

#5

CCIES

**INICIATIVA PRIVADA
EN LAS CONCESIONES DE
OBRAS Y SERVICIOS**
SU REGULACIÓN EN LA LEY DE
CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

INFORME DE POSICIÓN

NOVIEMBRE 2019

Este documento representa la opinión de un grupo de trabajo de la Cámara de Concesionarios de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios Públicos (CCIES) y pretende contribuir a un debate informado sobre la figura de la iniciativa privada en el ámbito de las concesiones de obras y servicios.

El documento no pretende representar una opinión formal, completa ni definitiva de CCIES, ni de ninguna otra empresa asociada de la Cámara, ni de los miembros de la Comisión redactora.

La finalidad es difundir el conocimiento interno de la Cámara en el momento de su elaboración, por lo que el contenido podrá ser sometido a las revisiones y actualizaciones oportunas.

CCIES no asume ninguna responsabilidad por un uso incorrecto del contenido, o por interpretaciones erróneas y/o parciales que no sean reflejo del contenido total del informe.

CCIES en su compromiso de actuar bajo cualquier circunstancia de forma transparente y con integridad en el desarrollo de su actividad está inscrita en el Registro de Transparencia de la Unión Europea (UE) con número de identificación 348411013928-32 y en el Registro de Grupos de Interés de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

CONTENIDO

01 INTRODUCCIÓN

02 RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INICIATIVA PRIVADA

1. LA INICIATIVA PRIVADA: CARACTERÍSTICAS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN
2. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LA INICIATIVA PRIVADA

2.1 PRESENTACIÓN POR EL PROPONENTE DE UN «ESTUDIO DE VIABILIDAD

2.2 VALORACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTUDIO DE VIABILIDAD Y DECISIÓN DE TRAMITARLO

2.3 PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN PROMOVIDO POR LA INICIATIVA PRIVADA

3. LA INICIATIVA PRIVADA EN LA CONCESIÓN DE SERVICIOS
4. PARTICULARIDADES CUANDO EL PODER ADJUDICADOR ES UNA ENTIDAD LOCAL

03 CONSIDERACIONES FINALES

04 REFERENCIAS

05 NOTAS

01 INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la contratación pública, la expresión «iniciativa privada» se utiliza con frecuencia en un sentido amplio, para hacer referencia a la *participación* del sector privado en modelos de colaboración público-privada (PPPs).

Sin embargo, en este Informe la expresión «iniciativa privada» se emplea en un sentido más específico —más literal, si se quiere— para referirnos a aquellos modelos de colaboración público-privada que *se inician* a instancias del sector privado. Supuestos en los cuales el privado no sólo está interesado en participar en el proyecto, sino que, de hecho, *presenta la propuesta inicial*.

Por tanto, la «iniciativa privada» alude aquí a la posibilidad de que operadores privados *identifiquen y propongan* a la Administración pública proyectos de obras o servicios con el fin de dinamizar el patrimonio de las Administraciones Públicas y la promoción en la prestación de servicios.

El Banco Mundial, que desde hace años lleva a cabo un seguimiento global de los PPPs, define la iniciativa privada (que en el ámbito anglosajón recibe la descriptiva denominación de «propuesta no solicitada» —*unsolicited proposal*—) como:

«la propuesta hecha por un privado para acometer un proyecto de PPP enviado por iniciativa del privado y no en respuesta a una solicitud de la autoridad pública»¹.

En el contexto internacional, es muy habitual el recurso a la iniciativa privada como fuente de propuestas para proyectos de interés público. La particularidad de la iniciativa privada es que *altera el orden normal de intervención del privado* en los procedimientos de licitación: lo habitual es que sea la Administración la que asuma la tarea de detectar las carencias o necesidades más perentorias para el interés público y, posteriormente, ponga en marcha los procedimientos para satisfacer estas necesidades. Sin embargo, en el caso de la iniciativa privada es el sector privado el que lleva a cabo este primer análisis y propone un proyecto que somete al estudio y valoración de la Administración².

Es importante señalar desde el principio que la iniciativa privada no otorga al proponente el derecho a una adjudicación directa de la concesión: si la Administración considera que el proyecto propuesto resulta viable y oportuno, pondrá en marcha un procedimiento de licitación para que los operadores privados interesados presenten sus ofertas.

Históricamente, la iniciativa privada se encuentra en la génesis de los principales proyectos de infraestructuras —tanto en nuestro país como fuera de él—, extendiéndose al ámbito viario, ferroviario y también local y patrimonial (deportivo, residencias, tercera edad, vivienda, etc.).

Modernamente, el antecedente más directo de la iniciativa privada —y en el que se inspira la legislación actual— es la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas. Esta Ley añadió un nuevo apartado a la ley de contratos entonces vigente, en cuyo artículo 227.5 se introducía el régimen de la iniciativa pública, con unas características similares a las que esta figura tiene en la actualidad. Esta posibilidad se mantuvo en las distintas leyes posteriores, incluida la ley inmediatamente anterior a la actual (el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre [«**TRLCSP**»]).

En la actualidad, la iniciativa privada en España se encuentra regulada en los artículos 28.3 y 247.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/JUE, de 26 de febrero («**LCSP**»). Como se verá, la regulación de la LCSP pretende fomentar el uso de esta herramienta y por eso amplía su ámbito de aplicación y otorga mayores derechos a quienes presenten propuestas que finalmente den lugar a una licitación.

TRLCSP	LCSP
<ul style="list-style-type: none"> • Se admite la iniciativa privada para las concesiones de obras públicas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se admite la iniciativa privada para las concesiones de obras y de servicios.
<ul style="list-style-type: none"> • No se indican cuáles son los principios que deben regir en la iniciativa privada. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se aclara que la iniciativa privada debe respetar los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia.
<ul style="list-style-type: none"> • Si el estudio se tramita, su autor no obtiene ninguna puntuación extra en el procedimiento de licitación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Si el estudio se tramita, su autor tendrá derecho a 5 puntos porcentuales adicionales a los obtenidos por aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares.
<ul style="list-style-type: none"> • Si finalmente el proponente no resulta adjudicatario, resarcimiento de los gastos para elaborar el estudio de viabilidad + 5%. 	<ul style="list-style-type: none"> • Si finalmente el proponente no resulta adjudicatario, resarcimiento de los gastos para elaborar el estudio de viabilidad +5% [la regulación no varía].
<ul style="list-style-type: none"> • El importe de los gastos para elaborar el estudio de viabilidad lo fija la Administración en función de los que resulten acreditados, conformes con la naturaleza y contenido del estudio y de acuerdo con los precios de mercado. 	<ul style="list-style-type: none"> • El importe de los gastos para elaborar el estudio lo fija la Administración en función de los que resulten justificados por quien haya presentado el estudio.
<ul style="list-style-type: none"> • No se decía nada en cuanto a la posibilidad de que la iniciativa privada operase bajo la modalidad de economía mixta, pero la D.Ad. 29.^a permitía que las concesiones adoptasen esta fórmula. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se aclara que la iniciativa privada también puede operar en la modalidad de sociedad de economía mixta.

