

CONSULTA 1/2019.

INFORME DE LA I.G.A.C.

Se resuelve consulta planteada por la Subdirectora de Gestión Económica e Infraestructuras del Servicio Cántabro de Salud sobre el criterio aplicable en relación a la interpretación de la cláusula 9 del documento descriptivo final del diálogo competitivo del contrato de colaboración público-privado (CPP) para la realización de una actuación global e integrada en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla en relación a los “*ingresos procedentes de terceros*”

Se ha recibido en esta Intervención General CONSULTA 1/2019 PLANTEADA POR LA SUBDIRECTORA DE GESTIÓN ECONÓMICA E INFRAESTRUCTURAS DEL SERVICIO CÁNTABRO DE SALUD SOBRE EL CRITERIO APLICABLE EN RELACIÓN A LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA 9 DEL DOCUMENTO DESCRIPTIVO FINAL DEL DIÁLOGO COMPETITIVO DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADO (CPP) PARA LA REALIZACIÓN DE UNA ACTUACIÓN GLOBAL E INTEGRADA EN EL HOSPITAL UNIVERSITARIO MARQUÉS DE VALDECILLA EN RELACIÓN A LOS “*INGRESOS PROCEDENTES DE TERCEROS*”

Por parte de esta Intervención General se ponen de manifiesto las siguientes:

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- En el escrito de consulta, registrado de entrada en la Intervención General el 21 de diciembre de 2018, se pone manifiesto lo siguiente:

“[...] Con fecha 14 de enero de 2014, el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla (HUMV) formalizó un contrato de colaboración pública privada (CPP) para la realización de una actuación global e integrada en dicho Hospital.

Dentro del objeto del contrato definido en la cláusula 1 del documento descriptivo final del diálogo competitivo (DDF) se incluye la ejecución de la obra de acuerdo con el plan funcional del HUMV y otros servicios asociados a la misma, la dotación y equipamiento inicial, la prestación de servicios no clínicos y la explotación de las zonas comerciales. Dichas explotaciones son: el bar-cafetería de Valdecilla Sur, las máquinas de vending, el aparcamiento de Valdecilla Sur y la explotación de servicios multimedia.

*Las condiciones económicas del contrato vienen establecidas en la cláusula 9 del DDF. En el apartado tercero de esta cláusula se define que “el contratista tendrá derecho a percibir **ingresos procedentes de terceros**, distintos de la Administración, como consecuencia de la explotación*

comercial en las instalaciones del HUMV,..".

Posteriormente, en el apartado sexto de esa misma cláusula, en relación al beneficio del contratista, se especifica que "en relación a los ingresos anuales procedentes de terceros, **cuando se recauden por encima de los previstos en la oferta, el exceso de recaudación será repartido al 50% entre el contratista y la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.**

Dentro de la oferta económica presentada por el contratista se incluyen dos elementos. Por un lado, la oferta económica a percibir por la prestación de los servicios al hospital; por otro, la "estimación de ingresos procedentes de terceros".

La Gerencia del hospital ha aplicado este límite al beneficio del contratista durante el año 2016, interpretando que los ingresos procedentes de terceros se corresponden con los ingresos procedentes del público en general al utilizar cualquiera de las instalaciones sujetas a explotación comercial incluidas en el CPP.

No obstante, una vez revisado el resumen del plan económico financiero presentado por el adjudicatario, se nos plantea la duda de que el concepto de "tercero" pueda corresponderse con los terceros con los que el adjudicatario del CPP ha subcontratado la explotación de esas zonas comerciales. Es decir, que los ingresos a los que haya que aplicar ese límite, antes de repartir la recaudación, sean los percibidos por el adjudicatario por parte de sus subcontratistas, y no los que perciben sus subcontratistas por parte del público en general. Esta última interpretación se apoya en los siguientes datos:

- En el resumen del plan económico financiero aparece una tabla denominada "margen de operación de las explotaciones comerciales" cuyos datos coinciden con los datos que muestra su oferta económica en el apartado denominado ""Estimación de ingresos procedentes de terceros".
- En los documentos contractuales se utilizan los términos "ingresos" y "márgenes de operaciones o beneficio".
- En la cláusula 16, referida a la documentación a presentar por los licitadores se incluye la oferta económica, que "deberá ser coherente con los datos incluidos en el Plan Económico Financiero (PEF) y con el resto de la documentación presentada". Además, obliga a los licitadores a presentar un PEF, cuyo resumen debe ajustarse al modelo previsto en los pliegos, y que, en caso de discrepancia, entre los datos presentados en el resumen y los datos presentados en la restante documentación, prevalecerán siempre los datos del resumen del PEF.

