

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
A/ATN: SR. SECRETARIO GENERAL
200 RUE DE LA LOI
B-1049 BRUSELAS
BÉLGICA
sg-plaintes@ec.europa.eu
Teléfono: 00 352 43 01 1
Fax: 00 352 43 01 34433

DON ANTON BEIRAS CAL, mayor de edad con DNI nº 36.003.632-F y domicilio a efectos de notificaciones en Vigo, Avenida de García Barbón nº 22, 7º-B, CP 36201, España con TL +34 986 229 270, FX +34 886 112 845 y correo-e antonbeiras@antonbeiras.com, actuando en su condición de abogado de la **ASOCIACIÓN POLA DEFENSA DA SANIDADE PÚBLICA** según poder que acompaña (documento 1)¹ ante la Comisión de la Unión Europea

COMPARECE EN CALIDAD DE DENUNCIANTE

Por presunto incumplimiento del Derecho Comunitario del Reino de España en la persona del Gobierno de la Xunta de Galicia en relación a la licitación de la concesión administrativa del **NOVO HOSPITAL DE VIGO** (en lo sucesivo NHV) con fundamento en los siguientes,

I. ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- Con fecha 7 de marzo de 2006 fue firmado el Convenio marco de cooperación entre la Xunta de Galicia (personificada en las Consejerías de Sanidad, Política Territorial, Obras Públicas y Transportes), el Servicio Gallego de Salud y el Ayuntamiento de Vigo, para la construcción de un nuevo hospital de Vigo y la dotación de sus infraestructuras (documento 2).

2.- Mediante acuerdo adoptado en la reunión del Concello de la Xunta de Galicia de 12 de febrero de 2009, dicho Proyecto sectorial fue aprobado definitivamente, declarándose su utilidad pública (DOG nº 31 de 13 de febrero de 2009. Documento 3).

3.- Las características esenciales del proyecto hospitalario eran las siguientes:

¹ Los documentos anexos nº 2 al 20, debido a su extensión se aportan por correo ordinario o electrónico en compañía de una copia sellada por correos de este documento.



1.1.2. Parámetros dimensionais, superficies e volumes edificables

O uso hospitalario prevé un número de camas de 1.391², repartidas en catro plantas de hospitalización. A dotación en canto a servizos máis características son as seguintes:

- Nº de quirófonos:	35
- Nº de salas de diagnóstico por imaxe:	62 (28 gabinetes)
- Nº de consultas externas:	160 (64 gabinetes)

A superficie ocupada da parcela polos usos previstos son as descritas a continuación:

- Hospital:	96.000,00 m ²
- Gardaría de persoal:	2.500,00 m ²
- Hotel de pacientes:	5.100,00 m ²
- Usos administrativos-fundacións:	8.750,00 m ²
- Aparcadoiro de urxencias:	8.550,00 m ²

As prazas de garaxe ocupan diversos ámbitos en función do seu destino. Sen ter en conta os que se definirían no futuro nos usos asociados, as vinculadas ao propio hospital están integradas en tres áreas con entradas diferenciadas coas superficies seguintes:

- Aparcadoiro integrado en uso dotacional sanitario:	3.800 prazas
- Aparcadoiro en edificio de uso específico:	550 prazas

Se adjunta como documento 4 y 5 memoria del proyecto sectorial de 14/2/2007 y del proyecto básico de 15/9/2008 del estudio de arquitectura Valode & Pistre.

4.- El Consello de la Xunta de Galicia aprobó el día 5/2/2009 el Plan Económico Financiero específico para acometer la financiación de la infraestructura hospitalaria, corriendo ésta a cargo de los presupuestos de la Sociedad Pública de Inversiones de Galicia, S.A., dependiente de la Consellería de Economía e Facenda (documento nº 6).

5.- Por Resolución de 15 de enero de 2010 se somete a información pública el Acuerdo del Director de Recursos Económicos del Servicio Gallego de Salud, que versaba sobre la sustitución del Estudio de Viabilidad previsto en el artículo 112.1 de la Ley 30/2007 por el Estudio de viabilidad Económico-Financiera previsto en el mismo artículo 112, apartado 6º (documento nº 7). La publicación de dicha Resolución se realizó en el DOG con fecha 27 de enero de 2010.

6.- El 5 de mayo de 2010, el Director General de la División de Recursos Económicos, resolvió aprobar el pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares para la contratación de la concesión del NHV (documentos 8 y 9). Los anuncios de licitación, Resoluciones de 7 de abril y 7 de mayo de 2010, de la Dirección de Recursos Económicos del Servicio Gallego de Salud, fueron publicados en el DOG nº 87 de 10 de mayo y el en el BOE nº 122 de 19 de mayo de 2010.

7.- Las características esenciales del nuevo proyecto hospitalario concesional suponen un importante giro en el proyecto. Se modifica el modelo de financiación y gestión pública y se recurre a un modelo autoproclamado de concesión administrativa

de obra pública. Si bien se utiliza el proyecto arquitectónico básico, se modifica el Plan Funcional y la Ordenación Integral del Área Sanitaria con una reducción de 517 camas de hospitalización convencional en el área. Brevemente sus características básicas son las siguientes: Además de eliminarse del Proyecto Básico Inicial de Valode y Priste el hotel de pacientes, la guardería, la unidad de 160 camas de Cuidados Mínimos-Intermedios, la unidad de docencia e investigación y la de rehabilitación, el número de camas de hospitalización convencional del Nuevo Hospital de Vigo se reduce a 845 camas. Desaparece el laboratorio central. El bloque quirúrgico, en un área sanitaria que acumula la lista de espera quirúrgica más elevada de la Comunidad Autónoma, tanto en número de pacientes como en Tiempo de Espera (más de 25.000), se reduce de 35 quirófanos a 24. Los locales de consulta pasan a 150, las salas de diagnóstico por imagen pasan a 32, las camas de observación de urgencias se reducen de 72 a 32 en un Área Sanitaria en la que en momentos máxima frecuentación, se producen picos asistenciales de entre 800 y 1000 urgencias hospitalarias/día. Todo ello, acompañado de la consiguientes reducciones de superficie hospitalaria, tal y como se pone de manifiesto en el documento de supervisión técnica.

