mínimos, tampoco parecería lógico prever una operativa de reparto de ingresos máximos, ya que equivaldría a asignar al concesionario el riesgo y privarle del posible beneficio adicional.

d) Riesgo de disponibilidad

- Conseguir valores deseables de determinados índices de calidad del servicio, pocos y definidos *a priori*, podría ser un sistema para el establecimiento de penalizaciones o premios para el concesionario, en relación con el cumplimiento de los mismos.

- Parece lógico que si los Pliegos imponen determinados niveles de servicio y de disponibilidad, medidos a través de parámetros objetivos, no deben incluir adicionalmente la imposición de plantillas fijas de personal o la definición de medios a aportar. Se debe dejar libertad al concesionario para dimensionar como estime oportuno el conjunto de medios idóneos para conseguir los niveles de calidad exigidos por el concedente.
- Naturalmente, un tipo de contrato como el señalado exige un elevado nivel técnico y de supervisión por parte del propio concedente durante toda la vida de la concesión, dada la permanente comprobación de nivel de servicio a que obliga.
- En este tipo de concesiones con asignación del riesgo de disponibilidad al concesionario, debe realizarse un importante esfuerzo en la formulación del mecanismo de pagos, pues éste no sería función exclusiva de la demanda y de las tarifas, sino que se vería afectada por la serie de parámetros de nivel de servicio mencionados. Así, habría que preparar una fórmula de cálculo que considerara cada uno de los conceptos de penalización y de calidad, su cuantificación y el valor de la penalización y de los premios, respectivamente, así como sus correspondientes límites.
- Cabe considerar, como solución adecuada en muchos casos, la combinación de un pago ligado a calidad con otro ligado a utilización, especialmente en concesiones en las que el operador cobra directamente de la Administración y no de los usuarios.

e) Inversiones a realizar por la sociedad concesionaria

- En una planificación a largo plazo la Administración podría reservar suelo anticipadamente para determinadas infraestructuras, teniendo resuelta la disponibilidad del mismo previamente a la contratación. En el proceso concesional es esencial que cada parte soporte el riesgo que mejor puede gestionar, y la Administración es quien goza de la capacidad legislativa para expropiar y ocupar los terrenos, sin perjuicio del apoyo operativo.
- Si se responsabiliza al concesionario del proceso de expropiación, el concedente debe reconocer y asumir como propios los costes adicionales derivados de los procesos judiciales y los retrasos ocasionados por los mismos.
- Se debe especificar con toda claridad la relación de las inversiones a realizar por la sociedad concesionaria que tengan como finalidad alcanzar unos estándares técnicos y económicos de servicio óptimo al usuario. También deben definirse y cuantificarse claramente las inversiones a realizar y cuya valoración no dependa de la capacidad de gestión del concesionario, de tal forma que la composición de la inversión no se convierta en variable de licitación y desvirtúe una valoración objetiva de la propuesta.
- El estudio de la Administración, previo al concurso, debe incluir una estimación razonable del coste asociado al desarrollo del servicio (obras e instalaciones).

- Las inversiones indirectas generalmente no se plantean como una obligación del concesionario. No obstante, de acuerdo con la Ley de Concesiones, éste puede proponer la incorporación de áreas complementarias susceptibles de generar ingresos adicionales. Fórmulas de este tipo pueden ayudar o mejorar los resultados económicos ligados al objeto principal del contrato. Dados los reducidos plazos de preparación de las ofertas, que no permiten el estudio preciso de estas posibles inversiones complementarias, se debería contemplar en los Pliegos la posibilidad de ampliar los plazos para hacer propuestas y su análisis, al periodo de operación, mejora que redundaría sin duda en beneficio del concedente, y que habría que evaluar en su momento con sus consecuencias contractuales.
- Es conveniente que el concedente ponga a disposición de los concursantes la mejor información de que disponga sobre proyectos constructivos, estudios de demanda, construcción de accesos, etc., de forma que se resten incertidumbres y costes adicionales a los licitadores. El proceso de licitación y el cálculo de la inversión se optimiza con una adecuada definición y desarrollo de las necesidades previsibles.
- La aplicación de la “Cláusula de la Iniciativa Privada” puede ayudar a mejorar la calidad del servicio mediante inversiones durante la vida de la concesión, aprovechando la experiencia del sector privado y la adaptación de las infraestructuras a las nuevas condiciones técnicas y de utilización que vayan apareciendo durante la vida del contrato.

f) Estructura financiera de la sociedad concesionaria

- El Pliego debe exigir a los ofertantes información y compromiso suficientes para asegurar que la estructura de su propuesta es viable.
- La competencia entre concursantes debe ser la que determine el nivel de deuda y de recursos propios que optimiza la oferta.
- En cuanto al plazo de desembolso de dichos recursos propios, no conviene predeterminar un calendario más acelerado del que puedan definir las propias entidades financieras o la marcha de los trabajos. En efecto, al ser el capital el más caro de los recursos financieros a utilizar, adelantar la aportación del mismo no hace sino aumentar el coste medio de capital del proyecto en perjuicio de la optimización del uso de los recursos y, en definitiva, del mínimo coste para los usuarios. Parece más adecuado fijar un compromiso muy firme de aportación de dicho capital, y que sean las propias entidades o mercados financieros los que determinen si éste debe desembolsarse en su totalidad antes de disponer del préstamo o se puede hacer a prorrata, o según otras fórmulas el desembolso del mismo.
- El Pliego debe permitir al concedente asegurarse previamente a la adjudicación de manera razonable de que la estructura financiera propuesta por el ofertante tiene viabilidad. Asimismo el Pliego debe asegurar, con las garantías que se consideren necesarias, que los recursos propios que los ofertantes deberán aportar a la sociedad concesionaria estarán disponibles en su momento, así como fijar

un plazo máximo para que el concesionario obtenga la financiación necesaria. Partiendo de una definición correcta de las anteriores obligaciones, no parece conveniente incluir en los Pliegos otras obligaciones referentes a la estructura financiera, aunque pueden admitirse unos valores mínimos, por otra parte ya fijados en alguna ley sectorial.

g) Plazo de concesión

- Parece preferible elegir como criterio en general un plazo fijo, sea éste determinado por el concedente o definido como variable a concretar por el proponente en la licitación.
- Es antinatural que se rescate la concesión anticipadamente si el desarrollo del servicio tiene éxito, como ocurre en algunos contratos licitados por el método de ligar el plazo a la obtención por el concesionario de un determinado valor neto presente de los ingresos, VAN. El concesionario debe tener la tranquilidad de que no va a ver reducido su periodo concesional si la concesión funciona bien y los ingresos superan las previsiones.
- Debe considerarse especialmente en este caso el efecto en el déficit público de la contabilización de la inversión y la posible consideración contable del contrato como un arrendamiento financiero.
- Sí puede ser conveniente que el Pliego utilice un aumento razonable del plazo, dentro de los límites establecidos por la Ley, como incentivo para el buen funcionamiento de la concesión, otorgando años adicionales de operación como premio con criterios claros para definir dicho premio.
- En el modelo financiero del negocio de concesión debe comprobarse la existencia de lo que los financieros llaman “colas”, años concesionales que superan el periodo de devolución de los créditos, y sirven de margen de seguridad para imprevistos.
- En general, se recomienda contemplar en los Pliegos plazos fijos con “prórrogas premio” por un buen servicio y la posibilidad de recurrir a otras posibles prórrogas como medio para reequilibrar la economía de la concesión si fuera necesario, tal como prevé la Ley.

h) Valoración de ofertas

- Los criterios de valoración de ofertas deben ser coherentes con los aspectos planteados en el Pliego como sustanciales del servicio contemplado.
- La decisión respecto al detalle y desglose de los criterios tendrá consecuencias en la mayor o menor facilidad de valoración de las ofertas.
- Las puntuaciones sobre los distintos parámetros deben ser proporcionales a los distintos valores ofertados, evitando la práctica de definir rangos de 0 a 100 para los valores máximos y mínimos, lo que conduce a deformaciones matemáticas de la comparación.