La Subdirección General de Control Financiero, perteneciente a la Intervención General del

Gobierno de Cantabria, por mandato del Consejo de Gobierno, inició los trabajos de control del contrato de colaboración público privada el pasado 16 de noviembre de 2018 incluyendo en el alcance de ese trabajo:

El análisis del PEF y su materialidad.

Comprobación de las condiciones económicas ofertadas, en especial la limitación del beneficio anual.

Conforme 132 de nuestra Ley 10/2006, de 24 de octubre, de Finanzas, la Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, órgano supremo fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del sector público, ejerce el control interno de la gestión económica y financiera del sector público autonómico tiene por objeto la verificación de la actividad económico-financiera del sector público autonómico.

Uno de los objetivos que persigue este control es evaluar que la actividad y los procedimientos se realizan de acuerdo con los principios de buena gestión financiera, así como verificar el cumplimiento de la normativa que resulte de aplicación a la gestión objeto de control, tal y como establece el artículo 134 de la LF.

Desde la Subdirección de Gestión Económica e Infraestructuras del Servicio Cántabro de Salud, y ante la necesidad de repartir los ingresos procedentes de terceros de los ejercicios 2017 (ya finalizado) y 2018 (próximo a su finalización), se quiere plantear la siguiente consulta a la IGAC, para conocer el criterio a aplicar en el ámbito de la ejecución de las condiciones económicas que rigen el CPP:

Interpretación del concepto de tercero (subcontratista o público en general) a la hora de limitar el beneficio de las explotaciones comerciales previstas en la cláusula 9.6 del DDF del CPP, en relación el PEF presentado por el adjudicatario del contrato”.

SEGUNDO.- Una vez planteada la consulta en estos términos, debe ponerse de manifiesto lo siguiente:

En principio, y dada la amplitud con que, a la vista de la consulta, está redactada la cláusula 9.3 del Documento descriptivo final (en adelante DDF) en el que se indica que *"el contratista tendrá derecho a percibir **ingresos procedentes de terceros**, distintos de la Administración, como consecuencia de la explotación comercial en las instalaciones del HUMV."*, y de acuerdo con una interpretación literal, cualquiera podría encuadrar en el concepto de tercero en los términos planteados, tanto los subcontratistas como el público en general.

A la vista de ello, y atendiendo a la oferta de la adjudicataria, en su página 1, que recoge lo siguiente:

1.1. OFERTA ECONÓMICA GLOBAL

| OFERTA ECONOMICA (IVA excluido) | € constantes | % baja |
|---------------------------------|--------------|--------|
| Oferta económica * | 759.240.000 | 0,1% |

* Será el resultado de multiplicar por 20 la Cantidad Máxima Anual que se oferte.

| ESTIMACIÓN INGRESOS PROCEDENTES DE TERCEROS | € constantes /año |
|---|-------------------|
| Bar-cafetería | 120.000 |
| Máquinas Vending | 240.000 |
| Aparcamiento Valdecilla Sur | 572.000 |
| Servicios Multimedia | 8.145 |
| TOTAL | 940.145 |

Posteriormente, en el apartado sexto de esa misma cláusula, en relación al beneficio del contratista, se especifica que ***"en relación a los ingresos anuales procedentes de terceros, cuando se recauden por encima de los previstos en la oferta, el exceso de recaudación será repartido al 50% entre el contratista y la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria"***, y dado lo recogido más arriba, por la propia empresa en su oferta, **parece que esas estimaciones recogidas en la oferta, son las que se han de tener en cuenta a efectos de aplicación de esta cláusula.**

No obstante, con el fin de ratificar este criterio, sostenido inicialmente, tal y como se pone de manifiesto en la consulta al indicar que *"La Gerencia del hospital ha aplicado este límite al beneficio del contratista durante el año 2016"*, procede analizar el *"Documento descriptivo final resultante del diálogo competitivo correspondiente al contrato de colaboración entre el sector público y sector privado para la realización de una actuación global e integrada en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla"*, en cuya cláusula 1 se define el *"objeto del contrato"* en los siguientes términos:

*"El objeto del contrato consiste en la realización de una actuación global e integrada en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla (HUMV), que integra el conjunto de edificaciones que constituyen la Gerencia de Atención Especializada del Área I:
- Edificio 2 de Noviembre.*

- Valdecilla Sur.
- Pabellones.
- Edificio en construcción.
- Residencia Cantabria, hasta la apertura y puesta en marcha del edificio en construcción que se efectuará en el plazo máximo de seis meses desde la dotación inicial de mobiliario.
- Centro Asistencial de Liencres. [...]