Tabla 1: Comparativa. Régimen de la iniciativa privada en la normativa anterior (TRCLSP) y en la actual (LCSP).

El objetivo de este Informe es exponer, de manera descriptiva, la actual regulación de la iniciativa privada y su integración con el resto de la normativa de contratación pública.

02 RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INICIATIVA PRIVADA

1.- LA INICIATIVA PRIVADA: CARACTERÍSTICAS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

En principio general de la iniciativa privada se recoge en el artículo 28.3 LCSP. Este apartado —que no figuraba en el artículo 22 TRLCSP, equivalente al actual artículo 28 LCSP— establece lo siguiente:

«3. De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta»³.

El artículo 28 LCSP se engloba dentro del conjunto de disposiciones que regulan la racionalidad y consistencia en la contratación del sector público, para garantizar que la actividad de contratación del sector público se guía por criterios de necesidad, idoneidad y eficiencia⁴. Señalamos esto porque, a nuestro juicio, la ubicación de la iniciativa privada en este punto de la Ley pone de manifiesto dos cosas:

- a) Que el legislador considera que la iniciativa privada es una vía para lograr la racionalidad, la idoneidad y la eficiencia en la contratación. El sector privado aparece, no en su papel de proveedor de obras, servicios o suministros (de contratista, en definitiva), sino como orientador o promotor de la actividad pública, con sus conocimientos y técnicas.
- b) A la inversa, que la iniciativa privada está sometida a un «*test de necesidad, idoneidad y eficiencia*», por lo que sólo resultará admisible en la medida en que satisfaga estos requisitos.

Por lo que respecta al **ámbito de aplicación** de la iniciativa privada:

— ¿Qué *tipo de entidades* pueden hacer uso de la iniciativa privada? La LCSP regula la iniciativa privada para referirse a la actividad contractual de *todo* el sector público, no sólo de las Administraciones Públicas⁵.

— ¿Para qué *tipo de contratos*? El artículo 28.3 LCSP permite la iniciativa privada «*en particular* con respecto a los contratos de concesión de obras y

concesión de servicios». La inclusión de la concesión de servicios es una de las novedades de la LCSP en la regulación de esta figura (el TRLCSP sólo permitía esta posibilidad en relación con la concesión de obra pública⁶).

Por lo demás, el uso por el artículo 28.3 LCSP de la locución adverbial «en particular» —que la RAE define como «singular o especialmente» — genera dudas en cuanto a si cabe la iniciativa privada en contratos distintos de las concesiones de obras o servicios. Desde un punto de vista teórico, nada impediría que la iniciativa privada pudiera emplearse en otro tipo de contratos, ya sean obras, suministros o servicios, o incluso en contratos de naturaleza patrimonial (otorgamiento de derechos de superficie, arrendamientos, etc.).

— *¿Qué tipo de proyectos* pueden ser objeto de iniciativa privada? La ley española no fija límites⁷ por lo que, atendiendo a la definición de este tipo de concesiones (arts. 14 y 15 LCSP), la iniciativa privada puede actuar en un ámbito muy variado de proyectos de obras y servicios, por ejemplo:

- a) Construcción y explotación de una obra nueva.
- b) Reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de elementos construidos (art. 14.1 LCSP).
- c) Adecuación, reforma o modernización de una obra existente para adaptarla a las características técnicas y funcionales necesarias para un correcto funcionamiento (art. 14.2.a) LCSP).
- d) Reposición y gran reparación (art. 14.2.b) LCSP).
- e) Prestación de servicios que sean titularidad o competencia del poder adjudicador al que la iniciativa privada se dirija, tanto si estos no se habían prestado hasta la fecha como si estaban siendo gestionados directamente por la Administración (art. 15.1 LCSP).

Por tanto, la iniciativa privada no se limita a supuestos de una infraestructura o servicio inexistente. También es posible acudir a esta fórmula en obras o servicios que ya existían pero que hasta ese momento hubieran estado gestionados directamente por la Administración⁸; e incluso en el caso de obras o servicios que ya sean objeto de una concesión previa con un ámbito o características más limitadas⁹.

2.- RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LA INICIATIVA PRIVADA

La regulación general de la iniciativa privada se contiene en el artículo 247 LCSP. Este artículo regula las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras, pero también se aplica —por remisión— al contrato de concesión de servicios.

En el presente apartado analizaremos este régimen general, atendiendo a los tres hitos principales en los que se concreta: (1) la presentación por el proponente de un *estudio de viabilidad* que dé inicio al procedimiento; (2) la *valoración* por la Administración del estudio de viabilidad y la decisión de tramitarlo o no; y (3) las *particularidades* del procedimiento de licitación de un contrato de concesión promovido por la iniciativa privada.

2.1. Presentación por el proponente de un «estudio de viabilidad»

La decisión del privado de promover un determinado proyecto se materializa en la elaboración y presentación de un «estudio de viabilidad» (art. 247.5 LCSP).

El «estudio de viabilidad» es un documento preparatorio fundamental para la posterior licitación de concesiones de obras o servicios¹⁰ que contiene los datos, análisis, informes o estudios que desarrollan la finalidad y justifican la viabilidad de la concesión, así como sus ventajas (art. 247.1 LCSP). Habitualmente, el estudio de viabilidad lo elabora el poder adjudicador, como parte de las actuaciones preparatorias del contrato de concesión. No obstante, en el caso de la iniciativa privada, su elaboración corre a cargo de un privado, lógicamente por voluntad del propio interesado.

Los aspectos que debe cubrir el estudio de viabilidad presentado por un privado son exactamente *los mismos* que deben incluirse en los estudios de viabilidad que elabora la Administración (art. 247.2 LCSP):

a) Finalidad y justificación de las obras, así como definición de sus características esenciales.

b) Justificación de las ventajas cuantitativas y cualitativas que aconsejan la utilización del contrato de concesión de obras frente a otros tipos contractuales, con indicación de los niveles de calidad que resulta necesario cumplir, la estructura administrativa necesaria para verificar la prestación, así como las variables en relación con el impacto de la concesión en la estabilidad presupuestaria.

- c) *Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de las obras en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión.*
- d) *Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.*
- e) *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.*
- f) *Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratar de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.*
- g) *Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de las obras.*
- h) *Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de las obras con la justificación, asimismo, de la procedencia de ésta.*
- i) *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.*
- j) *El valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación del riesgo operacional, así como los criterios que sean precisos para valorar la tasa de descuento.*
- k) *Existencia de una posible ayuda de Estado y compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los casos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma.*

En cuanto a la conducta del proponente en este trámite cabe hacer los siguientes **comentarios**:

1.º El proponente sólo debe presentar el estudio de viabilidad

La LCSP prevé que el proponente elabore y presente «únicamente» el estudio de viabilidad («únicamente» entre comillas porque el estudio de viabilidad es un documento complejo cuya correcta elaboración consume un tiempo y esfuerzos notables)

No está previsto que, además, el privado deba hacerse cargo de la redacción de otros documentos, como el anteproyecto de construcción y explotación, o el proyecto de construcción de las obras (Informe 1/2009, de 13 de febrero, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana¹¹). Tampoco se prevé que el proponente deba hacerse

cargo de elaborar el pliego de cláusulas administrativas o de prescripciones técnicas.