- Se debe dar suficiente puntuación al concepto de calidad de servicio al usuario, medida por parámetros objetivables en función del mejor servicio en cada tipo de concesión.
- Con el fin de establecer una correcta evaluación de las distintas ofertas, es indispensable hacer previamente una homogeneización de las mismas. Sólo así se podrá otorgar el debido valor a la racionalidad de las hipótesis presentadas.
- En la valoración de la tasa de rentabilidad del capital invertido, en las distintas ofertas, es indispensable hacer previamente una homogeneización de las mismas, utilizando los criterios de ingresos ligados a las estimaciones de la Administración, y no de los ofertantes.
- Alternativamente a la tasa de rentabilidad del capital invertido se puede analizar la tasa de rentabilidad del proyecto, pero en este caso se debe comprobar simultáneamente que las hipótesis de créditos contempladas estén avaladas financieramente.

A continuación se detallan los criterios relativos a los aspectos técnicos y económicos:

En los aspectos técnicos:

- Siempre debe valorarse muy positivamente la calidad del proyecto.
- Sería deseable permitir como máximo una variante técnica suficientemente completa.
- La memoria constructiva tiene en principio menos importancia que la calidad del proyecto.
- Evitar la tendencia a calificar con mayor puntuación los plazos de construcción más cortos ofertados. Un plazo tipo para comparar las distintas ofertas podría ser el plazo medio obtenido considerando las propuestas de los distintos ofertantes o el que se fije.
- Valorar adecuadamente los aspectos ofertados de mantenimiento y servicio durante la concesión y la experiencia sobre los mismos.

En los aspectos económicos:

- Introducir el criterio de presunción de temeridad en aspectos sustanciales de la oferta económica y en particular en los aspectos de:
 - Coste de las obras.
 - Inversión total inicial.
 - Tasa de rentabilidad del capital invertido por los accionistas.
 - Coste anual de servicios.

4. ■ Conceptos analizados

4. Conceptos analizados

4.1. Equilibrio económico-financiero

Introducción

El equilibrio financiero de una concesión se cuantifica mediante un modelo matemático que refleja la previsión de la evolución, a la largo de toda la vida de la concesión, del flujo de caja del negocio. En éste se reflejan la utilización inicial y la devolución posterior de los créditos a utilizar, así como la aportación de capital de los socios del proyecto y la recuperación posterior en forma de dividendos a recibir por los mismos, lo que permite calcular la tasa de rentabilidad esperable para el conjunto de capital utilizado y para los recursos propios de los accionistas del proyecto.

En dicho modelo se debe comprobar cómo los ingresos estimados permitirán que en todo momento el proyecto haga frente con las coberturas pactadas a los costes y devoluciones de dinero previsibles a lo largo del mismo, sin producirse en ningún momento una suspensión de pagos directa, o una suspensión de pagos provocada por el incumplimiento de las condiciones financieras de los prestamistas, que tuviera como consecuencia el que éstos exigieran una aceleración en la devolución de los créditos.

El mantenimiento de este equilibrio es también la referencia a utilizar en el caso de cambios sustanciales exigidos por un mejor servicio, por las nuevas tecnologías, por los cambios sociales y por todos aquellos factores que inevitablemente influyen en una operación que debe durar treinta o más años. La referencia al mismo constituye así la mejor garantía para Administración, concesionarios y financiadores del mantenimiento de la equidad del contrato.

La ruptura o alteración sustancial del equilibrio así representado puede conducir a la incapacidad de continuar prestando el servicio acordado por falta de liquidez de la sociedad y, como consecuencia de lo anterior, repercutir negativamente en la calidad del servicio prestado y finalmente provocar serias consecuencias económicas para los prestamistas y los socios del negocio.

La Ley española atribuye acertadamente a este concepto un valor sustancial, como elemento integrador de los muy diferentes factores que influyen en el complejo contrato concesional, y define una serie de medidas a aplicar en caso de ruptura del equilibrio así definido.

El equilibrio económico de una concesión puede verse alterado por:

- Las causas previstas en el artículo 248 de la Ley.
- Por otras causas no enumeradas por la Ley, pero sí por el Pliego de condiciones de la concesión.
- Por otras circunstancias externas razonablemente previsibles por el concedente y el concesionario.
- Por otras circunstancias externas no razonablemente previsibles por el concedente y el concesionario.

Observaciones

- En los Pliegos analizados se dedica poca atención al desarrollo de este concepto. Algunos Pliegos, especialmente los de fechas posteriores a la entrada en vigor de la Ley de Concesiones, señalan los casos que se consideran como ruptura del equilibrio y las vías para restablecerlo.
- La tendencia observada en los Pliegos analizados es la enumeración de una serie de causas, hechos y circunstancias —unas razonablemente previsibles por el concedente o por el concesionario, y otras más difícilmente contemplables— con el objeto de negar, en caso de ocurrencia de las mismas, el derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, asignando las consecuencias de estos sucesos directamente al concesionario.

Comentarios y recomendaciones

- El restablecimiento del equilibrio financiero es un concepto extremadamente importante que se ha contemplado generalmente con poco nivel de detalle en los Pliegos, aunque en los más recientes se observa un desarrollo más extenso de su regulación. En todo caso, debe considerarse cuidadosamente, pues regula la distribución de riesgos entre concedente y concesionario, lo que afecta la esencia del contrato de concesión. Por ello parece conveniente que los Pliegos complementen las previsiones de la Ley, definiendo con más precisión las causas que pueden justificar la intervención del concedente.
- No debe olvidarse que la esencia del contrato de concesión es la prestación correcta del servicio público definido. Por ello la Ley, al considerar los mecanismos de posible intervención de la Administración en caso de dificultades financieras de un determinado proyecto, distingue con claridad el caso en que el concesionario actúa correctamente de aquel en que las dificultades provienen de una mala actuación de éste.
- En general, cabe recordar aquí cómo en la definición correcta del reparto de riesgos se encuentra la esencia de cómo se contemple posteriormente la contabilización del contrato concesional a efectos de su inclusión en la contabilidad de las Administraciones Públicas. La inclusión en los Pliegos de mecanismos automáticos de ajuste sin discriminación de las causas que los activan puede reducir o eliminar inadvertidamente la transmisión del riesgo.
- Por otra parte, una atribución inmoderada de riesgos al concesionario, en aquellos elementos en que el mismo no puede influir, lleva a un encarecimiento innecesario de las condiciones para los

usuarios probablemente inútil a la larga. Por ello los Pliegos deben considerar este punto con extrema prudencia.