8.- Pero más allá de esta reducción del proyecto hospitalario finalmente licitado, que puede ser objeto de reproche político pero nunca jurídico², llama la atención la reducción unilateral por la concesionaria del proyecto construido y recientemente entregado. En efecto, los servicios de la Dirección de Recursos Económicos del *Servizo Galego de Saúde*, en su informe fechado en mayo de 2012 (documento 10) ya alertó categóricamente al respecto:

- 7- Las superficies hospitalaria y de aparcamiento construidas del PBEC (2) son inferiores a las del proyecto básico licitado, y son fruto de la redefinición del proyecto en base al nuevo Plan de Espacios y a las modificaciones estructurales y de instalaciones desarrolladas por la sociedad Concesionaria. Se reducen aproximadamente "15.423,23 m²" de superficie hospitalaria y "16.173,70 m²" de superficie de aparcamiento. La reducción de superficie implica modificación de la valoración económica prevista en la licitación tal y como se recoge en el apartado 14 del presente informe.

Y en sus conclusiones afirma:

- 2- El coste económico de las obras correspondientes al NHVIGO (PBVP) recogidas en el PBCE (2), se ha desglosado en dos documentos de presupuesto cuyos importes ascienden en PEM a 193.495.934,95 € y 7.235.772,36 €, sin configurar, dado su carácter independiente, una OBRA COMPLETA.

Por otra parte, y en ANEXO INDEPENDIENTE, se recoge una relación de equipamiento fijo por importe de 5.782.294,70 € que no estarían incluidas en el proyecto ejecutivo presentado por lo que incumpliría el PLIEGO, así como que impediría la legalización de instalaciones asociadas.

Finalmente en el documento presentado se recoge el sobrecoste de unas obras por importe de 5.506.154,68 € que corresponden a decisiones unilaterales de los proyectistas; o, en caso, a actuaciones que se consideran dentro del carácter de riesgo y ventura de la concesión.

Además, no se ha incorporado en el presupuesto en coste económico correspondiente a la implantación de la alta tecnología.

² A salvo, claro está, la acción que el Concello de Vigo considere legítima por vulneración del Convenio firmado con el SERGAS y la Sociedade Pública de Inversiones, **donde se obligó a proporcionar las acometidas y determinados viales al NHV inicialmente proyectado.**

El importe conjunto de las actuaciones indicadas asciende a 212.020.156,69 € (PEM) que supera los 189.992.000 € previstos en la adjudicación de la concesión (22.028.156,69 €), que representa el 11,59 % de desviación (sin considerar el importe de las actuaciones indicadas en el párrafo anterior).

- 3- La documentación sigue siendo IMPRECISA y aunque se ha disminuido el nivel de incoherencias técnicas respecto al PBEC(1), se sigue detectando un nivel insuficiente de detalle para un proyecto ejecutivo, que impide verificar todos los aspectos de cumplimiento normativo.
- 4- La calidad prestacional contemplada en el proyecto PBEC (2) es inferior a lo previsto en el PBVP tal y como se indicará en los diferentes apartados del presente informe.
- 5- Se incumple la oferta técnica presentada por la UTE concesionaria, así como el Pliego de prescripciones técnicas de PBVP, ya que no se alcanza la calificación energética "A", ni la calidad constructiva de los acabados exteriores de la envolvente ni la de los interiores de la edificación, así como las calidades prestacionales de las instalaciones.
- 6- El estudio comparativo entre superficies construidas del PBVP y del PBEC (2) es errónea, disminuyéndose la superficie construida prevista en el PBVP, tanto hospitalaria como de aparcamiento (en aproximadamente "11.883,63 m²" de superficie útil y "15.423,23 m²" de superficie construida en hospitalaria y "16.173,70 m²" de superficie construida en aparcamiento), queriéndose compensar en el proyecto ejecutivo las citadas disminuciones con la superficie construida de instalaciones y la superficie de disponibles de escasa utilidad, circunstancia que incumple las condiciones del pliego. Además de equiparar y homogeneizar diferentes estándares económicos de superficies construidas de áreas hospitalarias y áreas no hospitalarias con el consiguiente desequilibrio económico para la administración.
- 7- El coste económico de las obras correspondientes a movimiento de tierras, cimentación y estructuras no se ajusta al PLIEGO, desequilibrando presupuestariamente las obras y derivando en la disminución de calidades constructivas, prestacionales y de acabados del futuro hospital.

9.- Aunque por el motivo que más adelante se razonará no sean objeto de denuncia, la Comisión a la que me dirijo ha de conocer ciertas circunstancias que afectan a la financiación de la obra pública y a la calificación jurídica del contrato público de obra. El día 5/2/2009 se aprobó el Plan Económico Financiero específico por el que se proveía que la Sociedad Pública de Inversiones de Galicia, S.A. (SPIG,SA) dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda, aportara el presupuesto necesario para la financiación del NHV (documento nº 11). El modelo jurídico de contrato público elegido era de Colaboración entre Autoridades Públicas, a saber, el Servicio Galego de Saúde, el Ayuntamiento de Vigo y la mencionada SPIG, SA. Dicho contrato se sometería pues al régimen jurídico establecido por el Parlamento Europeo en su resolución legislativa sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2006/2043 (INI)) y también a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-84/03, Comisión contra el Reino de España. Sin embargo el nuevo gobierno de la Xunta, cuando promovió el contrato de CPPI, fue más lejos, y lo justificó con el marco jurídico de un contrato de concesión de obra pública. En la normativa interna española, los contratos de CPP se regulan hoy en el TRLCSP (entonces en la Ley 30/2007 de CSP), la cual exige un informe de evaluación previo elaborado por un órgano colegiado

formado por expertos³. El contrato de Concesión de obra pública no exige ese informe de evaluación previo. Más, como se verá, el contrato de construcción y explotación del NHV no admite ser encajado en la concesión de obra pública, sino en la CPP prevista en la Ley 30/2007, por su especial complejidad, su naturaleza mixta (construcción de obra pública, servicio y suministro público) e importancia financiera, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 30/2007⁴. Sin embargo el órgano concedente *saltó* de un contrato

³ **Artículo 118 Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público: Evaluación previa**

1. Con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración o entidad contratante deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, no se encuentra en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación.

2. La evaluación a que se refiere el apartado anterior podrá realizarse de forma sucinta si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración o entidad contratante que aconsejen utilizar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para atender las necesidades públicas.

3. La evaluación será realizada por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato.

4. No será necesario realizar una nueva evaluación cuando un órgano integrado en la misma Administración o entidad que aquél que pretenda realizar el contrato, o en la Administración de la que dependa éste o a la que se encuentre vinculado, la hubiese efectuado previamente para un supuesto análogo, siempre que esta evaluación previa no se hubiese realizado de forma sucinta por razones de urgencia.