2.º Dudas sobre la posibilidad de sustituir el estudio de viabilidad por un estudio de viabilidad-económico financiera

La Ley permite que la Administración concedente acuerde, motivadamente, sustituir el estudio de viabilidad por un estudio de viabilidad económico-financiera, con un contenido más reducido y menor nivel de detalle que el del estudio de viabilidad (art. 247.6 LCSP).

Esta potestad opera cuando las actuaciones preparatorias del contrato de concesión se inician de oficio por la Administración. Sin embargo, en el caso de la iniciativa privada, la LCSP no prevé que el proponente pueda sustituir la presentación de un estudio de viabilidad completo por un estudio de viabilidad económico-financiera. La Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana rechaza esta posibilidad (Informe 1/2009, de 13 de febrero¹²). No obstante, algunos autores se han mostrado de un parecer contrario y consideran que no existe razón para que esta misma posibilidad no pueda aplicarse en el caso de la iniciativa privada¹³.

3.º El estudio debe justificar la viabilidad económica del proyecto, al tiempo que acredita la traslación al concesionario de un riesgo operacional suficiente

En lo que respecta a los aspectos económicos y financieros de la futura concesión, al redactar el estudio de viabilidad el proponente tiene ante sí una tarea compleja y delicada:

- a) De una parte, el estudio tiene que justificar la viabilidad económica del proyecto, proponer un sistema de financiación, recoger previsiones de la demanda de uso, y el resto de información que permita concluir a la Administración que el proyecto podrá llevarse a cabo y que será económicamente sostenible.
- b) De otra, sin embargo, debe contener un sistema de atribución de costes e ingresos que transfiera al futuro concesionario el denominado «*riesgo operacional*». La LCSP define este tipo de riesgo como aquél por el cual (art. 14.4 LCSP):

«... no está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el [concesionario] vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes

en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer 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.»

Es decir, la Ley espera que, en su estudio de viabilidad, el proponente —que se acerca a la Administración con una iniciativa porque considera que su proyecto, además de necesario, puede resultar económicamente interesante— plantee una estructura que no garantice que el futuro concesionario recupere las inversiones realizadas, ni cubra costes de explotación. La tarea de conciliar estos extremos no es imposible pero, como se acaba de indicar, sí es delicada. En última instancia, corresponderá a la Administración que evalúe el proyecto determinar si el estudio de viabilidad lo ha conseguido.

4.º El estudio puede prever la constitución de una sociedad de economía mixta

La disposición adicional 23.ª LCSP permite que las concesiones de obras y servicios se adjudiquen a una sociedad de economía mixta en la que concurre mayoritariamente capital público con capital privado. En línea con esta previsión, la LCSP especifica que, en su estudio de viabilidad, el proponente de la iniciativa privada podrá plantear que la concesión se adjudique a una sociedad de estas características (art. 28.3 LCSP).

2.2. Valoración por la Administración del estudio de viabilidad y decisión de tramitarlo o no

El estudio de viabilidad del proponente se elevará al órgano competente, que dispondrá de tres meses (ampliables hasta seis), para analizar el documento y decidir si procede su tramitación o no. Si transcurrido este plazo la Administración no se ha manifestado, el silencio administrativo tiene en este caso sentido negativo (art. 247.5 LCSP).

La Ley española no regula expresamente cómo o con arreglo a qué criterios debe la Administración llevar a cabo ese proceso de valoración. No obstante, de lo dispuesto en el artículo 28.3 LCSP se deduce que el ejercicio de la potestad discrecional de que goza aquí la Administración debe basarse principalmente en los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia. Concretamente:

a) En relación con la *necesidad*, la Administración debe determinar si el proyecto recibido se enmarca dentro de las competencias que ésta ostenta; si encaja con las políticas, guías o planes de desarrollo en vigor —tanto si se trata de planificación propia como europea o que afecte a más de una Administración—; si aborda una cuestión para la que aún no hay satisfacción o si, por el contrario, resulta redundante; si, además de ser necesario, presenta un nivel de prioridad suficiente¹⁴, etc.

b) La *idoneidad* atiende a cuestiones de tipo técnico que confirmen la solución propuesta, el concreto objeto de la concesión; validez de las obras o servicios propuestos, existencia de alternativas, de los datos y estimaciones utilizadas; coherencia del proyecto en su conjunto; valoración de posibles alternativas, etc.

c) La *eficiencia*, finalmente, pone el foco en valoraciones de tipo económico y de maximización de la utilidad de los recursos involucrados (*value for money*): verificación de las ventajas que aconsejan la utilización del contrato de concesión de obras frente a otras modalidades contractuales; comparativa con la eficiencia de otras fórmulas de gestión de la infraestructura o servicio; revisión de las variables financieras involucradas (coste, ingresos, necesidad de aportación de fondos públicos); confirmación del nivel de riesgo operacional transferido al socio privado, etc.

Además de estos principios básicos, el análisis de la Administración también deberá valorar otras cuestiones de tipo formal (p.ej., confirmar que el estudio de viabilidad aborda todos los puntos del art. 247.1 LCSP) y material (p.ej. determinar si los gastos que el proponente imputa a la elaboración del estudio de viabilidad están acreditados y resultan razonables¹⁵).

Si, tras este análisis, la Administración acuerda tramitar la iniciativa presentada, continuará con el resto de las actuaciones preparatorias del contrato de concesión —tal y como si el estudio de viabilidad lo hubiera elaborado ella misma—, ordenando en primer lugar que el estudio de viabilidad se someta a información pública (art. 247.3 LCSP).

Aunque la LCSP no especifica si la negativa de la Administración a tramitar la iniciativa privada —o el silencio desestimatorio—, es recurrible en la vía administrativa o en la judicial, esta posibilidad no se puede descartar. Sobre todo, si se tiene en cuenta que se trata de una decisión discrecional y, por tanto, sujeta al control jurisdiccional (art. 106.1 CE). A la misma conclusión llega GARCÍA-TREVIJANO GARNICA¹⁶.

2.3. Procedimiento de licitación de un contrato de concesión promovido por la iniciativa privada

El procedimiento de licitación de un contrato promovido por la iniciativa privada es igual al surgido de la iniciativa pública, salvo por dos estímulos que la LCSP otorga al proponente como medida de fomento a la iniciativa privada (art. 247.5 LCSP):

- a) Un **5% de puntuación adicional** a la hora de aplicar los criterios de adjudicación que establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- b) Adicionalmente si, concluido el procedimiento, el proponente no resulta adjudicatario, tiene **derecho al resarcimiento** de los gastos efectuados para la elaboración del estudio de viabilidad, incrementados en un 5% como compensación.

Esta compensación la puede abonar directamente la Administración, o se puede imponer al concesionario, como condición contractual en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares.