- Como medidas que la propia Ley recoge para el restablecimiento del equilibrio se encuentran la modificación de las tarifas establecidas para la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional y cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. No parece recomendable que el Pliego defina *a priori* cuál de esas medidas se aplicaría en caso de ruptura del equilibrio. Conviene conservar abiertas la mayor cantidad de opciones posibles para un eventual problema futuro.
- En lo referente al sistema de cálculo del restablecimiento del equilibrio, la Ley no lo define y son pocos los Pliegos que lo incorporan. Sería deseable que todos los Pliegos incorporen un mecanismo referido a la tasa de rentabilidad del capital aportado.
- Un mecanismo adecuado puede ser comparar la tasa de rentabilidad del proyecto (inversión frente a ingresos menos gastos) (TIR) prevista en el oferta adjudicada con la TIR calculada, utilizando los datos reales hasta la fecha de cálculo y los datos razonablemente previsibles, valorando a continuación cómo las distintas medidas de posible aplicación permiten restablecer una rentabilidad razonable, y eligiendo las más adecuadas. En principio se deberían incluir entre las causas que justifican un ajuste del equilibrio aquellos hechos imprevisibles que son ajenos al concedente y al concesionario.
- Alternativamente a la tasa de rentabilidad del capital invertido se puede analizar la tasa de rentabilidad del proyecto, pero en este caso se debe comprobar simultáneamente que las hipótesis de créditos contempladas son realistas y posibles.
- Una posible solución para el sistema de cálculo del restablecimiento del equilibrio, en función del origen de las causas, sería definir en origen del contrato los conceptos de tasa de rentabilidad media y mínima del capital aportado. Se atendería posteriormente a la calificación de los hechos ocurridos:
 - Hechos imputables al concedente: éste asumiría la responsabilidad, y a su cargo, procedería al restablecimiento de la rentabilidad media del capital aportado (TIR MD).
 - Hechos imputables al concesionario: éste asumiría la responsabilidad y no tendría derecho a ninguna compensación.
 - Hechos ajenos a ambos: el concedente restablecería, a su cargo, la rentabilidad mínima del capital aportado (TIR Min.) o, alternativamente, tomaría las medidas convenientes para que no se produzca un incumplimiento de las condiciones de servicio de la deuda ni la devolución de los fondos propios con la mínima remuneración a definir.

Rentabilidad media = mínima + spread + riesgo a definir (2%)

Rentabilidad mínima = Euribor a 10 años (prestamo sin spread)

4.2. Régimen económico del contrato: ingresos procedentes de los usuarios

Introducción

Hay que distinguir en los Pliegos el planteamiento de dos tipos de concesiones esencialmente distintas respecto al origen de sus ingresos: aquellas en las que el pago por utilización de la infraestructura proviene sustancialmente de los usuarios (concesiones tipo “autopistas de peaje tradicional”, “aparcamientos”, etc.), de aquellas en que la Administración, directa o indirectamente, asume el papel de pagador fundamental del servicio, sea en función de la demanda o de la disponibilidad. El concepto que aquí analizamos se refiere al primer tipo de concesiones.

La autorización que el concedente otorga al concesionario para poder cobrar una tarifa a los usuarios por la utilización de una obra o servicio público, y la regulación de dichas tarifas, constituyen aspectos esenciales en nuevos contratos de concesión. El cobro a los usuarios constituye la vía principal de recuperación de la inversión y debe posibilitar la obtención de una rentabilidad razonable al concesionario inversor.

En determinadas concesiones en que las tarifas a aplicar se ven limitadas por razones sociales o políticas se desarrollan sistemas mixtos de cobro directo al usuario y cobro de una subvención complementaria de la Administración concedente. Ejemplos representativos de este sistema mixto de tarifas se da en las concesiones de transporte urbano como metros y tranvías.

Observaciones

- Si existe una tarifa a pagar por los usuarios, se suele establecer en los Pliegos una tarifa máxima o una estructura tarifaria, política y socialmente aceptable, en línea con la política de cada Administración. Dichos ingresos por uso de la infraestructura se puede complementar otorgando al concesionario la posibilidad de establecer negocios complementarios.
- En los Pliegos analizados, la limitación que éstos imponen al sistema tarifario implica la atribución del riesgo de demanda de uso de la infraestructura al concesionario.
- La aplicación de estándares mínimos de calidad y seguridad exigidos en los Pliegos suele reflejarse en parámetros distintos al tarifario.
- En algunos Pliegos se establece que la Administración concedente participe, en la forma oportuna, de los resultados económicos conjuntamente con el concesionario en función de un determinado volumen de demanda.

- Se ha observado que en algunas licitaciones el límite de ingresos a partir del cual la Administración participa en un porcentaje de resultados se incluye como variable de referencia a considerar para la adjudicación.

Comentarios y recomendaciones

- Tarifas: se suele considerar una tarifa máxima a cobrar o una estructura con tarifas máximas para facilitar el uso de las infraestructuras por una mayor parte de la población. A menudo, la tarifa máxima o media propuesta por los concursantes constituye un dato sustancial para la adjudicación del contrato. Será la propia competencia y eficiencia de los licitadores la que derive en unas tarifas adecuadas a los intereses de la Administración.
- El concesionario debe tener la posibilidad, dentro del cuadro tarifario fijado en el contrato, de ajustar las tarifas a los distintos periodos (horarios, estaciones, etc.) de manera razonable en función de la demanda.
- En el caso de participación económica del concedente en los resultados, sería aconsejable la posibilidad de invertir este beneficio de forma que repercuta en nuevas mejoras para los usuarios tales como: rebaja de las tarifas, mejora de la calidad y/o seguridad mediante inversiones en la propia infraestructura o zona de influencia, etc.
- El Pliego debe poner las bases para fomentar una política comercial activa por parte de los concesionarios, mediante la utilización de diferentes recursos técnicos e incentivos varios como en el caso de las concesiones de transporte, campañas de fomento de la utilización de tarjetas multiuso, discriminación de tarifas horarias, campañas de fomento del buen uso del servicio, etc. Todo ello puede contribuir a mejorar la rentabilidad de la inversión y redundar en disminución de costes a los ciudadanos.
- Si se considera conveniente incorporar en el Pliego la posibilidad de realizar aportaciones complementarias a los ingresos anteriores llevadas a cabo directamente por el concedente, el valor actual neto máximo de todas las aportaciones a recibir, tal como las soliciten los licitadores, puede ser un criterio sustancial para la adjudicación.
- La posibilidad de generar ingresos por actividades secundarias o complementarias suele ser en la mayoría de los casos poco relevante. La mayoría de las entidades financieras, aunque puedan ser sustanciales los ingresos por actividades comerciales adicionales, no las suele considerar en sus procesos de análisis de viabilidad. Se podría mejorar esta percepción por las entidades financieras si el concedente ampliara, mediante estudios de viabilidad, la información sobre posibles negocios complementarios. En todo caso, sería conveniente que se despejara, previamente al concurso, los posibles problemas jurídicos para la puesta en operación de dichos negocios complementarios de la concesión.

4.3. Riesgo de demanda

Introducción

Tradicionalmente la demanda, o sea el nivel de utilización por el público de la infraestructura, ha sido el principal riesgo del concesionario. Sin embargo, en numerosos casos, especialmente cuando el modelo de concesión se aplica a otro tipo de infraestructuras como edificios administrativos, hospitales, etc., el concesionario tiene poca capacidad para influir sobre la demanda.

Cabe destacar que según la reciente resolución de Eurostat (18/2004), referente a las Asociaciones Público Privadas, debe realizarse una efectiva transferencia de riesgo del concedente al concesionario, con el fin de que no consolide la deuda del proyecto en los presupuestos de la Administración correspondiente. Para ello Eurostat supone que debe asignarse al concesionario, al menos, el riesgo de construcción y uno de los dos riesgos siguientes: de demanda o de disponibilidad, o una combinación adecuada de ambos.