⁴ **Artículo 11 Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado**

1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas 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 alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas

público entre instituciones, directamente al de concesión de obra pública obviando el régimen legal de CPP. E hizo aún más: La ley 30/2007 contemplaba (y contempla en su vigente texto refundido), que para la preparación de un contrato de concesión de obra pública, resulta necesario la elaboración de un estudio de viabilidad completo⁵. Pues bien, tampoco este otro estudio fue elaborado. Para su elusión, la Administración concedente hizo uso de la excepción contenida en el ordinal 6 del artículo 112, artículo que exige el mencionado estudio de viabilidad. Dicho ordinal permite a la Administración sustituir dicho estudio de viabilidad, que ha de ser sometido a

alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

3. El contratista puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.

4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

⁵ **Artículo 112 Estudio de viabilidad**

1. Con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad de la misma.

2. El estudio de viabilidad deberá contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos siguientes:

- a) Finalidad y justificación de la obra, así como definición de sus características esenciales.
- b) Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión.
- c) Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.
- d) Estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias.
- e) Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.
- f) Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra.
- g) Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de la obra con la justificación, asimismo, de la procedencia de ésta.
- h) Estudio de seguridad y salud o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción.

3. La Administración concedente someterá el estudio de viabilidad a información pública por el plazo de un mes, prorrogable por idéntico plazo en razón de la complejidad del mismo y dará traslado del mismo para informe a los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectados cuando la obra no figure en el correspondiente planeamiento urbanístico, que deberán emitirlo en el plazo de un mes.

Quien suscribe sabe que el objeto de esta queja es someter la actuación del poder público denunciado a **un canon de legalidad comunitaria por parte de la Comisión**. Por consiguiente los hechos descritos en el presente párrafo no se denuncian; se exponen y narran al efecto de que la Comisión conozca esta actuación tan lejana a los principios de legalidad, transparencia e igualdad de trato, que presiden las exigencias del derecho comunitario a la contratación pública, principios incompatibles con el trato de favor y ayuda encubierta al licitante.

10.- Mediante resolución de 10 de diciembre de 2010, la Dirección de recursos económicos del Sergas acordó adjudicar provisionalmente el contrato de concesión de obra pública para la realización del proyecto técnico, financiamiento, construcción y explotación de determinados servicios no clínicos del NHV a favor de la agrupación de licitadores formada por las sociedades Acciona SA, Puentes y Calzadas grupo de Empresas, SA, Concessia Cartera y Gestión de infraestructuras, SA, Altair Ingeniería y Aplicaciones, SA, y Obras Caminos y Asfaltos, SA. por una cantidad máxima anual de 56.333.270,24€ a precios constantes de 2010 (IVA no incluido) y un presupuesto de inversión inicial total de 264.856.753,73€ (IVA no incluido).

11.- Mediante Resolución de fecha 19 de enero de 2011 se acordó la adjudicación de la concesión de obras públicas del NHV a la SOCIEDAD CONCESIONARIA NOVO HOSPITAL DE VIGO, S.A., Sociedad participada por Acciona SA, Grupo Puentes y Calzadas, Altair Ingeniería y Aplicaciones SA, Concessia Cartera y Gestión de Infraestructuras S.A., Obras Caminos y Asfaltos SA. Se constituye el día 4.01.2011 con un capital social de 31.523.000,00 euros de los cuales se desembolsó en su constitución 7.880.750,00€. El 6/08/2012 se desembolsó un dividendo pasivo por importe de 3.940.375,00 Euros; el 8/8/2013 se desembolsó otro dividendo pasivo por importe de 11.821.125,00€; el 16/10/2013 se desembolsó otro dividendo pasivo por importe de 7.880.750,00€, desembolsando así todo el capital escriturado.

12.- Desde el inicio se puso en evidencia las dificultades técnicas y financieras de la concesionaria. El plazo de construcción, 31 meses a contar desde la fecha de levantamiento del acta de comprobación de replanteo, quedó ab initio demorado: *“Con fecha 24 de junio de 2011 se levantó el acta de comprobación de replanteo y en la misma fecha se acordó la suspensión del inicio del cómputo de plazo de ejecución de las obras por un plazo máximo de tres meses”* (Documento 13 CCAA de la S.C.N.H.V.S.A. 2011, página 15):

vinculante un informe del Ministerio de Economía y Hacienda que se pronuncie sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que conlleva, así como sobre su incidencia en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, según lo establecido en el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre.

A tal efecto, el órgano de contratación deberá proporcionar información completa acerca de los aspectos financieros y presupuestarios del contrato, incluyendo los mecanismos de captación de financiación y garantías que se prevea utilizar, durante toda la vigencia del mismo, así como, en su caso, el documento de evaluación previa a que se refiere el artículo 118 de la Ley de Contratos del Sector Público.

3.3 Términos relevantes del acuerdo de concesión

La duración del contrato de concesión se articulará según los siguientes plazos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas (art. 2.5 y 22 del PCAP):

- Plazo para la construcción: 31 meses a contar desde la fecha de levantamiento del acta de comprobación de replanteo.

Con fecha 24 de junio de 2011 se levantó el acta de comprobación de replanteo y en la misma fecha se acordó la suspensión del inicio del cómputo de plazo de ejecución de las obras por un plazo máximo de tres meses.

Pero no fue dicha suspensión el único retraso en el plazo máximo para la construcción del NHV. Efectivamente si calculamos la fecha de 31 meses posteriores al día 25 de junio –posterior al acta de comprobación de replanteo, el plazo venció el día 28 de febrero de 2014. El acta de recepción de la obra civil fue el 28 de abril de 2015 (Documento 14: información de prensa). Luego el retraso total en la entrega de las obras fue de 14 meses.

13.- La grave crisis de liquidez provocada por la burbuja del ladrillo retrajo el crédito bancario y afectó a la misma liquidez de los socios de S.C.N.H.V.S.A.: Obras Caminos y Asfaltos S.A. presentó concurso de acreedores. Con fecha 1 de agosto de 2013 los restantes accionistas toman la participación de OCASA (Documento 15: CCAA SCNHVSA 2013, página 10). Concessia Cartera y Gestión de Infraestructuras, S.A., la socia financiera propiedad de las cajas de ahorros españolas, quebradas y nacionalizadas, tuvo dificultades crecientes para conseguir la financiación bancaria para el proyecto. Las obras se paralizaron por completo o se redujeron a mínimos a la espera de dicha financiación ajena (documento 16, selección de noticias de prensa). Finalmente el Gobierno Gallego acudió en ayuda de la concesionaria y solicitó la ayuda del Banco Europeo de Inversiones.