El otorgamiento de estos dos derechos al proponente que vea tramitado su estudio de viabilidad suscita los siguientes **comentarios**:

1.º Compatibilidad de estos derechos con los principios de igualdad de trato y no discriminación

En el pasado existían dudas sobre si la iniciativa privada era coherente con la exigencia de igualdad de trato a los licitadores que impone la normativa europea. En la actualidad, estas dudas iniciales se han despejado a favor de un reconocimiento de la compatibilidad de este tipo de medidas con los principios de igualdad de trato y no discriminación. El Consejo de Estado, por ejemplo, que alertó inicialmente de este riesgo (2001), ha eliminado su objeción inicial en sus dictámenes posteriores¹⁷.

En primer lugar, en relación con la mejora en la puntuación final de la oferta —previsión que se introdujo en la LCSP durante el procedimiento de tramitación parlamentaria—, los estudios del Banco Mundial han acreditado que este tipo de medidas, siempre que se mantengan dentro de un porcentaje reducido, no causan un impacto real en la competencia¹⁸. Del mismo modo, el Banco Europeo de Inversiones ha validado esta práctica, siempre que la bonificación tenga un porcentaje reducido¹⁹.

Por lo que respecta a la compensación por el coste de elaboración del estudio de viabilidad, parece una medida proporcionada —siempre que, como establece la LCSP, responda a costes acreditados—, coherente además con el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto de la Administración. En este sentido, la reducción del 10% al 5% en el incremento en la compensación —que data de la Ley anterior, no de la LCSP— es una medida adicional que minimiza el riesgo de favorecer al proponente por encima del resto de licitadores.

2.º *¿Se pueden transmitir estos derechos a un tercero?*

La LCSP no regula la posibilidad de que el proponente pueda ceder estos derechos. No obstante:

a) En cuanto al derecho a recuperar el coste de elaboración del estudio de viabilidad incrementado en un 5%, no se aprecian elementos que impidan su cesión. Se trata de un supuesto de cesión de crédito presente o futuro —dependiendo de cuándo tenga lugar la cesión—, que es un mecanismo habitual en la financiación de infraestructuras públicas²⁰.

b) Más dudoso resulta, por el contrario, que el proponente pueda ceder a un tercero su derecho a obtener un incremento del 5% en la valoración global de su oferta. Cabe que la Administración concedente considere que este derecho se otorgó específicamente al proponente *intuitu personae* —en atención a la iniciativa mostrada y el acierto en la solución propuesta— y que por tanto no se entienda transmisible a terceros²¹.

Lo anterior no impide, lógicamente, que el proponente presente su oferta agrupado con otros licitadores, en cuyo caso sería la agrupación la que se beneficiaría de este incremento en la puntuación final²².

3.º *Para que el proponente obtenga estos derechos es necesario que el estudio de viabilidad presentado sea suficiente. Riesgos aparejados a la suficiencia o insuficiencia del estudio*

La LCSP condiciona el otorgamiento de estos dos derechos a que el estudio de viabilidad presentado resulte suficiente de acuerdo con su propia finalidad (art. 274.5 LCSP). Esta condición tiene todo el sentido, pero el empleo de un concepto jurídico indeterminado como el de «suficiencia» entraña un riesgo para el proponente que haya trabajado con seriedad en la elaboración de un estudio de viabilidad, invirtiendo tiempo y esfuerzo. ¿Cualquier

cambio, variante o completamiento del estudio original implicaría su insuficiencia y privaría al proponente de estos derechos?²³

A nuestro juicio, en este caso debe estarse a los principios de buena fe y confianza legítima que rigen la actuación de las Administraciones Públicas (art. 3.1.e) Ley 40/2015). El que un estudio de viabilidad sea «suficiente» —es decir, bastante para lo que se necesita— no implica que deba estar acabado o perfecto, ni tampoco que deba carecer del más mínimo defecto. La Administración debe poder introducir variaciones no sustanciales en el estudio, ajustes o enmiendas a algunas deficiencias, sin que por ello se frustre el derecho del proponente a obtener las ventajas que el artículo 247.5 LCSP le otorga.

Por otra parte, al ser la iniciativa privada un procedimiento iniciado a solicitud del interesado resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Ley 39/2015, que obliga a la Administración a requerir al interesado para que subsane los defectos en que incurra la documentación aportada, a la vista de lo que disponga la legislación específica aplicable (en este caso el art. 247.5 LCSP). Por tanto, si la Administración considera que el estudio aportado es insuficiente y procede subsanarlo, deberá conceder trámite de subsanación al proponente, antes de rechazarlo de plano.

Del mismo modo, tampoco sería admisible que la Administración dejase «morir» la iniciativa privada —permitiendo que transcurriese el plazo de 3 meses sin pronunciarse sobre el estudio— y, posteriormente, licitase ese proyecto, u otro muy similar, sin reconocer su autoría al proponente.

4.º La LCSP no exige que el proponente presente oferta

La LCSP no impone al proponente la obligación de presentar una oferta al procedimiento de licitación posterior. Por tanto, sería teóricamente posible que el proponente no presentase oferta —renunciado así a su derecho a una bonificación del 5% en la puntuación final—, pero reclamase la compensación por los gastos efectuados para la elaboración del estudio.

5.º Elementos a tener en cuenta para valorar el coste de elaboración del estudio de viabilidad. Momento para llevar a cabo esta valoración

El derecho del proponente no adjudicatario a ser compensado por el coste de elaboración del estudio de viabilidad determina que la Administración deba validar las cifras y conceptos que aquél proponga. En las últimas leyes

los criterios legales para que la Administración lleve a cabo esta fijación (actuación también fiscalizable ante la jurisdicción contencioso-administrativa) han variado ligeramente:

- En 2003 la Ley disponía que el importe de los gastos se determinaría *«en función de los que resulten acreditados por quien haya presentado el estudio, conformes con la naturaleza y contenido de éste y de acuerdo con los precios de mercado»* (además de que incrementaba la compensación en un 10% y no en un 5%). Los mismos criterios de valoración se mantuvieron en la Ley 30/2007, aunque esta Ley redujo al 5% el incremento de la compensación.
- La LCSP mantiene el porcentaje del 5% pero da nueva redacción a los criterios de valoración al indicar que el coste de elaboración del estudio *«será determinado en función de los que resulten justificados por quien haya presentado el estudio»* (art. 247.5 LCSP).

Del cambio en la redacción de este precepto parece desprenderse la voluntad del legislador de flexibilizar los criterios para determinar el coste del estudio —es un hecho que, en el pasado, determinadas iniciativas privadas han quedado encalladas por la dificultad de la Administración para validar los costes presentados por el proponente—. Como es evidente esta flexibilización no exime a la Administración de la obligación de fijar este coste con la mayor precisión posible. Un coste del estudio injustificadamente elevado supondría, bien un gasto innecesario para las arcas públicas (si lo asume la Administración), bien un elemento discriminatorio (si lo asume el adjudicatario).

La LCSP no dice *cuándo* debe llevarse a cabo esta valoración, lo que en la práctica ha llevado a las Administraciones a mantener criterios dispares (en algunos casos la valoración se ha llevado a cabo junto con el análisis del estudio en su conjunto; en otros, se ha llevado a cabo con posterioridad, tras constatar que el proponente no había resultado adjudicatario y procedía la compensación).