Observaciones

- Hay diversidad de criterios en el tratamiento del riesgo de demanda, pero se observa una tendencia a asignar el riesgo y ventura al concesionario. Mientras que en alguno de los proyectos concesionales de mediados de los años 90 el riesgo de demanda podía compartirse entre concedente y concesionario, por ejemplo con una garantía de ingresos mínimos para el concesionario, o una estructura de bandas en el caso de peajes en sombra. En los Pliegos actuales no se tiende a considerar ninguna garantía de ingresos mínimos, aunque en los últimos concursos de peajes en sombra en España se mantiene la estructura de bandas.
- En un proyecto que incluya ingresos comerciales sustanciales, el concesionario, mediante una adecuada política comercial, puede tener una capacidad de control más amplia sobre la demanda ligada a estos ingresos comerciales.
- En determinados concursos, se ha incluido el estudio de demanda realizado por la Administración como una referencia anexa al Pliego, y en algunos se especifica que este estudio se utilizará como base para homogeneizar las ofertas, aunque se exige que el licitador realice sus propias estimaciones, y éstas servirán como referencia para el reequilibrio.

Comentarios y recomendaciones

- La Administración, en caso de que la demanda sea un elemento esencial de la concesión, deberá siempre realizar un estudio previo y realista que sirva como criterio para la decisión de adjudicación

y que se incluya como información para los licitadores en la documentación del concurso. Dicho estudio deberá servir como base para homogeneizar los planes económico– financieros de los distintos licitantes, y comprobar el realismo de las hipótesis de la oferta ganadora.

- No debe olvidarse que la Ley española es clara respecto a las consecuencias para la Administración del fracaso de los negocios concesionales y, especialmente, de las consecuencias de la suspensión de pagos por parte de una concesionaria. Por ello el administrador responsable debe huir de adjudicaciones basadas en estimaciones de ingresos elevados con hipótesis exageradamente optimistas.
- Como se ha indicado en el segundo párrafo de esta introducción, Eurostat solicita como criterio de adjudicación una transferencia efectiva del riesgo del concedente al concesionario. Estructuras artificiales como las utilizadas en algunos concursos de peaje en sombra de países vecinos, según las cuales el pago del concedente en la práctica resultaba generalmente seguro (ingresos mínimos), han tenido consecuencias desastrosas en la imputación posterior de las inversiones, dado que han sido consideradas como parte de la deuda de las Administraciones Públicas.
- Con referencia a la simetría de las prestaciones entre concedente y concesionario, cabe decir que en los casos en que se considere conveniente limitar el riesgo del concesionario mediante ingresos mínimos garantizados por el concedente, parece recomendable establecer un reparto de ingresos entre concedente y concesionario a partir de determinados límites máximos. A “sensu contrario”, en caso de no existir algún mecanismo de garantía de mínimos, tampoco parecería lógico prever una operativa de reparto de ingresos máximos, ya que equivaldría a asignar al concesionario el riesgo y privarle del posible beneficio adicional.



4.4. Riesgo de disponibilidad

Introducción

Disponibilidad es la exigencia al concesionario de la prestación de un servicio y/o la puesta a disposición de unas infraestructuras en unas condiciones de buen estado y calidad verificables mediante parámetros objetivos.

El riesgo de disponibilidad es aquel que el concesionario asume, especialmente en aquellas infraestructuras en las que el sujeto de pago es la propia Administración. Es el concesionario quien pone a disposición de la Administración concedente una determinada infraestructura con unos niveles de servicio definidos, recibiendo como contrapartida unos ingresos en función de su utilización.

El riesgo de disponibilidad se puede dar de forma combinada con el de demanda, o de forma aislada en aquellas infraestructuras cuya demanda no depende en ningún caso de las acciones del concesionario.

La resolución de Eurostat (18/2004) que hace referencia a la efectiva transferencia del riesgo afecta, asimismo, a este concepto.

Observaciones

- La Administración concedente paga por la disponibilidad de las infraestructuras y/o de los servicios. El contrato de concesión establece un baremo de penalizaciones o bonus. Estas penalizaciones o multas se ligan a no cumplimientos de calidad y capacidad de servicio.
- Paralelamente, se pueden proponer “premios al buen servicio”, como pagos complementarios por buen mantenimiento o mejora de determinados parámetros o incluso prórrogas adicionales en el plazo, dentro de los condicionantes legales.
- Los criterios para multas o premios son, entre otros: utilización óptima de capacidad (en el caso de infraestructuras de transporte), disponibilidad del servicio, índice de peligrosidad, imagen comercial (limpieza, iluminación, señales...), estado de conservación...
- Debe existir garantía de que la imposición de las sanciones o el ajuste por incentivos sean automáticos y de que las mismas tengan un efecto significativo en los ingresos del socio privado. El riesgo de disponibilidad no está suficientemente transmitido al socio privado cuando en el caso que las únicas deducciones previstas por deficiencias en el servicio sean las penalidades por incumplimientos establecidas en el PCAP al amparo de la Ley, dado que en este

caso la imposición de penalidades es potestad del órgano de contratación (automática), y existe el límite máximo de penalidades a aplicar del 20% de los ingresos obtenidos el año anterior.

- No es fácil medir la calidad de una actividad de explotación de infraestructuras dedicadas al servicio público, que puede incluir desde edificios hasta autopistas, y ello exclusivamente bajo criterios de disponibilidad, calidad de servicio, seguridad, etc. Sin embargo, progresivamente se va creando un cuerpo de doctrina, especialmente en el Reino Unido, según el cual la Administración podría determinar unos niveles mínimos a cumplir por el concesionario para diversas variables, fijando paralelamente unas penalizaciones si no se presta el servicio adecuadamente, de forma que la sociedad concesionaria vea sustancialmente afectada su retribución en función de su eficiencia.
- Es deseable que los concedentes dispongan de un estudio lo más amplio posible sobre los distintos índices de calidad que pueden adoptarse en este tipo de contratos, procediendo a su normalización. La recopilación de un cuerpo de doctrina sobre estas experiencias sin duda facilitará la redacción de los sucesivos Pliegos.

Comentarios y recomendaciones

- En contratos de la Administración Central del Estado (contratos de conservación de carreteras), también se vienen controlando los índices de calidad de servicio y su evolución en el tiempo. Conseguir valores deseables de dichos índices, definidos *a priori*, podría ser un sistema para el establecimiento de penalizaciones o premios para el concesionario, en relación con el cumplimiento de los mismos.
- Parece lógico que si los Pliegos imponen determinados niveles de servicio y de disponibilidad, medidos a través de parámetros objetivos, no deben incluir adicionalmente la imposición de plantillas fijas de personal o la definición de medios a aportar. Se debe dejar libertad al concesionario para dimensionar o proveer como estime oportuno el conjunto de medios idóneos para conseguir los niveles de calidad exigidos por el concedente.
- Naturalmente, un tipo de contrato como el señalado exige un elevado nivel técnico y de supervisión por parte del propio concedente durante toda la vida de la concesión, dada la permanente comprobación de nivel de servicio a que obliga. Debe fijarse la actuación de la empresa auditora y prever su coste en los modelos.
- En este tipo de concesiones con asignación del riesgo de disponibilidad al concesionario, debe realizarse un importante esfuerzo en la formulación del mecanismo de pagos, pues éste no sería función exclusiva de la demanda y de las tarifas, sino que se vería afectado por la serie de parámetros

de nivel de servicio mencionados. Así, habría que preparar una fórmula de cálculo que considerara cada uno de los conceptos de penalización y calidad, su cuantificación y el valor de la penalización y premios, respectivamente, así como sus correspondientes límites. Es decir, automatizar y simplificar los mecanismos de obtención de parámetros, así como los sistemas de pago y penalizaciones.

- Los sistemas de penalizaciones deben ser tal que realmente puedan afectar al equilibrio económico-financiero de la concesión, de acuerdo con las exigencias de Eurostat.
- Cabe considerar, como solución adecuada en muchos casos, la combinación de un pago ligado a calidad con otro ligado a utilización, especialmente en concesiones en las que el operador cobra directamente de la Administración y no de los usuarios.