14.- El 1/8/13 el BEI aprueba un préstamo por importe de 180.000.000,00Euros (documentos y 17, 18, 19 y 20).

Las fechas de desembolso son las siguientes:

Signature date(s)

- 01/08/2013 : EUR 30,000,000
- 08/05/2014 : EUR 30,000,000
- 14/07/2014 : EUR 10,000,000
- 01/08/2013 : EUR 110,000,000

Las cuentas anuales de la sociedad concesionaria SCNHVSA concernientes al ejercicio 2013 (Documento 15) indican el siguiente estado de la inversión a fecha 31/12/2013:

1.3 Financiación

De acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el Capital Social de la Sociedad ha de ser, al menos, un 10% del importe de la inversión total durante todo el plazo de la concesión, y junto con los recursos aportados por los Accionistas, no inferior al 15%. Dichas aportaciones de Accionistas han sido efectuadas mediante un contrato de préstamo subordinado con la Sociedad (véase nota 9.1.1 y 10.2.1).

Con fecha 1 de agosto de 2013 se suscribe la financiación del Proyecto mediante los siguientes contratos de crédito (véase nota 10.1):

- crédito a largo plazo con el BANCO EUROPEO DE INVERSIONES por importe máximo de 110.000.000,00 €,
- crédito sindicado a largo plazo con BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., CAIXABANK, S.A., BANCO SANTANDER, S.A., BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y NCG BANCO, S.A. por importe máximo de 110.000.000,00 €,
- préstamo participativo con FOND-ICOINFRAESTRUCTURAS, FONDO DE CAPITAL RIESGO DE RÉGIMEN SIMPLIFICADO por importe máximo de 30.000.000,00 €,
- y una línea de crédito IVA con BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. y BANCO SANTANDER, S.A. por importe de hasta 2.800.000,00 €.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

15.- La inadecuación del contrato de concesión administrativa al Derecho de la Unión es patente en tres vertientes diferenciadas:

A.- Es contrario al Derecho de la Unión que regula la contratación de obra pública y de contratación de obra pública con concesión del derecho a su explotación (Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo)

B.- Es contrario al Derecho de la Unión en tanto que Ayuda de Estado ilegal infringe el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pues esta parte tiene la sospecha fundada de que fue la entidad concedente quien facilitó y avaló a la concesionaria el crédito otorgado por el Banco Europeo de Inversiones.

C.- Es contrario al Derecho de la Unión aplicable a los países que adoptaron el Euro como moneda común (artículo 136 TFUE), en particular la disciplina presupuestaria regulada en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento así como en el 'paquete de las seis medidas', por cuanto constituye un burdo artificio para eludir

contabilizar el coste de la infraestructura como deuda pública y eludir la aplicación del paquete legislativo sobre supervisión presupuestaria.

D.- Es contrario a la normativa SEC 95 del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad Europea y en particular el Reglamento CE nº 223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad (hoy SEC 2010 en vigor desde el 1 de septiembre de 2010, regulado recientemente por el Reglamento 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013.

E) Es contrario a las normas de contratación establecidas para los proyectos financiados por el BEI.

A) VULNERACIÓN DE LAS DIRECTIVA 2014/23/UE y/o 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO.

16.- La Directiva 2004/18/CE tuvo una finalidad refundidora, desarrollando en un único texto las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarificó las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada y estén expresamente mencionados.

17.- Como en la exposición de motivos de la Directiva se indica, la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.

18.- En particular incorporó al derecho comunitario, con efectos vinculantes para los estados miembros, los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) donde se aprobó en particular el Acuerdo de la OMC sobre contratación pública, que tuvo por objetivo establecer un marco multilateral de derechos y obligaciones equilibrados en materia de contratos públicos con miras a realizar la liberalización y la expansión del comercio mundial.

19.- Según esta Directiva [artículo 1, 2, b)], son «contratos públicos de obras» los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en su anexo I o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador.

20.- Según esta misma Directiva, la «concesión de obras públicas» es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

21.- El ámbito objetivo y material de aplicación de la Directiva (artículo 7) en lo que afecta al contrato de obra pública, eran los contratos no excluidos y cuyo valor estimado excluido el IVA, fuera igual o superior a 5.186.000 euros (con vigencia 1/1/2014; anteriormente dicho límite era aún menor).

22.- El Artículo 31 de la Directiva exige, para el caso de las obras, la publicidad de las características esenciales de los contratos o de los acuerdo marco que prevean adjudicar y cuyos valores estimados sean iguales o superiores a los indicados en el artículo 7.

23.- A la vista de las vicisitudes acaecidas en las personas de los socios de la adjudicataria, es claro que la Administración adjudicante tampoco realizó la verificación de la aptitud y selección de los participantes que impone el artículo 44: *“Dicha verificación se llevará a cabo por parte de los poderes adjudicadores de conformidad con los criterios de capacidad económica y financiera y de conocimientos o capacidades profesionales y técnicas contemplados en los artículos 47 a 52, y, en su caso, con las normas y criterios no discriminatorios mencionados en el apartado 3.”*. Tampoco se aprecia la sumisión del Ente adjudicante a los principios de transparencia e igualdad de trato exigidos por la jurisprudencia del TJUE a la contratación pública.

24.- Actualmente dicha directiva, a los efectos que en esta denuncia interesan, está derogada por las directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, posteriores a los hechos denunciados, pero sustancialmente sus previsiones están desarrolladas por éstas últimas, por lo que a efectos simplificadores nos referiremos a las mismas. Y ello no porque estimemos que las nuevas Directivas de 2014 sean aplicables a un contrato celebrado con anterioridad a su entrada en vigor, sino porque sus previsiones recogen una jurisprudencia consolidada del TJUE y una práctica reiterada de instituciones comunitarias como EUROSTAT.

En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, baste la cita de la Sentencia de 10 de marzo de 2011 (as. C-274/09) que recoge una definición del concepto “riesgo operacional sustancial”:

“El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio”.

EUROSTAT, por su parte, desde la **Decisión de 11 de febrero de 2004**, recomienda que sólo se consideren activos no públicos – y, por tanto, no se registren en el balance de las Administraciones intervinientes – los que, en el marco de una operación concesional, cumplan las dos condiciones siguientes: (a) que el socio privado soporte el riesgo de construcción y (b) al menos uno de los dos riesgos siguientes: el de disponibilidad o el de demanda.