A nuestro juicio parece razonable que la valoración tenga lugar durante la fase preparatoria, tanto si se prevé que este coste lo asuma la Administración como si se pretende trasladar esta obligación al adjudicatario.

- En el primer caso —cuando pague la Administración— porque resulta coherente con la normativa presupuestaria que rige en la contratación pública.
- En el segundo —cuando pague el adjudicatario— porque, a la hora de preparar la oferta, los licitadores deben saber cuánto tendrán que abonar al promotor de la iniciativa privada si resultan adjudicatarios.

3.- LA INICIATIVA PRIVADA EN LA CONCESIÓN DE SERVICIOS

Una de las novedades de la LCSP en lo relativo a la iniciativa privada es que actualmente esta figura también puede operar en el ámbito de las concesiones de servicios, mientras que hasta ahora sólo se permitía en el caso de las concesiones de obra.

Aunque en esencia, el régimen de la iniciativa privada en las concesiones de servicios es el mismo que en las concesiones de obra —el art. 297 LCSP se remite a las previsiones del contrato de concesión de obra— existen ciertas particularidades cuando el objeto de estas concesiones es un servicio público²⁴.

La LCSP recoge diversas especialidades para tramitar un contrato de concesión de servicios cuando el servicio en cuestión sea un servicio público. Así, por ejemplo:

- a) Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, la Administración deberá haber establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio (art. 284.2 LCSP).
- b) El adjudicatario de un contrato de concesión de servicios está obligado a prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas (art. 288.a) LCSP).

Aunque, en su mayor parte de este tipo de previsiones se refieren a cuestiones que la Administración concedente deberá tener en cuenta a la hora de tramitar la adjudicación del contrato, es importante que el proponente también las tenga presentes, en la medida en que pueden afectar a su estudio de viabilidad.

4.- PARTICULARIDADES CUANDO EL PODER ADJUDICADOR ES UNA ENTIDAD LOCAL

La disposición adicional 3.^a LCSP establece una serie de normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales. En su apartado 5 dispone lo siguiente:

«En los contratos de concesión de obras y de servicios, el expediente acreditativo de la conveniente y oportunidad de la medida que exige el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen local, con el contenido reglamentariamente determinado, se tramitará conjuntamente con el estudio de viabilidad regulado en esta Ley.»

Por tanto, de acuerdo con esta previsión, cuando el poder adjudicador sea una Entidad Pública Local entre las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras o servicios deberá incluirse el expediente al que se refiere el artículo 86.1 LBRL, cuando resulte procedente.

Adicionalmente, cuando el objeto de la concesión sea un servicio público local, el análisis de eficiencia de la iniciativa propuesta debe ponerse en conexión con lo que dispone el artículo 85 LBRL.

Ya se ha indicado que uno de los análisis que la Administración debe llevar a cabo en relación con la iniciativa privada debe centrarse en la *eficiencia* de la propuesta.

Con carácter general, esta exigencia conecta con el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos que recoge el artículo 3.1 de la Ley 40/2015. Adicionalmente, en el caso de los servicios públicos de competencia local, la necesidad de maximizar esta eficiencia se reitera en el artículo 85.2 LBRL. Conforme a este artículo, de los distintos modos en que puede gestionarse un servicio público de competencia local, tanto directos como indirectos, las Entidades Locales deben optar por *«la forma más sostenible y eficiente»*.

Lo anterior implica que, en el caso de las Entidades Locales, el análisis de eficiencia de la iniciativa privada debería valorar este parámetro en conexión con el citado artículo 85.2 LBRL y, por consiguiente, determinar si la fórmula propuesta por el privado es —o no— la más eficiente de las posibles.

03 CONSIDERACIONES FINALES

1. La iniciativa privada forma parte de un conjunto de mecanismos que —junto con otras figuras, como las consultas preliminares del mercado, el procedimiento de diálogo competitivo— incorporan la experiencia y conocimientos del sector privado a las fases iniciales de los contratos del sector público. Su utilización contribuye a que la contratación pública se ajuste a la realidad social, la realidad técnica y económica y al mercado de posibles licitadores.

Uno de los retos más importantes que conlleva la iniciativa privada consiste en utilizar con éxito estas ventajas y, simultáneamente, garantizar el **respeto a los principios de igualdad de trato, concurrencia y no discriminación**. El artículo 70.1 LCSP establece que el órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la preparación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de documentos preparatorios del contrato no falsee la competencia. El hecho de que, en la iniciativa privada, el particular asuma la elaboración de un documento preparatorio esencial como es el estudio de viabilidad no constituye una excepción a la regla del artículo 70.1 LCSP: la Administración tiene ante sí la tarea de garantizar que la génesis privada del proyecto no empañe la transparencia del proceso y de que se respeten los derechos de igualdad de trato del resto de los licitadores.

Este objetivo debe estar presente a lo largo de todo el procedimiento de licitación, pero se concreta, sobre todo en dos instancias:

- a) En la fase de *redacción de los pliegos*. Es necesario que, partiendo de un estudio de viabilidad elaborado por un particular, los pliegos (tanto el de cláusulas administrativas particulares como el de prescripciones técnicas), definan un contrato que respete la imparcialidad en cuestiones esenciales como la definición de soluciones técnicas, los criterios de valoración, etc.
- b) En la fase de *presentación y valoración de las ofertas*. Es innegable que —al menos en el momento en que presenta su estudio de viabilidad— el proponente dispone de un conocimiento de las características técnicas y económicas del proyecto más profundo que el resto de los licitadores. No obstante, los criterios que se empleen para la presentación y valoración de las ofertas deben garantizar la igualdad de trato del resto de los oferentes.

2. En relación con el contenido material del estudio de viabilidad, a nuestro juicio se echa a faltar en la LCSP una regulación en relación con la **defensa de la propiedad intelectual y de la confidencialidad** de algunos de los documentos o propuestas que formen parte de la iniciativa privada.

La Guía de CNUDMI para proyectos de infraestructuras privados planea dos opciones a este respecto: (a) una posibilidad sería que, en supuestos en los que la propiedad intelectual sea esencial para el proyecto, bien se permita la negociación directa «*junto con procedimientos de evaluación comparativa de los costos del proyecto*», bien negociar la adquisición de los derechos de propiedad intelectual necesarios antes de licitar el proyecto²⁵; (b) otra —quizás más realista— consistiría en que, en la medida de lo posible, el procedimiento de licitación que surja de la iniciativa privada no se base en una tecnología en concreto, sino en resultados objetivos (*output oriented*).

3. Quisiéramos cerrar este informe con unas líneas de **valoración final** de la figura y la regulación de la iniciativa privada. Aunque la figura de la iniciativa privada ya estaba presente en nuestro ordenamiento jurídico, la LCSP amplía su ámbito de aplicación y la promueve como una herramienta para garantizar que la contratación del sector público responda a criterios de necesidad, idoneidad y eficiencia.

Los derechos que la LCSP otorga al proponente (bonificación de un 5% en la puntuación final y compensación por el coste del estudio, caso no de no resultar adjudicatario), se consideran una medida de fomento que introduce un estímulo en el privado, sin alterar las bases de la competencia.