4.5. Inversiones a realizar por la sociedad concesionaria

Introducción

La definición de las inversiones directas a realizar por el concesionario, tanto inicialmente como durante la vida de la concesión, debe estar dirigida a alcanzar el objetivo esencial del contrato, es decir, dotar a los usuarios de un servicio público en condiciones económicamente eficientes y óptimas en cuanto a su calidad y seguridad.

La Administración responsable de dotar de un servicio público concreto debe desarrollar, con el mayor detalle posible, las necesidades mínimas (técnicas y económicas) que caracterizarán el proyecto y posteriormente su explotación. La mejora de la calidad y seguridad del servicio durante la vida de la concesión se contempla en la Ley de Concesiones en la “Cláusula de Progreso”, que obliga al concesionario a aplicar a lo largo de la vida del contrato las mejoras técnicas disponibles en beneficio de los usuarios. En origen, es conveniente que éstas estén debidamente definidas y evaluadas, evitando el recurso del “ius variandi” que conlleva distorsiones del contrato inicial.

Inversiones indirectas son aquellas destinadas a dotar de servicios adicionales a los usuarios y susceptibles de explotación económica por el concesionario como un complemento al servicio esencial del contrato.

Durante la vida de la concesión cabe la posibilidad de que las necesidades de servicio a los usuarios se modifiquen. La Administración concedente tiene la potestad, bajo la premisa del mantenimiento del equilibrio económico-financiero, de redefinir las obligaciones del concesionario y proceder a coordinar las necesidades de los usuarios con las obligaciones impuestas a aquel.

En la Ley de Concesiones se recoge la “Cláusula de la Iniciativa Privada”. Con esta cláusula se abre la posibilidad para que el propio concesionario, basado en las necesidades observadas y con la experiencia en la gestión del servicio, pueda proponer a la Administración (para su análisis y, en su caso, para su licitación pública) nuevos proyectos que complementen y mejoren la esencia del original.

Observaciones

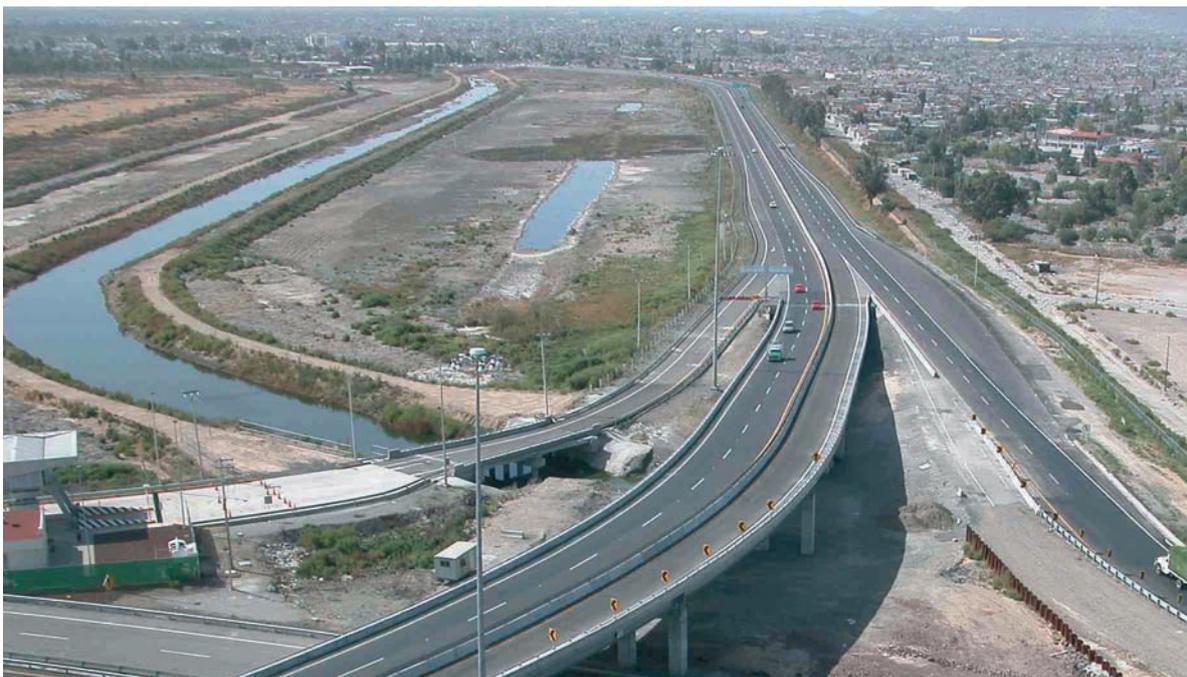
- La decisión sobre las inversiones a realizar con el fin de dotar a los usuarios de servicio óptimo corresponde siempre al concedente, quien en cualquier caso debe autorizarla finalmente, ya que la inversión se realiza, en principio, en el dominio público y generalmente es dominio público.

- La obligación de realizar inversiones no definidas durante la vida de la concesión atendiendo a la "Cláusula de Progreso" impuesta en la Ley crea una incertidumbre que debe despejarse en las redacciones de los Pliegos.
- No tiene sentido asignar al concesionario la ejecución de tareas, gestiones o incluso inversiones que, por sus características, pueden ser realizadas por el concedente con mayor eficacia. La inversión correspondiente a la expropiación de terrenos debe ser definida por la Administración. El concesionario puede actuar, si así se le solicita, como gestor, pero no debe responsabilizarse del riesgo del coste de las expropiaciones a realizar, que debe estar definido con criterios legales objetivos. El mismo tratamiento se podría dar al pago inicial de determinados impuestos. En su caso los excesos serán objeto de pago directo por la Administración o reequilibrio económico-financiero automático.

Comentarios y recomendaciones

- La aplicación de la "Cláusula de Progreso" debe reconducirse centrándose en determinados ámbitos del servicio. En caso de inversiones futuras no definidas o definibles debe llevar a ajustes para mantener el equilibrio económico-financiero.
- La Administración está en principio mejor dotada para valorar y llevar a cabo las expropiaciones. De hecho, en una planificación a largo plazo y usando la Ley de Suelo la Administración podría y debería reservar suelo anticipadamente para determinadas infraestructuras, teniendo resuelta la disponibilidad del mismo previamente a la contratación. En el proceso concesional es esencial que cada parte soporte el riesgo que mejor puede gestionar, y la Administración es quien goza de la capacidad legislativa para expropiar y ocupar los terrenos.
- Si se responsabiliza al concesionario del proceso de expropiación, el concedente debe reconocer y asumir como propios los costes adicionales derivados de los procesos judiciales y los retrasos ocasionados por los mismos.
- En los Pliegos se observa en muchos casos una falta de coherencia entre la inversión a realizar y el objetivo de dotar un servicio óptimo. Se debe especificar con toda claridad la relación de las inversiones a realizar por la sociedad concesionaria que tengan como finalidad alcanzar unos estándares técnicos y económicos de servicio óptimo al usuario.
- Deben definirse y cuantificarse claramente las inversiones a realizar y cuya valoración no dependa de la capacidad de gestión del concesionario, de tal forma que la inversión no se convierta en variable de licitación y desvirtúe una valoración objetiva de la propuesta. En particular, el proyecto debe de haber sido evaluado públicamente e informado a las AAPP involucradas.
- El estudio de la Administración, previo al concurso, debe incluir una estimación razonable del coste asociado al desarrollo del servicio (obras o instalaciones y su mantenimiento) en las mejores condiciones.