Así pues, aunque hasta la entrada en vigor de las Directivas 2014/23-24/UE las concesiones de obra pública se regulan en los art. 56 a 61 de la Directiva 2004/18/CE, estas disposiciones han de completarse con los exigencias antes citadas derivadas de la jurisprudencia del TJUE. Dicho más claramente: si no existe una transferencia al contratista privado de un “Riesgo Operacional Sustancial” no puede hablarse de concesión sino, en todo caso, de un contrato mixto de obra y servicios en el cual, por ser la ejecución de la obra civil del hospital la prestación principal (atendido su valor económico), debería sujetarse íntegramente a lo dispuesto en la Directiva 2004/18/UE para los contratos públicos de obras.

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

26.- En el párrafo 20 de su exposición de motivos, la Directiva 2014/23/UE dice así: *“20 Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.”*

27.- En el párrafo 29 de su exposición de motivos, la Directiva 2014/23/UE dice así: “29 En el caso de los contratos mixtos, las normas aplicables deben determinarse en función del objeto principal del contrato cuando las distintas partes que constituyen este último no sean objetivamente separables. Por consiguiente, conviene precisar el modo en que los poderes y entidades adjudicadores deben determinar si las distintas partes son separables o no. Dicha precisión se basará en la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La determinación se realizará atendiendo a cada caso particular, teniendo en cuenta que la intención expresa o presunta de los poderes o las entidades adjudicadoras de considerar los diversos aspectos que constituyen un contrato mixto como indivisibles no es suficiente, sino que debe apoyarse en pruebas objetivas capaces de justificarla y de establecer la necesidad de celebrar un contrato único. Esta necesidad justificada de celebrar un único contrato podría darse, por ejemplo, en el caso de la construcción de un único edificio, del que una parte vaya a ser utilizada directamente por el poder adjudicador interesado y otra parte vaya a ser aprovechada sobre la base de una concesión, por ejemplo para ofrecer al público plazas de aparcamiento. Debe aclararse que la necesidad de celebrar un único contrato puede deberse a motivos de índole tanto técnica como económica”. La Directiva 23 del 2014 se refiere a las concesiones de obra pública relativas a los suministros de gas, electricidad, agua, transporte metropolitano etc. Se refiere a la concesión de obra y posterior explotación de servicios de poderoso contenido público que son externalizados por las administraciones territoriales del estado. La directiva 24 se refiere a las restantes concesiones. Las anteriores referencias se efectúan a la directiva 23, que no incluye hospitales públicos, debido a su naturaleza más próxima con aquellos servicios perentorios.

28.- Al objeto de calificar el contrato de acuerdo con la anterior previsión normativa, resulta ilustrativo el informe firmado por la Sra. Elena Muñoz, Interventora General de la Consellería de Economía e Facenda de la Xunta de Galicia de fecha 5 de mayo de 2010, informando favorablemente la adjudicación del NHV. Dicho informe describe brevemente así el contrato:

El presupuesto de ejecución de las obras previstas es de 374.371.630 euros.

El precio máximo total del contrato en euros constantes de 2010 asciende a 1.168.605.489 euros.

La prestaciones a desarrollar por el concesionario son:

A) por una lado:

-Proyecto técnico.

-Dirección facultativa de las obras.

-Construcción del nuevo hospital de acuerdo con el proyecto.

-Dotación inicial de mobiliario general.

-Mantenimiento, conservación y reposición de las obras, edificios, instalaciones etc, a lo largo del periodo del contrato.

B) En lo que respecta a la prestación de servicios no clínicos del NHV:

-Restauración.

-Lavandería y lencería.

-Limpieza, mantenimiento, e demás servicios recogidos en la cláusula 2.1.1 del

PCAP.

C) La explotación de aquellas zonas del NHV que, de acuerdo con el Proyecto Técnico, sean aptas para el desarrollo de actividades de carácter comercial o análogo compatibles con la prestación de servicios sanitarios. Estas explotaciones comerciales incluirán:

-Cafetería, Restaurante y Comedor Externo.

Guardería y Ludotecas.

Aparcamiento.

Servicio Multimedia.

Máquinas de Vending.

Otras explotaciones previa autorización por la Administración.

29.- Sea el siguiente caso: una autopista de necesidad perentoria, por ejemplo entre la mayor ciudad de Galicia, Vigo, y su capital de provincia, Pontevedra, será construida mediante concesión de obra pública. Sea licitada, en síntesis, con el siguiente contrato: los usuarios no pagan peaje alguno; todo el peaje se satisface en su modalidad ‘en la sombra’ mediante un canon anual satisfecho por la administración concedente. El proyecto contempla una única área de servicio en sus 23 kilómetros, en una localidad en el ayuntamiento de *Vilaboa*. El concesionario podrá explotar en esa área de servicio, que denominaremos *San Simón*, un parking, una estación de servicio y un *McDonald*. El usuario que repostea en la estación de servicio abonará el suministro de carburante. El usuario que almuerza en el restaurante abonará su *Big Mac* así como el aparcamiento de su vehículo. Al igual que en el NHV, *McDonald* tendrá dos máquinas automáticas de *vending*, una con refrescos y otra con sándwich para consumir en ruta, pues al igual que allí, su protocolo empresarial y política comercial le impedirán con seguridad expender tabaco, un producto nocivo para la salud. Luego es evidente que no existe traslado del riesgo operativo por la concesión de la autopista: es la propia Administración quien asume el riesgo de demanda fijando un canon anual al concesionario que satisface su equilibrio financiero. El concesionario se limita a asumir el riesgo de oferta –poner a disposición del público la explotación de la autovía y el riesgo de demanda en su restaurante, aparcamiento y estación de servicio y máquina de *vending*. Es decir, el “*riesgo operacional (entendido) como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro*” no existe en el modelo descrito más que para elementos accesorios por el carácter mixto del contrato. El adjudicatario solo asume riesgo operacional respecto de la explotación de unos servicios absolutamente accesorios a la infraestructura concesional, la cual es abonada por la administración concedente mediante un peaje en la sombra que actúa como un auténtico canon. En otras palabras, se está ante: *a)* un contrato de construcción y pago aplazado de una infraestructura hospitalaria que se satisface con un peaje en la sombra, simultáneo con *b)* un contrato de servicios diversos de restauración, lavandería y limpieza, así como *c)*, ahora sí, de concesión de explotación de restaurante, *vending* y aparcamiento. Pues bien, esa autopista ya existe pero es de pago por concesión de obra pública. Entre las infraestructuras acometidas para su construcción se encuentra un puente que aún hoy es un hito de la ingeniería relativa a los puentes del tipo tablero suspendido bajo tirantes. Con franqueza, la mera pretensión de que este puente y autopista, gratuitos, pudieran ser catalogados como de concesión de obra porque llevasen aparejado el derecho a explotar un aparcamiento, una estación de servicio y un *Macdonald* con máquinas de *vending*, jurídicamente resulta una cursilada estrafalaria.