Las prestaciones a realizar a cargo del contratista serán las siguientes: [...]

8. La explotación de aquellas zonas y servicios de los edificios dependientes del HUMV aptos para el desarrollo de actividades de carácter comercial, compatibles con la prestación de servicios sanitarios y que no se encuentren incluidas en ningún otro contrato o afectas a otra concesión administrativa.

A los efectos de este contrato, se entienden por explotaciones comerciales las siguientes:

8.1.- Bar-Cafetería del edificio de Valdecilla Sur, del Centro Asistencial de Liencres y de la Residencia Cantabria, mientras esté en uso, la explotación de máquinas de vending, expendedoras de productos sólidos y líquidos.

8.2.- Aparcamiento Valdecilla Sur.

8.3.- Explotación de servicios multimedia previstos en el Anexo 9”.

Por su parte, la cláusula 5 establece el “Régimen jurídico” en los siguientes términos:

“1.- El presente contrato se califica como contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. En este sentido, el artículo 11 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP) configura el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como aquel en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada, que además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda, entre otras, alguna de las siguientes actuaciones:

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

b) la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.

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

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

La cláusula 6 regula los “Documentos de carácter contractual”, previendo que:

“Además del contrato, son documentos de carácter contractual:

- a) el presente Documento Descriptivo.
- b) los Anexos al Documento Descriptivo.
- c) los apartados 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6 y 2.7 del Programa Funcional.
- d) el vigente Proyecto de Ejecución de las Obras de la Fase III del HUMV.
- e) la oferta del contratista adjudicatario”.

Tal y como ya se ha comentado, la cláusula 9 regula las condiciones económicas, contemplándose que en el apartado 3 la “Remuneración del contratista” en los siguientes términos:

“La remuneración del contratista estará integrada por la suma de los siguientes conceptos:

- Cantidad Máxima Anual (CMA).
- Ingresos procedentes de terceros.

3.1.- Cantidad Máxima Anual (CMA).

El HUMV abonará al contratista una Cantidad Máxima Anual (CMA) que incluirá proporcionalmente el importe de cada uno de los servicios no clínicos efectivamente prestados, el coste correspondiente a la amortización de las infraestructuras construidas, la dotación y reposición del mobiliario y equipamiento, su financiación y cualesquiera otros gastos, impuestos, tasas y gravámenes derivados de la ejecución del contrato. [...]

3.2.- Ingresos procedentes de terceros.

El contratista tendrá derecho a percibir ingresos procedentes de terceros, distintos de la Administración, como consecuencia de la explotación comercial en las instalaciones del HUMV, objeto del presente contrato, en los términos previstos en el Anexo 9. [...]

6.- Limitación del beneficio.

El contratista tendrá limitado su beneficio anual a una TIR máxima del 12 %. De sobrepasarse este límite en cualquiera de los años de vigencia del contrato, el exceso será ingresado en la Tesorería de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

En relación a los ingresos anuales procedentes de terceros, cuando se recauden por encima de los previstos en la oferta, el exceso de recaudación será repartido al 50 % entre el contratista y la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Los eventuales ahorros en el servicio de gestión energética podrán generar ingresos en la Tesorería de la Comunidad Autónoma de Cantabria en los términos previstos en el Anexo 8.9.”

Tenemos que tener en cuenta, asimismo, que la cláusula 16, que regula la “Documentación a presentar” dispone que:

“Las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para su valoración y deberán presentarse en dos sobres de forma separada que se identificarán del siguiente modo:

- I.- Sobre nº 1: Proposición técnica.
- II.- Sobre nº2: Proposición económica.

[...] II.- Sobre Nº 2. Título: Proposición económica.

El sobre Nº 2 tendrá el siguiente contenido, debiendo los licitadores incluir un índice con la documentación que integra cada uno de los siguientes apartados:

1. Proposición Económica.
2. Plan Económico – Financiero.
3. Presupuesto de los costes de los servicios durante la vigencia del contrato.

A los efectos de dotar de contenido a cada uno de los apartados anteriores los licitadores deberán seguir las indicaciones que se expresan seguidamente:

1.- Proposición económica.

La proposición económica de los licitadores se cumplimentará en el Modelo contemplado en el Anexo 1 del presente Documento Descriptivo, expresando claramente el importe ofertado e indicando expresamente el porcentaje de baja que representa respecto del Presupuesto Máximo de Licitación que por dicho concepto se establece en el presente Documento Descriptivo.