- Las inversiones de negocios complementarios a la concesión principal, como áreas de servicio, etc., pueden llevarse a cabo por dos vías: (I) Que el negocio de dicha área de servicio lo desarrolle el concesionario, realizando las inversiones adicionales pertinentes o (II) Que el negocio lo desarrolle otro empresario especializado a cambio del pago de un canon al concesionario.
- Las inversiones indirectas, generalmente, no se plantean como una obligación del concesionario. No obstante, de acuerdo con la Ley de Concesiones, éste puede proponer la incorporación de áreas complementarias susceptibles de generar ingresos adicionales. Fórmulas de este tipo pueden ayudar o mejorar los resultados económicos ligados al objeto principal del contrato. Dados los reducidos plazos de preparación de las ofertas, que no permiten el estudio preciso de estas posibles inversiones complementarias, se debería contemplar en los Pliegos la posibilidad de ampliar los plazos para hacer propuestas y su análisis, al periodo de operación, mejora que redundaría sin duda en beneficio del concedente, y que habría que evaluar en su momento con sus consecuencias contractuales. Es conveniente que el concedente ponga a disposición de los concursantes la mejor información de que disponga sobre proyectos constructivos, estudios de demanda, construcción de accesos, etc., de forma que se resten incertidumbres y costes adicionales a los licitadores. El proceso de licitación y el cálculo de la inversión se optimizan con una adecuada definición y desarrollo de las necesidades previsibles.
- La aplicación de la “Cláusula de la Iniciativa Privada” puede ayudar a mejorar la calidad del servicio mediante inversiones durante la vida de la concesión, aprovechando la experiencia del sector privado y la adaptación de las infraestructuras a las nuevas condiciones técnicas y de utilización que vayan apareciendo durante la vida del contrato.



4.6. Estructura financiera de la sociedad concesionaria

Introducción

Se entiende por estructura financiera de la sociedad concesionaria la proporción entre los distintos recursos financieros necesarios para llevar a cabo el proyecto. Los recursos considerados son esencialmente el capital u otros recursos aportados por los socios y la deuda a obtener de los mercados financieros. La proporción de dichos recursos varía naturalmente a lo largo del tiempo, pero se suele considerar como referencia el momento en que la deuda requerida alcanza su punto máximo, momento que suele producirse en los primeros años del proyecto.

Los recursos propios pueden incluir exclusivamente capital o una combinación de capital con deuda subordinada (aceptando, por tanto, considerar a estos efectos esta clase de deuda como recursos propios). En este caso, se suele establecer un porcentaje mínimo de capital social en el total de recursos propios aportados.

Es habitual en numerosos Pliegos que el concedente determine en las condiciones de concurso unos mínimos de capital a aportar por los socios participantes en el negocio, definiendo esos mínimos como valor absoluto o como porcentaje sobre los recursos totales necesarios, lo que es más habitual. A menudo, se determina también en los Pliegos un calendario para dichas aportaciones.

Se puede atribuir dichos requerimientos al deseo del concedente de asegurar una solvencia suficiente a la sociedad que debe desarrollar el proyecto, para evitar dificultades en la obtención de la deuda necesaria para completar el capital aportado y hacer frente a las inversiones previstas.

Observaciones

- **Proyectos analizados:** en la mayoría de los proyectos analizados, se establece un porcentaje mínimo de recursos propios entre el 10% y el 20%.
- **Plazo de desembolso de los recursos propios:** aparte del mínimo legal de desembolso del 25% del capital social definido en el momento de la constitución de la sociedad, es habitual en los Pliegos exigir el desembolso de un 50% adicional en un plazo máximo de 1 año, y el 25% restante en un plazo total de 2 años desde la firma del contrato de concesión.
- **El porcentaje mínimo de recursos propios** se determina con el fin de dar una cierta solvencia al concesionario y de exigir un mayor o menor compromiso al mismo.

La determinación de un **plazo máximo de desembolso** suele implicar un deseo de definición de compromiso y esfuerzo a realizar por el promotor, obligándole a disponer de sus fondos antes que de los recursos ajenos.

Comentarios y recomendaciones

- No parece lógico que el concedente condicione anticipadamente la estructura de capital del proyecto definiendo un límite mínimo para el mismo, sea en comparación con la deuda o como valor absoluto. Los licitantes en sus ofertas deben intentar definir la estructura financiera de mínimo coste compatible con la obtención de los recursos necesarios. Las prescripciones del Pliego al respecto no tiene por qué corresponderse con dicho planteamiento óptimo. Más bien parece que el Pliego debe exigir a los ofertantes información y compromiso suficientes para asegurar que la estructura de su propuesta es viable.
- En estos proyectos, el porcentaje de recursos propios finalmente necesario estará en gran medida determinado por los requisitos impuestos por las entidades financieras; éstas serán las que, en función de la capacidad de generación de recursos del proyecto y de la fiabilidad de las estimaciones de demanda, establecerán el importe máximo de financiación a aportar a la sociedad concesionaria. Por tanto, el importe restante tendrá que ser aportado por los promotores. Puesto que el coste de la deuda es habitualmente inferior al coste de capital y, adicionalmente, los intereses de la financiación son deducibles a efecto de impuestos, es normal que sean los propios licitantes los que, en el marco de las exigencias de los financiadores, intenten determinar un importe mínimo de capital que permita llevar a cabo el proyecto. Por tanto, será la competencia entre concursantes la que determine el nivel de deuda y recursos propios que optimiza la oferta.
- Utilizar la mayor o menor aportación de recursos propios como variable de licitación ha llevado en algunos casos a concursar mediante estructuras financieras superpuestas, como la utilización de sociedades interpuestas receptoras de la deuda de manera que, aparentemente, la sociedad inversora en el proyecto aporte un mayor volumen de recursos propios.
- En cuanto al plazo de desembolso de dichos recursos propios, no conviene predeterminar un calendario más acelerado del que puedan definir las propias entidades financieras. En efecto, al ser el capital el más caro de los recursos financieros a utilizar, adelantar la aportación del mismo no hace sino aumentar el coste medio de capital del proyecto en perjuicio de la optimización del uso de los recursos y, en definitiva, del mínimo coste para los usuarios. Parece más adecuado fijar un compromiso muy firme de aportación de dicho capital, y que sean las propias entidades o mercados financieros los que determinen si éste debe desembolsarse en su totalidad antes de disponer del préstamo, o se puede hacer a prorrata.

- En resumen, el Pliego debe permitir al concedente asegurarse previamente a la adjudicación de manera razonable que la estructura financiera propuesta por el ofertante tiene viabilidad.
- Asimismo, el Pliego debe asegurar, con las garantías que se consideren necesarias, que los recursos propios que los ofertantes deberán aportar a la sociedad concesionaria estarán disponibles en su momento, así como fijar un plazo máximo para que el concesionario obtenga la financiación necesaria.
- Partiendo de una definición correcta de las anteriores obligaciones no parece conveniente incluir en los Pliegos otras obligaciones referentes a la estructura financiera, salvo unos mínimos. La composición y calendario de aportación de los recursos propios requiere una cierta flexibilidad, ya que la deuda subordinada tiene ciertas ventajas financieras y fiscales: menor coste que los recursos propios, intereses fiscalmente deducibles para la sociedad concesionaria, pero es interesante que al menos un porcentaje representativo sea de capital. En este sentido, podría ser adecuado que los Pliegos requieran un porcentaje de capital social como mínimo y aportaciones adicionales puedan hacerse como capital, como deuda subordinada o como prima de emisión, manteniendo siempre un ratio máximo definido de deuda subordinada sobre el total de recursos propios.