30.- Resulta evidente que el ejemplo de la anterior autopista explotada con un único peaje en la sombra a cargo de la Administración concedente resulta idéntico a la concesión del NHV y no puede reputarse una concesión de obra de acuerdo con lo prevenido en el artículo 5.1 de la Directiva 2014/23/UE: *“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”*.

Esta cuestión, el abuso de las formulas de financiación público privada, sin transferencia alguna de riesgo, ya ha sido alertada por el **“Consello de Contas de Galicia”**, por constituir una práctica de ocultamiento contable de deuda y déficit que invita a financiar inversiones soslayando los principios de eficiencia, economía y sostenibilidad, por una razón exclusivamente cosmética: quebrar el principio presupuestario de unidad de caja excluyendo obligaciones pasivas del balance. Efectivamente el Consello de Contas de Galicia, máximo órgano fiscalizador público de la comunidad, en su dictamen al Parlamento de Galicia sobre la financiación PPP (CPP en su acrónimo Inglés)⁸, decía así a propósito de la proliferación de estos mecanismos:

El motivo radica en que, la normativa sobre contabilidad nacional permite realizar inversiones públicas a través de CPP sin que se vean afectados el déficit y la deuda pública presentes, trasladando la carga a presupuestos futuros. Para conseguir este efecto, es decir, que la construcción de la infraestructura no afecte al déficit y deuda actual es necesario que el empresario privado asuma parte de los riesgos de la operación, en concreto, debe asumir, en todo caso, el riesgo de construcción y el riesgo de demanda (uso de la infraestructura) o de disponibilidad (calidad del servicio)

(...)

De hecho, el Parlamento Europeo en un informe de 2006 ya señalaba expresamente que en algunos estados miembros se opta por esta fórmula para ocultar el incremento de deuda pública, por lo que el sector público corre el riesgo de llevar a cabo proyectos por razones inadecuadas mejorando a corto plazo la situación financiera en perjuicio de una mayor solidez financiera a largo plazo. Más recientemente, en abril de 2011, la National Audit Office de Reino Unido, país pionero en el uso de las CPP y donde estas tienen un fuerte arraigo, indicaba que el tratamiento en las cuentas nacionales seguía actuando como un incentivo en el uso de estos acuerdos al permitir mantener la deuda “fuera del balance”.

*Por todo esto, conviene recordar que el uso de las CPP debe apoyarse en un adecuado análisis ex ante que valore adecuadamente los beneficios y costes que se derivan de su uso y que compare, adecuadamente, la alternativa pública con la público-privada y muestre a esta última como la más beneficiosa. **En ningún caso, debe ser el***

8

http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/documents/2012/163_D_Dictamen_PPP_2012_C.pdf

tratamiento contable el argumento definitivo sobre el que descansa la decisión de optar por el modelo de CPP.

En franca oposición a esta recomendación, la administración licitante ha sustituido los principios presupuestarios de economía, eficiencia, unidad de caja y el análisis del coste-beneficio de la financiación de la inversión, por una utilidad inconfesable: ocultar su deuda.

31.- La Comisión Europea a la que me dirijo ha de saber que la anterior evidencia es también el criterio que se deduce del Plan General de Contabilidad para Empresas Concesionarias aprobado en España por Orden EHA/3362/2010. Resulta ilustrativa a tal efecto la lectura de las Cuentas Anuales de la Concesionaria. Dichas CCAA están auditadas por E&Y y en su página 23 dice lo siguiente: *“La sociedad Concesionaria recibe los ingresos por los servicios prestado bien directamente de los usuarios o a través del propio Organismo Concedente. Se reconoce un activo intangible cuando el riesgo de demanda es asumido por el concedente, al tener el concesionario un derecho contractual incondicional a percibir los cobros por los servicios de construcción o mejora (...) En el caso de Sociedad Concesionaria NHV, la Sociedad no tiene riesgo de demanda por lo que se ha registrado un activo financiero para el acuerdo de concesión.* De donde se deduce que **ni la propia sociedad concesionaria, ni sus auditores, la ‘Big Four’ Ernst & Young, encuentran controvertida la argumentación de la denunciante.**

32.- De todo lo expuesto se deduce la contravención del derecho comunitario en el proceso de adjudicación de la supuesta concesión de obra pública a la SCNHVSA por inexistencia de transmisión alguna del riesgo de demanda.

33.- La hipotética garantía otorgada por La Xunta de Galicia o sus instrumentos públicos financieros que penden de la Consellería de Economía e Facenda, tales como el *Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE)* o *Sociedade para o Desenvolvemento Industrial de Galicia SA (SODIGA)* o *XESGALICIA*, frente al BEI, para afianzar el préstamo de 180.000.000€ a la SCNHVSA, **impide incluso tener por transmitidos los riesgos de oferta a la sociedad adjudicataria** (parágrafos 13 y 14 de los antecedentes de hecho de este escrito). **Efectivamente el riesgo de oferta se refiere a la consecución de los inputs precisos para la construcción de obra pública. Sobresale entre esos inputs la financiación bancaria: fue siempre el motivo por el que el Gobierno de la Xunta de Galicia optó por un modelo de colaboración público privada (PPP), luego descafeinado y reducido a concesión de obra pública.** Obsérvense a tal efecto la información descargada de la propia WEB del BEI (EIB en su acrónimo Inglés), documentos 17, 18, 19 y 20: En todos ellos el proyecto se describe como PPP, es decir, a diferencia con otras inversiones del BEI financiando concesiones de obra pública, donde aparece como prestatario el banco intermediario o la propia entidad concesionaria, aquí aparece la Xunta de Galicia y el acrónimo PPP (indicativo de proyecto de colaboración público-privada) junto a la descripción de la inversión (Hospital de Vigo).