Mientras que en otros países (Australia, Italia, Corea del Sur, Sudáfrica, EE.UU., Chile, Colombia o Perú) se utiliza de manera habitual, e incluso en algunos casos mayoritaria, su utilización en España hasta la fecha ha sido relativamente menor y plantea diversos retos, singularmente la preservación de la transparencia y de los principios de igualdad de trato y no discriminación.

La iniciativa privada presenta múltiples ventajas, tanto para el sector público como para el privado: *agilización* de los plazos, *ahorro* al erario público, *cercanía* del proyecto con la realidad social, técnica y del mercado. La iniciativa privada aporta a la Administración la ventaja esencial que supone que empresas especializadas en gestión de obras y servicios públicos y con capacidad de inversión aporten *conocimiento* y medios que complementen

la capacidad pública de creación de proyectos y mejoren su oferta de servicios públicos con nueva oferta de equipamientos e infraestructuras. Todo ello sin mermar sus recursos públicos.

Adicionalmente, la mayor parte de las iniciativas privadas se refieren a infraestructuras o servicios cuya retribución se basa en el pago o copago por uso (ej. ferrocarriles, autopistas, redes de agua, residencias, tercera edad, etc.), al final de las cuales tiene lugar la *reversión* al sector público, libre de cargas y en estado de uso, de las infraestructuras involucradas.

Todo lo anterior resulta plenamente coherente con las iniciativas europeas e internacionales en materia de colaboración público-privada:

a) En el ámbito europeo, la Comisión Europea ha llamado a movilizar las inversiones públicas y privadas con vista a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo, todo ello mediante el desarrollo de fórmulas de colaboración público-privadas²⁶. Tal y como indica la Comisión:

«... En un momento en que la actual crisis económica y financiera está afectando a la capacidad de la Hacienda pública para obtener los fondos necesarios y asignar recursos a proyectos específicos y a políticas importantes, resulta esencial desarrollar el instrumento de la colaboración público-privada. Ha aumentado el interés del sector público por instrumentos financieros innovadores, así como la voluntad política de crear las condiciones necesarias para la realización más eficiente de proyectos de infraestructura en los sectores medioambiental, energético, social o del transporte.»

b) En el ámbito internacional, el objetivo 17 de los «Objetivos de Desarrollo Sostenible» (ODS) marcados por la ONU para 2030 lleva por título «Alianzas para lograr los objetivos» y pone el énfasis en que:

«Un programa exitoso de desarrollo sostenible requiere alianzas entre los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil. Estas alianzas inclusivas construidas sobre principios y valores, una visión compartida, y metas compartidas, que colocan a la gente y al planeta en el centro, son necesarias a nivel global, regional, nacional y local»²⁷.

Confiamos en que este Informe sirva para llamar la atención sobre esta figura hasta ahora infrutilizada, ponga sobre la mesa algunas de las dudas que suscita su aplicación y, finalmente, estimule la utilización de una herramienta que, hábilmente utilizada, constituye un mecanismo para fomentar una eficaz colaboración entre el sector público y el privado.

04 REFERENCIAS

- BANCO EUROPEO DE INVERSIONES, *Guide to Procurement*, Luxemburgo, 2011.
- BANCO MUNDIAL, *Guidelines for the development of a Policy for Managing Unsolicited Proposals in Infrastructure Projects*. Washington, DC. Banco Mundial y Centro de Asesoramiento en Infraestructuras Público-Privadas, 2017.
- BANCO MUNDIAL, *Review of Experiences with Unsolicited Proposals in Infrastructure Projects*, Washington, 2017.
- BANCO MUNDIAL, *Toolkit for Public-Private Partnerships in Roads and Highways*, Banco Mundial, Washington 2009.
- CASARES MARCOS, Anabelén: «El resurgir jurídico de la concesión de obras públicas a iniciativa particular», *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2007.
- CASARES MARCOS, Anabelén, *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*. Montecorvo, 2007.
- CNUDMI, *Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, Viena, ONU, Nueva York 2004.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, «El contrato de concesión de obras públicas en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, n.º 274-275, 2006.
- *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000.
- HERRERA, Antonio, «La cesión de créditos futuros como método de financiación de infraestructuras públicas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 10, 2005.
- Kim, Jay-Hyung, Jungwook Kim, Sunghwan Shin, and Seung-yeon Lee. 2011. *Public-Private Partnership Infrastructure Projects: Case Studies*

from the Republic of Korea. Volume 1, Institutional Arrangements and Performance. Asian Development Bank, Manila, 2011.

- PPPIAF, *Toolkit for Public-private Partnerships in roads & highways*, Washington DC, 2009.
- PPIAF, *Unsolicited Proposals—An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs: An Analysis of global Trends and lessons Learned*, Washington, Dc, Centro de Asesoramiento en Infraestructuras Público-Privadas, 2014.
- PPPLRC, *Public-Private Partnerships in Infrastructure Resource Center (website)*.
- RIDAO I MARTÍN, Joan, «La colaboración entre el sector público y el sector privado en proyectos complejos de infraestructuras y servicios públicos. Una revisión crítica del marco legal en España», *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 134, 2014.
- URÍA MENÉNDEZ y PRICEWATERHOUSECOOPERS. *La inversión en infraestructuras públicas en España*. CEOE, 2013.

05 NOTAS

¹ BANCO MUNDIAL, *Public-Private Partnerships. Reference Guide*, Versión 3, Banco Mundial, Washington DC, 2017. Pp. 190 y ss.

En sus estudios, esta institución financiera recoge numerosos ejemplos del funcionamiento y la regulación de esta modalidad de PPP en países como Australia, Italia, Corea del Sur, Sudáfrica, México, Chile, Colombia, Indonesia, etc.

² Como señala RIDAO I MARTÍN: «generalmente ha sido el sector público, en el caso español a través de alguno de sus niveles de gobierno (estatal, autonómico o local), el que ha identificado las carencias en términos de dotación de infraestructuras vinculadas a la prestación de servicios públicos y, en tal sentido, ha formulado los procedimientos necesarios de conformidad con el marco normativo que corresponda a efectos de convocar a empresas privadas debidamente cualificadas para concurrir en términos de igualdad de condiciones, transparencia y competencia a la adjudicación del proyecto (...) Es en el contexto antes descrito que ha surgido en algunos países la figura de las denominadas "unsolicited infrastructure proposals" (también llamadas Iniciativas Privadas o Proyectos no solicitados por el sector público) como mecanismo través del cual es el mismo sector privado el que identifica, concibe, diseña y propone a la Administración una determinada obra a efectos de ser implementada» (RIDAO I MARTÍN, Joan, «La colaboración entre el sector público y el sector privado en proyectos complejos de infraestructuras y servicios públicos. Una revisión crítica del marco legal en España», *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 1 34, 2014, p. 110).

³ El apartado tercero del artículo 28 LCSP fue adicionado por el Grupo Parlamentario Ciudadanos mediante la enmienda número 333, durante el trámite de enmiendas al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en fecha 16 de marzo de 2017.