4.7. Plazo de concesión

Introducción

La duración del contrato concesional es uno de los aspectos más relevantes a decidir a la hora de licitar una concesión. Asimismo, habrá que decidir si el plazo lo fija la Administración *a priori* en los Pliegos o lo oferta el licitador, o incluso si dicho plazo permanece fijo o puede ser variable en función de los resultados económicos de la concesión. En cualquier caso, la Ley 13/2003 en el Artículo 263 define los plazos máximos y sus posibles prórrogas:

1. Las **concesiones de construcción y explotación** de obras públicas se otorgarán por el plazo que se acuerde en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que no podrá exceder de **40 años**.
2. Las **concesiones de explotación** de obras públicas se otorgarán por el plazo que se acuerde en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra y la inversión a realizar, debiéndose justificar expresamente el establecimiento de un plazo superior a 15 años, sin que pueda exceder, en cualquier caso, de **20 años**.
3. Los plazos fijados en los Pliegos de condiciones podrán ser prorrogados de forma expresa hasta el límite establecido respectivamente en los apartados anteriores y reducidos de acuerdo con lo previsto en esta ley.
4. Los plazos fijados en los Pliegos de condiciones podrán ser prorrogados potestativamente, más allá de los límites establecidos, hasta **60 y 25 años**, respectivamente, para restablecer el equilibrio económico del contrato o, excepcionalmente, para satisfacer los derechos de los acreedores en el caso en que los derechos de crédito del concesionario hayan sido objeto de titulación.

Observaciones

- El plazo variable no suele ser bien aceptado por promotores y entidades financieras en España, donde ha sido poco utilizado. En los países en que se utiliza como una posibilidad alternativa, en general, se respetan criterios de plazo mínimo. Se corre, con los criterios de Eurostat, el riesgo de ser considerado como un arrendamiento financiero lo que se intenta estructurar como contrato de concesión con riesgo del concesionario.
- Parece preferible elegir como criterio en general un plazo fijo, mínimo o único, sea éste determinado por la Administración o definido como variable a concretar por el proponente en la licitación.

- En algunos Pliegos, se propone un plazo determinado de concesión (para homogeneizar ofertas) y se admiten plazos diferentes como variante, valorando positivamente un acortamiento del plazo propuesto por la Administración. Sin embargo, tal como se explica más adelante, el plazo concesional nunca debe reducirse de forma exagerada. Hay otros criterios más adecuados para decidir la oferta más conveniente.
- Se conocen importantes fracasos en la corta historia de las concesiones de infraestructura al elegir el plazo mínimo como criterio de adjudicación. En caso de utilizarse dicho plazo como criterio, debe fijarse un mínimo absoluto razonable en el Pliego de condiciones del concurso.
- Es importante recordar a este respecto que el objetivo de una concesión es conseguir permanentemente un buen servicio en la operación y utilización de la infraestructura, así como en su mantenimiento, y todo ello lo asegura la estabilidad y permanencia en el tiempo del concesionario.

Comentarios y recomendaciones

- Es contraproducente que se pueda rescatar la concesión anticipadamente si el desarrollo del servicio tiene éxito, como ocurre en algunos contratos licitados por el método de ligar el plazo a la obtención por el concesionario de un determinado valor neto presente de los ingresos, VAN.
- El concesionario, y los financieros cuyos intereses están representados en la gestión, deben tener la tranquilidad de que no van a ver reducido sustancialmente su periodo concesional.
- La financiación óptima no se obtendrá nunca en una concesión de plazo variable sin limitación. El mercado financiero considera el plazo como un dato sustancial. Un plazo variable de concesión hará extremadamente difíciles el recurso a los mercados financieros en condiciones óptimas y especialmente dificultará las emisiones de bonos.
- En este caso deben de tenerse en cuenta los criterios de contabilización a efectos del endeudamiento público.
- Sí puede ser conveniente que el Pliego utilice un aumento razonable del plazo como premio, garantía o compensación, en su caso, para el buen funcionamiento de la concesión, otorgando años adicionales de operación como premio o compensación con criterios claros para definir estos incentivos.
- En el modelo financiero del negocio de concesión debe comprobarse la existencia de lo que los financieros llaman "colas", años concesionales que superan el periodo de devolución de los créditos, y sirven de coeficiente de seguridad para imprevistos.
- Se recomienda en general, por tanto, contemplar en los Pliegos plazos con "prórrogas premio" por un buen servicio y la posibilidad de recurrir a otras posibles prórrogas como medio para reequilibrar la economía de la concesión si fuera necesario, tal como prevé la Ley y limitar las posibles reducciones de plazo por restablecimiento del equilibrio económico-financiero.

4.8. Valoración de ofertas

Introducción

Los comentarios que siguen se refieren a los principales criterios a tener en cuenta en la valoración de las ofertas de concesiones. Este tipo de ofertas se suele caracterizar por su complejidad, al incluir en las mismas tanto una valoración de las inversiones a realizar en origen y a lo largo de la concesión, una estimación de los ingresos a generar por la misma a muy largo plazo y una valoración también a largo plazo de los costes de explotación y financieros. Adicionalmente, es preciso incorporar las hipótesis referentes a la estructura financiera, los costes de los créditos utilizados y las condiciones de su devolución.

El espíritu que inspira estos comentarios supone que la Administración concedente, al elegir la mejor oferta, está de hecho asegurándose una asociación a muy largo plazo con una entidad determinada para llevar a cabo con su colaboración un determinado servicio público. La Administración debe por ello asegurarse que la oferta recibida es técnica y financieramente viable a corto y largo plazo. Si bien la propia Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas en su preámbulo indica que: **“reviste importancia capital, para que la concesión de la obra pública conserve sus señas de identidad y pueda ser reconocida como tal, que el concesionario asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación”**, también añade que: **“evidentemente, en un contrato de larga duración por su naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen de error razonable el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio, por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privada en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado”**.

Por ello el análisis de las ofertas debe asegurar que el riesgo real que las mismas asumen es valorado con criterios uniformes por la Administración concedente, eliminando aquellas proposiciones aparentemente atractivas pero que por el voluntarismo de las hipótesis consideradas pueden poner en peligro la continuidad de la operación. Esto es tanto más importante cuanto la propia ley prevé durante la vida del contrato una importante responsabilidad patrimonial de la Administración Pública hacia financiadores y concesionario, en caso de no viabilidad del negocio concesional, por lo que el administrador prudente debe considerar con extremo cuidado las ofertas excesivamente optimistas que pueden en el futuro poner en riesgo la viabilidad del servicio público e incluso crear obligaciones onerosas para la propia Administración en el futuro.

Observaciones

- Se han analizado Pliegos españoles recientes referentes a concesiones ferroviarias, hospitalarias y de autopistas y, en este último apartado, Pliegos referentes a autopistas de peaje directo o de peaje en sombra.
- Los criterios de adjudicación suelen agruparse en dos apartados principales: aspectos técnicos y aspectos económicos.
- Entre los aspectos técnicos se valoran separadamente los referentes a proyecto, construcción, mantenimiento, conservación, explotación y prestación del servicio y, en particular, se mencionan específicamente en distintos Pliegos la calidad del proyecto, memoria constructiva, equipos humanos y materiales, así como plazo de ejecución de las obras.
- En el peso relativo de los aspectos técnicos, no hay homogeneidad en los proyectos analizados: unos dan más importancia a los aspectos constructivos y en particular al proyecto y plazo, y otros a las características de la explotación.
- Entre los aspectos económicos se valoran la tarifa requerida, o la aportación de fondos públicos solicitados, la solvencia de la propuesta, el grado de compromiso sobre la aportación de fondos, la estructura financiera y los valores de rescate en distintas fechas.
- Entre estos aspectos económicos suelen primar tres criterios: las tarifas por usuario, el menor importe de las aportaciones a realizar por la Administración, la solvencia de la propuesta y el grado de compromiso en la aportación de los fondos (propios y ajenos) en la sociedad concesionaria.
- Si bien en teoría el criterio de adjudicación suele tener en cuenta con un peso relativo similar aspectos técnicos de la oferta y aspectos económicos de la misma, en la práctica se advierte una tendencia a otorgar un peso creciente y cada vez mayor a los aspectos económicos y, dentro de ellos, a la menor tarifa a abonar sea directamente por el usuario o los menores pagos que se contemplan para la Administración, sean éstos en forma de tarifa, complemento de tarifa u otras subvenciones a la construcción o explotación.
- En cualquier caso, la preparación y evaluación de ofertas de concesiones es un proceso muy costoso, por lo que las AAPP deben invertir recursos suficientes para elaborar la documentación jurídica, técnica y económico-financiera de los concursos, así como arbitrar los mecanismos necesarios de licitación.