A todos los efectos, se entenderá que la proposición económica de los licitadores comprende los impuestos, tasas y arbitrios de cualquier esfera fiscal, a excepción del importe del Impuesto sobre el Valor Añadido.

La proposición económica se presentará mecanografiada y firmada por el licitador. No se aceptarán aquellas que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente el contenido de la oferta.

La proposición económica deberá ser coherente con los datos incluidos en el Plan Económico-Financiero, y con el resto de la documentación presentada.

Entre los documentos a presentar con el **Plan Económico-Financiero** se contempla, en el apartado “2.2.- Documentación aneja a la memoria explicativa”, y dentro de la “2.2.2. Estrategia financiera” una **“Declaración firmada por el responsable financiero del licitador o, en su caso, de cada una de las empresas que constituyan el grupo de licitadores, en la que se ponga de manifiesto que el PEF y la memoria se han realizado incluyendo todos y cada uno de los elementos requeridos en las instrucciones de elaboración del PEF recogidas en el Anexo 3 del presente Documento Descriptivo, y que dicho PEF es plenamente coherente con la información presentada en este sobre”.**

Asimismo, se contempla la existencia de un “[...] 2.4.- Resumen del Plan Económico Financiero.

Los licitadores incluirán un resumen del Plan Económico-Financiero, que deberá ajustarse al modelo recogido en el Anexo 3 de este Documento Descriptivo, suscrito por el licitador. En caso de discrepancia entre los datos presentados en este resumen y los datos presentados en la restante documentación, prevalecerán siempre los datos del resumen del Plan Económico-Financiero”.

Puede surgir aquí, tal y como se pone de manifiesto en la consulta, la duda respecto a la interpretación de esta cláusula en caso de discrepancia, pero **en razón de su ubicación sistemática**, debe manifestarse que se considera que la discrepancia sería en todo caso, **con los datos y**

documentación del Plan Económico Financiero, y no de la oferta, máxime si tenemos en cuenta tanto lo ya expuesto y la doctrina de los actos propios como la cláusula 17 del DDF que al regular los “Criterios de adjudicación del contrato” dispone que:

“Para la valoración de las proposiciones presentadas y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, se tendrán en cuenta los criterios que se señalan a continuación expresados por orden decreciente de importancia a tenor de lo dispuesto en el artículo 150 del TRLCSP:

1.-ASPECTOS DE LA OFERTA NO CUANTIFICABLES MEDIANTE LA MERA APLICACIÓN DE FÓRMULAS
60 puntos

| | |
|--|-----------|
| 1.A) Aspectos técnicos de la prestación de los servicios y explotaciones comerciales | 25 puntos |
| 1.B) Características del Proyecto Técnico y dotación de mobiliario y equipamiento | 20 puntos |
| 1.C) Mejoras | 15 puntos |

2.-ASPECTOS DE LA OFERTA CUANTIFICABLES MEDIANTE LA MERA APLICACIÓN DE FÓRMULAS
40 puntos

| | |
|---|-----------|
| 2.A) Oferta económica | 30 puntos |
| 2.B) Viabilidad del Plan Económico-Financiero | 10 puntos |

A todos los efectos, se entenderá que la proposición de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (oferta económica y Plan Económico-Financiero), incluye la totalidad de impuestos, tasas y arbitrios, a excepción del importe del Impuesto sobre el Valor Añadido.

En caso de empate se dará preferencia a la oferta que haya obtenido mayor puntuación global en los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. En caso de persistencia en el empate, se resolverá el mismo a favor de quien haya realizado una oferta económica de menor cuantía. Y, si hubiera empate nuevamente, se resolverá por sorteo. [...]

Puntuando notablemente por encima la oferta económica respecto a la viabilidad del Plan Económico-Financiero.

Finalmente, en la cláusula 29.8 al regular el “Mantenimiento del equilibrio económico del contrato” dentro de las “Obligaciones específicas de las partes”, se contempla que:

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

a) Cuando el HUMV modifique, por razones de interés público, las condiciones de prestación de los servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el título V del libro I del TRLCSP. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

b) Cuando actuaciones de la Administración, en relación con las actividades que den lugar a la percepción de ingresos de terceros, determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

c) Cuando concurren causas de fuerza mayor no constitutivas de la resolución del contrato que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del mismo. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor cualquiera de las enumeradas en el artículo 231 del TRLCSP.

En los supuestos previstos, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan de acuerdo con el ordenamiento jurídico. En el caso de que la medida adoptada, de acuerdo a la legislación vigente, consistiera en la modificación de la remuneración al adjudicatario, conllevará la del Plan Económico-Financiero”.