La justificación de la enmienda 333 por parte del Grupo Parlamentario Ciudadanos, ante el Congreso de los Diputados, fue la siguiente:

«La iniciativa privada tiene como objeto la participación del sector privado que identifica y propone al sector público un determinado proyecto de obras o servicios con el fin de que se realice bajo los principios de eficiencia y economía. Este mecanismo opera en la actualidad en numerosos países. Así, por ejemplo, en Estados Unidos se articula a través de un sistema de «bonus points» o puntos adicionales en la evaluación de la oferta presentada por el promotor del proyecto, mientras que en Suiza se confiere a dicho promotor el derecho a igualar la oferta más ventajosa de entre las presentadas por los licitadores.

En la Unión Europea, recientemente Italia ha adaptado a su ordenamiento jurídico este mecanismo de iniciativa privada. En este caso, si la propuesta es declarada de «interés público» por el ente concedente, puede iniciarse una licitación pública. Si el promotor del proyecto no resulta adjudicatario, éste puede optar bien por igualar la oferta que ha hecho el adjudicatario o bien exigir que se le reembolsen los costes y gastos ocasionados en la elaboración del proyecto presentado.

Resulta de interés, por tanto, incorporar las tendencias que de un tiempo a esta parte vienen adoptando de forma exitosa nuestros vecinos europeos».

⁴ Capítulo I del Título I del Libro Primero de la LCSP.

⁵ Como hemos indicado, el artículo 28 LCSP se ubica en el Capítulo I del Título I, que recoge las «*Disposiciones generales sobre la contratación del sector público*».

Ciertamente, la regulación posterior de la iniciativa privada (artículos 247 y 297 LCSP) se ubica en unos apartados de la LCSP que regulan las actuaciones preparatorias de los contratos de las Administraciones Públicas y que no son de aplicación obligatoria al resto de entidades del sector público (el artículo 317 LCSP únicamente declara de aplicación obligatoria las reglas de preparación y adjudicación de las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del título II del Libro II LCSP, y cuando los contratos en cuestión estén sujetos a regulación armonizada).

No obstante, la previsión del artículo 28.3 LCSP es aplicable a todas las entidades del sector público, por lo que nada impide a estas entidades admitir la iniciativa privada y aplicar las disposiciones de los artículos 247 y 297 LCSP. Esta conclusión se ve confirmada por el hecho de que, en la actualidad, tanto los contratos de concesión de obras como de servicios son contratos aptos para todo tipo de poderes adjudicadores, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, en que este tipo de concesiones estaban vedadas a las Administraciones Públicas (los artículos 154 y 220 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, limitaban los contratos de concesión de servicios públicos y de obra pública a las Administraciones Públicas).

⁶ La exclusión de la iniciativa privada del ámbito de la concesión para la gestión de servicios públicos bajo la normativa anterior la confirma la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana en su Informe 1/2008, de 2 de junio («*Contratos de gestión de servicios públicos, construcción y gestión de cementerio municipal. Inaplicación del contrato de concesión de obra pública. Características del contrato de gestión de servicio público con obra*»).

⁷ Otros ordenamientos jurídicos sí lo hacen. Por ejemplo:

a) En Italia, por ejemplo, el artículo 183.1 del Código de contratos públicos (aprobado por el Decreto Legislativo 50/16) establece el límite de que, para las infraestructuras relacionadas con obras en red, es necesario que la propuesta privada esté incluida en las herramientas de planificación aprobadas por el Ministerio de Infraestructuras y Transportes («*In ogni caso per le infrastrutture afferenti le opere in linea, e' necessario che le relative proposte siano ricomprese negli strumenti di programmazione approvati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti*»).

b) En Chile no se permite que la iniciativa privada se refiera a obras que, en el momento de su presentación, estén siendo estudiadas por el Ministerio de Obras Públicas para ser licitadas en régimen de concesión (art. 4.1 del Decreto n.º 956, de 1997, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Concesiones).

⁸ Al hilo de esta idea es preciso hacer aquí los dos comentarios siguientes:

1.ª La actividad de la Administración debe guiarse, entre otros, por el principio de la *eficiencia*, con el objetivo de obtener la máxima utilidad de los recursos que gestiona, singularmente los fondos públicos.

Como establece la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, las Administraciones Públicas deben respetar en su actuación el principio de «eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos» (art. 3.1.j)).

Como señala el Preámbulo de la Ley 39/2015 —Ley que se refiere a la eficiencia hasta en 10 ocasiones—, la nueva configuración de las Administraciones Públicas exige de éstas que sean eficientes. De ahí que señale que el régimen jurídico-administrativo actual se creó con la intención de *«racionalizar la actuación de las instituciones y entidades del poder ejecutivo, mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar su productividad»*.

En el caso de las Entidades Locales, está llamada a la eficiencia es más evidente si cabe. Como luego se indicará, el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local («LBRL»), a la hora de gestionar los servicios públicos de competencia local habrán de optar por *«la forma más sostenible y eficiente»* de las legalmente previstas (gestión directa o indirecta, con sus distintas variantes en cada caso).

Traído al ámbito de la iniciativa privada, este requisito de eficiencia exige a las Administraciones Públicas que valoren si el proyecto propuesto por la iniciativa privada supone o no una gestión más eficiente de los recursos públicos involucrados.

2.ª En relación con la figura de la concesión, es necesario recordar que la LCSP configura el contrato de concesión —tanto obras como servicios— como un tipo de contrato especial, que sólo puede utilizarse cuando concurren ventajas, cuantitativas o cualitativas, que aconsejen su utilización frente a otro tipo de contratos (art. 247.2.b) LCSP).

⁹ En este último supuesto —que la iniciativa privada tenga por objeto una obra o servicio que, en el momento en el que se presenta la iniciativa, ya es objeto de una concesión previa— entendemos que la tramitación de la iniciativa privada únicamente cabría *cuando la concesión finalizase o estuviera en fase de finalización*.

Es decir, a nuestro juicio no sería posible plantear el rescate de la concesión preexistente y la posterior licitación de una nueva concesión basada en la iniciativa privada. Ello, en virtud de lo que dispone el artículo 279 LCSP, conforme al cual el rescate sólo es posible cuando la Administración pretenda asumir la gestión directa del servicio porque esta gestión directa se pruebe más eficaz y eficiente que la concesional.

¹⁰ En su dictamen al anteproyecto de la LCSP, el Consejo de Estado hizo hincapié en la importancia de elaborar estudios de viabilidad sólidos. En este sentido, el alto órgano consultivo recomendó que se valorase la conveniencia de incluir algún mecanismo de control de la adecuación a la realidad de los estudios de viabilidad, *«provengan de la propiedad Administración o de la iniciativa privada»* (Dictamen n.º 1116/2015, de 10 de marzo de 2016).

¹¹ A este respecto, la Junta concluye que *«Corresponde a la Administración la redacción, incluidos los supuestos de iniciativa privada en eventuales concesiones, según el grado de complejidad de las obras, del anteproyecto o proyecto de las mismas, pudiendo, en su caso, los licitadores presentar mejoras o variantes a los mismos, si se establece en el pliego de cláusulas administrativas particulares»*.