Comentarios y recomendaciones

- Los criterios de valoración son muy heterogéneos en los diferentes Pliegos y en las distintas Administraciones. Los diversos tipos de Pliegos analizados no ponderan adecuadamente los aspectos más importantes de cada específico negocio concesional. (Por ejemplo, en un proyecto hospitalario la calidad de servicio debe ser un criterio principal de adjudicación y la valoración de ofertas para

adjudicación debe tener en cuenta con suficiente peso el principio anterior.) Dicho de otra manera, los criterios de valoración de ofertas deben ser coherentes con los aspectos planteados en el Pliego como sustanciales del servicio contemplado.

- Se debe tener especial cuidado en que los criterios que se están valorando hayan sido tratados en el Pliego, evitando lo que en algún Pliego existente se ha planteado: definir unos criterios de valoración con un peso determinado, pero de aspectos que en el Pliego no se habían considerado, por lo que el licitante carece de información sobre cómo afrontar dichos criterios.
- Ha habido Pliegos con criterios muy cerrados y tasados, con un detallado desglose de los criterios y con una puntuación muy clara de cada uno, y otros Pliegos con criterios muy abiertos y con menor desglose. La decisión respecto a este aspecto tendrá consecuencias en la mayor o menor facilidad de valoración de las ofertas: en el primer caso, puede exigir más trabajo de análisis de cada uno de los criterios, pero la puntuación puede ser más automática; el segundo caso sería el inverso.
- Analizamos a continuación separadamente los aspectos de valoración técnicos y económicos.

En los aspectos técnicos:

- Siempre debe valorarse muy positivamente la calidad del proyecto y la calidad del proceso constructivo propuesto.
- Sería deseable permitir como máximo una variante técnica suficientemente completa, en la que el ofertante pudiera introducir las mejoras que estime necesarias o interesantes.
- La memoria constructiva tiene en principio menos importancia que la calidad del proyecto al que se compromete el ofertante.
- Evitar la tendencia a calificar con mayor puntuación los plazos de construcción más cortos ofertados, lo que puede llevar a primar ofertas poco realistas. Un plazo tipo para comparar las distintas ofertas podría ser el plazo medio obtenido, considerando las propuestas de los distintos ofertantes o uno fijado.
- Evitar la tentación en que caen algunos Pliegos al definir plazos máximos de construcción poco ajustados a la realidad.
- Valorar adecuadamente los aspectos ofertados de mantenimiento y servicio durante la concesión y la experiencia sobre los mismos.

En los aspectos económicos:

- Introducir el criterio de presunción de temeridad en aspectos sustanciales de la oferta económica y en particular en los aspectos de:

- Coste de las obras.
 - Inversión total inicial.
 - Tasa de rentabilidad del capital invertido por los accionistas.
 - Coste anual de servicios, en el caso de concesiones en que impera la importancia económica del servicio sobre la inversión, como el caso de los hospitales.
- Explicación: en las ofertas públicas de construcción se ha consolidado a través de muchos años de experiencia la necesidad de huir de aquellas ofertas, aparentemente más baratas pero en la práctica alejadas de la realidad. Esto se ha conseguido introduciendo un criterio de presunción de temeridad en la valoración. Para ello se analiza la desviación entre el precio total de cada ofertante y la media de los precios ofertados, y se considera como presunción de temeridad una desviación superior a un determinado porcentaje definido previamente. La identificación de una oferta como de posible temeridad no implica su eliminación automática, sino la obligación de que, previamente a una posible adjudicación, el ofertante aclare satisfactoriamente los motivos que justifican su oferta en límites que se pueden juzgar como no realistas.
 - Adjudicar el concurso a ofertas con supuestos de inversión alejados de la realidad, por alto o por bajo, pone en discusión la viabilidad del negocio a largo plazo. Si el precio de construcción no es realista y se precisan más recursos financieros durante la construcción, la obtención de los mismos puede retrasar o incluso paralizar el proyecto. En este caso las garantías “back to back” de precio y plazo otorgadas por los constructores al concesionario deberían comprobarse por Administración. A la inversa, si se adjudica una obra exageradamente cara, comparada con el resto de las ofertas, cabe dudar de la recuperación de la inversión a lo largo de la vida de la concesión. Por ello la Administración y sus asesores deben tener criterio claro sobre los órdenes de magnitud de la inversión referida.

Lo anterior debe aplicarse con la debida prudencia para aprovechar en beneficio de los usuarios todas las ideas positivas que sobre diseño, construcción y explotación puedan aportar los concesionarios. En este sentido la evaluación de ofertas debe ser detallada y minuciosa.

En el caso de las concesiones, conviene extender la práctica de análisis de la presunción de temeridad no sólo al valor inicial de obra e inversión, sino a otro parámetro que defina el grado de riesgo asumido en las hipótesis a largo plazo sobre el desarrollo económico de la actividad concesional, ya que hipótesis de ingresos o costes excesivamente optimistas pueden conducir a situaciones de ruptura del equilibrio del negocio, con graves consecuencias para el servicio público y para la propia Administración. Parece que el parámetro que mejor resume el conjunto de la actividad económica ofertada

es la tasa de rentabilidad a la que razonablemente aspiran los ofertantes, basando el análisis de dicha tasa no en sus propias previsiones de ingresos, sino en aquellas que la Administración considere razonables, ya que en ningún caso debe abdicar la Administración de su responsabilidad y buen criterio al valorar un negocio de cuyo buen fin ella es, según la Ley, finalmente responsable. Otro tanto cabe decir de los costes anuales del servicio ofertado en aquellas concesiones en que éstos son relevantes.

Por ello, en la valoración de la tasa de rentabilidad del proyecto o del capital invertido, en las distintas ofertas, es indispensable hacer previamente una homogeneización de las mismas utilizando los criterios de ingresos ligados a las estimaciones de la Administración, y no de los ofertantes. Sólo así se podrá otorgar el debido peso a la razonabilidad de las hipótesis utilizadas.

- Conjuntamente con la tasa de rentabilidad del capital se puede analizar la tasa de rentabilidad del proyecto, pero en este caso se debe comprobar simultáneamente que las hipótesis de créditos contempladas estén avaladas financieramente.
- Otras observaciones adicionales sobre la valoración de ofertas:
 - Las puntuaciones sobre los distintos parámetros deben ser proporcionales a los distintos valores ofertados, evitando la práctica de definir rangos de 0 a 100 para los valores máximos y mínimos, lo que conduce a deformaciones matemáticas de la comparación.
 - Se debe dar suficiente puntuación al concepto de calidad de servicio al usuario, medida por parámetros objetivos en función del mejor servicio en cada tipo de concesión.

Títulos publicados de esta colección:

- Recomendaciones Referentes a los Pliegos del Régimen de Concesión de Obra Pública (diciembre 2006)
- Tarificación de Infraestructuras de Transporte en la UE: Adecuación del Sistema Español y su Aplicación en la Red Viaria (diciembre 2006)