34.- Además, esta garantía supone una alteración sustancial del contrato contraria a lo dispuesto en el art. 107.1 TRLCSP, precepto redactado de conformidad con lo indicado por la Comisión Europea⁹ a la vista de una consolidada jurisprudencia TJUE que, en síntesis, desde la conocida Sentencia “*Succhi di Fruta*” de 2004 viene equiparando las alteración sustancial de un contrato ya celebrado a la adjudicación directa de un nuevo contrato realizada sin publicidad ni concurrencia incompatible, por consiguiente, con el Derecho comunitario de la contratación pública. En concreto, el TJUE considera alteraciones sustanciales aquéllas que, de haber constado en la licitación inicial, podrían haber provocado un cambio en las ofertas presentadas (y por tanto, eventualmente, que fuese otra la empresa seleccionada) o que hubiesen concurrido otros licitadores. Parece, en este sentido, que no es necesario desarrollar un especial esfuerzo argumentativo para justificar que la concesión de una garantía financiera pública y el cambio del esquema de financiación del contrato a través del crédito concedido por el BEI supone una alteración sustancial del contrato y debe conllevar, por consiguiente, la resolución del mismo y una nueva licitación.

35.- Esta doctrina que equipara la alteración sustancial de un contrato ya celebrado a la adjudicación directa de un nuevo contrato celebrado sin publicidad ni concurrencia incompatible con el Derecho comunitario regulador de la contratación pública, resulta especialmente aplicable a los incumplimientos detectados en el ordinal #7 por los servicios de la Dirección de Recursos Económicos del SERGAS. No sólo no se construye lo licitado, pues se reduce la edificación en superficie hospitalaria en 15.423,23M2 y la de aparcamiento en 16.173,70m2, sino que también se desvía el presupuesto económico en 22.028.156,69€ por encima del precio licitado.

36.- **El retraso de 14 meses en la entrega del NHV por la concesionaria SCNHVSA, calculado en el párrafo 12 de los antecedentes fácticos de este escrito, significa un incumplimiento grave de acuerdo con el artículo 37 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y obliga a la resolución del contrato por “retraso en el plazo total o en los plazos parciales previstos”, de acuerdo con el artículo 269, J) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.** De acuerdo con los artículos 44, a) y 43, 1, e) en relación con el número 4. a) del mismo artículo de la Directiva 2014/23/UE la ‘concesión’ debe resolverse con carácter culposo para el concesionario. La indulgencia de la Administración concedente –que tramitó el expediente administrativo por la vía de urgencia-, con el incumplimiento de la concesionaria, es indicativo de una connivencia incompatible con el principio de legalidad que ha de imperar en los actos reglados sometidos a la prosecución del interés general.

B) VULNERACIÓN DEL TÍTULO VII DEL TFUE POR INCITAR A CONDUCTAS OBJETIVAMENTE DISTORSIONADORAS DE LA COMPETENCIA.

⁹ Vid. Recomendación 1/2012, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, publicada en el BOE de 10 de abril de 2012.

37.- Lo indicado en el párrafo 33 de estos fundamentos jurídicos, además de ser calificable como ayuda a un licitante concurrente, provocando la contravención del concurso con la directiva comunitaria 2014/23/UE, **también podría constituir una ayuda de estado ilegal contraria a los principios de mercado único, de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo.** La Jurisprudencia del TJUE ha sentado una sólida doctrina por la que se califica como ayuda de estado incompatible con el mercado único aquellas ayudas *a)* facilitadas por un estado miembro o con el concurso de fondos públicos –tal como los que gestiona el BEI-, *b)* dirigidas a las empresas, *c)* que sean selectivas por favorecer a un agente determinado, tal como SCNHVSA, *d)* que sean distorsionadoras, porque afecta a los intercambios comerciales ente estados, circunstancia que también se produce por cuanto ha beneficiado al concesionario frente al resto de los licitantes.

C) VULNERACIÓN DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA IMPUESTA POR EL PACTO DE ESTABILIDAD.

38.- Con la ficción de concesión de obra pública, la infraestructura no entra en el patrimonio de la administración concedente, quien se limita a contabilizar el peaje en la sombra como gasto corriente (en ejercicios futuros). De acuerdo con la reglamentación vigente del Sistema Europeo de Contas (SEC 2010, regulado en el Reglamento UE nº 549/2013, en vigor desde el 1 de septiembre de 2010), tal y como ésta es interpretada por EUROSTAT¹⁰, la propiedad a efectos económico-contables de los activos vinculados a una PPP viene determinada por cuál sea la unidad – administración concedente o socio privado – que soporte la mayoría de los riesgos y/o se beneficie de las ventajas derivadas de dichos activos. Como riesgos, el manual de EUROSTAT identifica los de construcción, el de disponibilidad, el de demanda, el vinculado al valor residual y a la obsolescencia y también – y éste es especialmente interesante para el caso del NHV – “el caso en el cual un concedente asegure la financiación o el otorgamiento de garantías o, incluso, la existencia de cláusulas de resolución del contrato ventajosas, en especial cuando dicha resolución se produce a instancia del contratista”¹¹. Para la oficina estadística de la Comisión Europea, el riesgo sustancial se entiende transferido al contratista si éste soporta el riesgo de construcción y además, el de demanda o disponibilidad. Por el contrario, y esto resulta de nuevo relevante a los efectos de esta denuncia – “*la financiación mayoritaria, la existencia de garantías que cubran la mayoría de la financiación o de cláusulas de resolución que prevean un reembolso mayoritario de los recursos invertidos en caso de resolución a instancia del contratista, significa una ausencia de transferencia efectiva de estos riesgos*”¹². Y por si no bastase con lo anterior, debe tenerse en cuenta que en el caso de que la evaluación de riesgos no arroje un resultado concluyente, deberá averiguarse “*cuál de las entidades en presencia ejerce un control decisivo sobre la naturaleza del activo y sobre la determinación de las condiciones en que el servicio es prestado y, en particular, (a) el nivel de control sobre el proyecto, la calidad, la cantidad y el mantenimiento de los*

¹⁰ Cfr., el manual *Système européen des comptes SEC2010*, Office des publications de la Union Européenne, Luxembourg, 2013, accesible en: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5925793/KS-02-13-269-FR.PDF/cfd0cb42-e51a-47ce-85da-1fbf1de5c86c>.

¹¹ Ibid., pág. 509, punto 20.283, letra e.

¹² Ibidem, pág. 509, punto 20.284.

*activos ejercido por la Administración Pública y (b) la medida en que la Administración Pública puede determinar los servicios producidos, su precio y a quién son prestados*¹³. Así pues esta práctica es contraria al Derecho de la Unión aplicable a los países que adoptaron el Euro como moneda común (artículo 136 TFUE), en particular, **contrario a la disciplina presupuestaria regulada en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento así como en el ‘paquete de las seis medidas’, por cuanto constituye un burdo artificio para eludir contabilizar el coste de la infraestructura como deuda pública, eludir la fiscalización de la Comisión Europea sobre los niveles reales de déficit y deuda pública, eludir en fin el rigor de la aplicación del paquete legislativo sobre supervisión presupuestaria.**

D) VULNERACIÓN DE LA NORMATIVA CONTABLE ‘SEC 95’D Y DEL REGLAMENTO CE N° 2223/96 DEL CONSEJO DE 25 DE JUNIO DE 1996 Y DE LAS DISPOSICIONES POSTERIORES Y ACTOS MODIFICATIVOS.