Analizando este apartado b) anteriormente subrayado, no parece que tenga encaje sino cuando la Administración pueda adoptar alguna decisión que suponga cambios o afecte a lo que el contratista percibe por ingresos procedentes de terceros, debiéndose entender, en principio, por tales, los ciudadanos, y no, las subcontratas, relación privada en la que no parece que pueda intervenir para reglamentarla, más allá de lo previsto en la Ley y el DDF. Por otra parte, la opción de subcontratar o no, es como tal, una opción de la empresa, no una obligación, por lo que no parece razonable que dicho margen se deje exclusivamente a la decisión de una de las partes que, además, es contradictoria con lo expresado en su oferta, y contraria, en principio, a la doctrina de los actos propios mencionada. Dado que la Administración no toma parte de la fijación del importe de la subcontrata, podría conducir a eludir las cantidades e ingresos reales produciendo un perjuicio a las arcas públicas, que no se considera que tenga encaje en este contrato. A esta conclusión conduciría, con mayor razón, el hecho de que se subcontrate a una empresa del mismo grupo empresarial que la adjudicataria de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio.

Por otra parte, se alude a los datos del “Resumen del Plan Económico Financiero” siguientes:

2.4.9. MARGEN DE OPERACIÓN DE LAS EXPLOTACIONES COMERCIALES

| Servicio 1 Bar-cafetería | Miles € Corrientes (IVA no incluido) | Valor actual neto |
|--|--|-------------------|
| Total ingresos explotaciones comerciales. | 2.869 | 2.387 |
| Total gastos explotación comerciales. | - | - |

| Servicio 2 Máquinas Vending | Miles € Corrientes (IVA no incluido) | Valor actual neto |
|--|--|-------------------|
| Total ingresos explotaciones comerciales. | 4.999 | 4.059 |
| Total gastos explotación comerciales. | - | - |

| Servicio 3 Aparcamiento Valdecilla sur | Miles € Corrientes (IVA no incluido) | Valor actual neto |
|--|--|-------------------|
| Total ingresos explotaciones comerciales. | 13.661 | 11.365 |
| Total gastos explotación comerciales. | - | - |

| Servicio 4 Servicios Multimedia | Miles € Corrientes (IVA no incluido) | Valor actual neto |
|--|--|-------------------|
| Total ingresos explotaciones comerciales. | 195 | 162 |
| Total gastos explotación comerciales. | - | - |

2.4.10. TABLA RESUMEN

| | Miles € Corrientes (IVA no incluido) | Valor actual neto |
|---|--------------------------------------|-------------------|
| Cantidad Máxima Anual | 848.476 | 707.683 |
| Gastos de los servicios | - 634.470 | - 529.019 |
| Gastos generales Adjudicatario | - 6.390 | - 5.372 |
| Ingresos explotaciones comerciales | 2.869 | 2.387 |
| Inversión de reposición | 14.736 | 11.945 |
| Gasto por Impuesto de Sociedades. | - 7.112 | - 6.019 |
| Gastos explotaciones comerciales. | - | - |
| Otros gastos. | - | - |
| Servicio de la Deuda | - 114.406 | - 96.064 |
| Cash Flow para el accionista | 16.336 | 2.577 |

Analizando estos datos, y situándonos en el supuesto de la subcontrata, no tendría sentido la regulación de la existencia de “ingresos superiores” prevista en el Documento Descriptivo y en la oferta”.

CONCLUSIÓN

En conclusión, y como respuesta a la consulta planteada en relación a la interpretación del concepto de tercero (subcontratista o público en general) a la hora de limitar el beneficio de las explotaciones comerciales previstas en la cláusula 9.6 del DDF del CPP, en relación a la proposición económica y al PEF presentados por el adjudicatario del contrato **debe valorarse todo aquello que esté por encima de lo previsto en la oferta del adjudicatario (página 1, “oferta económica global”, “ingresos procedentes de terceros”)**, si bien en caso de ser superiores las cantidades procedentes del público en general, a éstas habrá de atenderse, máxime cuando es el supuesto en el que verdaderamente podríamos hablar de “recaudación”, **dicción literal de la cláusula 9.6 del PPT**, (primera regla hermenéutica conforme al art 3.1 del CC) así como atendiendo a las demás cláusulas de dicho documento a que se ha hecho referencia.

Santander, a la fecha de la firma electrónica
 EL INTERVENTOR GENERAL

Fdo.: Pedro Pérez Eslava