39.- A la vista del SEC 2010 y de la interpretación que del mismo realiza EUROSTAT, parece evidente que la calificación del contrato para la construcción y explotación de NHV como concesión de obra pública es un mero ardid que busca, ocultando la inexistencia de una transferencia de riesgo sustancial a la UTE adjudicataria, evitar que el canon anual que la Administración gallega deberá pagar hasta el año 2033 sea contabilizado como déficit y deuda pública. Por consiguiente, la pretensión de contabilizar como gasto corriente contra presupuestos futuros de las cuotas máximas anuales convenidas por la concesión no es conforme a la normativa SEC 2010, reguladora del sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad Europea y, en particular, al Reglamento UE n° 549/2013. Esta circunstancia está acreditada en el informe del Consello de Contas de Galicia sobre la financiación del Servicio Galego de Saúde correspondiente a 2011 (páginas 110 y 111)¹⁴:

VI.7. COMPROMISOS DE GASTOS CON CARGO A ORZAMENTOS DE EJERCICIOS POSTERIORES

O artigo 58 do TRLRFOG establece a posibilidade de adquirir compromisos de gastos de carácter plurianual coas condicións e limitacións que nel se especifican. Atendendo á información da conta rendida, a finais de 2011 os compromisos adquiridos con cargo a exercicios posteriores ascendían a 1.740,346 millóns de euros. No seguinte cadro reflíctese o detalle por capítulos e anualidades:

¹³ Ibidem, pág. 509, punto 20.285.

¹⁴ Disponible en:

http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/documents/2011/164_D_Conta_Xeral_Sergas_2011_G.pdf

Respecto do exercicio anterior, os créditos comprometidos en 2011 para exercicios futuros presentan un incremento do 448,1%. Desde a perspectiva económica, estes compromisos repártense en gastos correntes e gastos de capital, cunha proporción do 54% e 46%, respectivamente.

No seguinte cadro detállanse os compromisos de gasto con cargo a exercicios futuros conforme á situación que se extrae da conta rendida:

Cadro 79: Compromisos de gasto con cargo a exercicios futuros (miles de euros)

	2012	2013	2014	2015	2016 e seguintes	Total
Situación a finais de 2010	66.523	19.554	4.191	443	261	90.973
Anulación de compromisos en 2011 de exerc anteriores	-16.681	-9.674	-80	0		-26.436
Compromisos adquiridos con anterioridade a 2011	49.841	9.880	4.111	443	261	64.537
Compromisos adquiridos en 2011	194.263	59.233	82.454	77.008	1.262.851	1.675.809
Situación a finais de 2011	244.104	69.113	86.565	77.451	1.263.112	1.740.346

O significativo incremento que ten lugar no exercicio concéntrase nos compromisos derivados do contrato de concesión de obra para a construción e explotación do Novo Hospital de Vigo (1.329 millóns de euros para os exercicios 2014-2033) e o contrato da central loxística (92 millóns de euros para os exercicios 2012-2022). Estes contratos absorben o 82% do total dos compromisos futuros do organismo, elevando de forma considerable os períodos de tempo aos que ata agora se vinculaban os compromisos plurianuais.

En outras palabras, como consecuencia del contrato del NHV, los compromisos de gasto del *Servicio Galego de Saúde*, con cargo a ejercicios futuros, **se incrementó en un 82% comprometiendo la sostenibilidad del sistema gallego de salud.**

E) VULNERACIÓN DE LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN ESTABLECIDAS PARA LOS PROYECTOS FINANCIADOS POR EL BEI

40.- Sintetizando lo dispuesto en sus normas rectoras, la Guía de Contratación elaborada por el BEI en 2011¹⁵ establece que en todos los proyectos financiados por el Banco han de cumplirse las normas comunitarias de contratación pública: las Directivas, en el caso de los contratos sometidos a su ámbito de aplicación o, en caso contrario, las normas de Derecho originario tal y como son declaradas e interpretadas por el TJUE. Parece evidente que, por todo lo argumentado hasta el momento, dichas normas no han sido respetadas: ni se transfiere al contratista privado un riesgo operacional sustancial a pesar de calificarse el contrato como “concesión de obra pública” ni se ha respetado el régimen jurídico establecido por el Derecho comunitario para la modificación de los contratos ya celebrados, en perjuicio de la concurrencia y de la igualdad de trato entre los licitadores.

¹⁵ http://www.eib.europa.eu/attachments/thematic/procurement_en.pdf.

F) PETICIONES:

41.- La Comisión a la que me dirijo, tras los oportunos trámites **debe instar a la Administración incumplidora, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 44, a) y 43, 1, e) en relación con el número 4. a) del mismo artículo de la Directiva 2014/23/UE, a resolver la ‘concesión’ y su rescate al concesionario.**

42.- En tanto no se ejecute la petición del párrafo 41, **el contrato ‘concesional’ debe ser contabilizado como deuda pública por inversión y no gasto corriente a cargo de ejercicios futuros, computando como déficit público.**

G) OTROSÍ DIGO:

43.- La entidad denunciante se postula como parte interesada, habida cuenta del carácter gravemente lesivo para el Derecho de la Unión Europea y para los intereses generales de la contratación y relativos a la prestación de servicios sanitarios. En consecuencia solicita la condición de **ser tenido como parte interesada con derecho a ser informada en dicho procedimiento.**

44.- **Se autoriza a la Comisión a revelar la identidad de la denunciante** en sus comunicaciones con las autoridades del Reino de España a las que podrá remitirse el texto íntegro de la presente denuncia, al objeto de que puedan alegar lo que a su derecho convenga, renunciándose expresamente a cualquier estatuto de confidencialidad que pudiera corresponderle.

En Vigo, a 1 de septiembre de 2015.



Antón Beiras Cal
ECONOMISTA, AUDITOR, ABOGADO TRIBUTARISTA
I.C.A. Vigo nº 3.229 ROAC nº 14.990 I.C.E. Pontevedra nº 979
antonbeiras@antonbeiras.com
Avda. García Barbón, 22. 7ºB · 36201 VIGO-Pontevedra
Tifs.: 986 229 270 / 986 229 455 · Fax: 886 112 845

Fdo. : Antón Beiras Cal.