En un sentido más general, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA afirma que *«la intervención del particular sólo afecta a la "iniciativa" propiamente dicha, dado que la tramitación y aprobación final lo será siempre de la Administración»* (GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, «El

contrato de concesión de obras públicas en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, n.º 274-275, 2006, p. 218).

¹² «La potestad de sustituir el estudio de viabilidad definido en el artículo 112.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, por un estudio de viabilidad económico-financiera, así como la responsabilidad de la elaboración de este último, en los términos previstos en el artículo 112.6 de la Ley de Contratos del Sector Público, corresponde únicamente a la Administración concedente, independientemente de que se haya ejercido la iniciativa administrativa o no».

¹³ «Me interesa destacar que, a mi juicio, no parece que existan razones para negar la posibilidad de que la iniciativa privada en la presentación del estudio de viabilidad pueda también operar en relación con estudios de viabilidad económico-financiera. Si de lo que se trata es de fomentar en este y otros ámbitos la participación ciudadana —en este caso manifestada a través de la presentación de iniciativas—, la circunstancia de que se trate de una obra peculiar o que requiera una inversión de cuantía limitada, no tiene necesariamente que impedir que pueda operar también la iniciativa privada, con las consecuencias ya señaladas» (GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: «El contrato de concesión de obras públicas en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, n.º 274-275, 2006. P. 219).

¹⁴ El Banco Mundial ha puesto de manifiesto que uno de los riesgos de la iniciativa privada es que, si no se gestiona adecuadamente, puede dar lugar a que la Administración que se encuentra con parte del trabajo hecho, dé prioridad a proyectos que en realidad no tienen tanta, y por el contrario descuide el avance de otros proyectos más perentorios (*Review of Experiences with Unsolicited Proposals in Infrastructure Projects*, 2017, pp. 9 y ss).

¹⁵ La LCSP no indica en qué momento debe el proponente informar del coste de elaboración de su estudio de viabilidad, ni tampoco cuándo debe la Administración validar este coste, modificarlo o rechazarlo. No obstante, por las razones que se indicarán en el comentario n.º 5 del epígrafe 2.3 (p. 15 de este Informe), a nuestro juicio lo más adecuado sería que el proponente informase sobre este coste en el mismo momento de su presentación, de manera que en su estudio inicial la Administración también pudiera valorar este extremo.

¹⁶ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: «El contrato de concesión de obras públicas en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, n.º 274-275, 2006. P. 218.

¹⁷ En 2001, el Consejo de Estado emitió su dictamen sobre el Anteproyecto de ley Reguladora de la Concesión de Obras Públicas, en el que alertó del riesgo de que la iniciativa privada pudiera vulnerar los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y no discriminación (dictamen n.º 3375/2001, de 5 de diciembre). Sin embargo, en todos los dictámenes posteriores que este supremo órgano consultivo ha emitido con ocasión de las modificaciones legales en materia de contratación pública ha eliminado esta objeción (dictámenes sobre los dos anteproyectos de Ley de contratos del Sector Público siguientes, n.º 514/2006, de 25 de mayo y n.º 1116/2015, de 10 de marzo de 2016).

¹⁸ BANCO MUNDIAL, *Review of Experiences with Unsolicited Proposals in Infrastructure Projects*, p. 74.

En sus estudios, el Banco Mundial pone de manifiesto que, de todos los sistemas para fomentar la iniciativa privada (división del proceso en fases, mejora en la puntuación, el denominado «*desafío suizo*» —otorgamiento de un derecho de tanteo al proponente—, etc.), el basado en una en una ventaja de la puntuación es el que, en la práctica, ha generado más competencia. En concreto, el Banco Mundial señala que, en el caso de Chile, donde se aplica este mecanismo, en 2015, de 19 concesiones adjudicadas por este procedimiento sólo 7 se habrían adjudicado al proponente original.

En cuanto a partir de qué porcentaje de bonificación se considera excesivo, el PPIAF propone un umbral del 10% sobre la puntuación total y considera que un 20% resultaría excesivo y afectaría a la competencia (PPPIAF, *Toolkit for Public-private Partnerships in roads & highways*, 2009, p. 86).

¹⁹ BANCO EUROPEO DE INVERSIONES, *Guide to Procurement*, Luxemburgo, 2011, p. 15.

²⁰ HERRERA, Antonio, «La cesión de créditos futuros como método de financiación de infraestructuras públicas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 10, 2005.

²¹ Cuestión distinta es la de que, tras presentar el estudio de viabilidad, el proponente tome parte en un proceso de reestructuración empresarial (fusión, cesión de rama de actividad, etc.). En tales casos se considera que deberían operar las reglas generales de la LCSP para este tipo de supuestos.

²² Como ha señalado el Tribunal Supremo «... esa agrupación de empresarios que aglutina a quienes aparecen en el contrato administrativo, con la posición del contratista, **no es algo que pueda encarnar frente a la Administración contratante, y al margen de las personas de sus componentes, un separado centro subjetivo de imputación de derechos y obligaciones**» (STS 26 de abril de 2001). Por tanto, los miembros de la UTE conservan sus derechos y obligaciones, así como sus características particulares de solvencia, etc., que acrecientan y benefician a la agrupación en su conjunto.

²³ En relación con esta cuestión, en un estudio elaborado por CEOE en 2013 ya señala: «El apartado 5 del artículo 128 del TRLCSP prevé en esos casos la indemnización (con un porcentaje de beneficio) del autor del plan de viabilidad, si bien la sujeta a la condición de que el estudio hubiera resultado suficiente; condición lógica, pero que introduce un elemento de incertidumbre en la compensación (raro sería el plan que no sea —o pueda ser— completado o modificado por la Administración en la preparación del contrato) que socava el incentivo del empresario». CEOE, *La inversión en infraestructuras públicas en España. Propuesta de mejora del marco legal y la práctica de la contratación pública en materia de concesiones y colaboración público-privada*, 2003, p. 18.

²⁴ Como es sabido, la LCSP elimina la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos. En su lugar, introduce la figura de la «*concesión de servicios*», que a priori no distingue si el servicio concesionado tiene carácter de servicio público o no. Ahora bien, en el caso de que el servicio objeto de concesión sea un servicio público, le resultarán de aplicación determinadas previsiones de la LCSP, así como de otras normas legales (en particular las contenidas en la LBRL, cuando el servicio público sea competencia de una Entidad Local).

²⁵ El Banco Mundial deja constancia del ejemplo del estado de Victoria (Australia), que recoge una medida híbrida: los proponentes deben identificar toda información confidencial que quieren proteger. Tras ello —y si finalmente el proyecto es aprobado por la Administración—, el proyecto se licita basado en resultados y no en tecnología, sin revelar información tecnológica en la medida de lo posible. Pese a ello, si la propiedad intelectual es un elemento esencial para el servicio u obra objeto de la concesión, el gobierno negocia con el proponente la adquisición de los derechos de propiedad intelectual necesarios antes de licitar el proyecto.

²⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones: «*Mobilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)*», COM (2009) 615 final.

²⁷ Información facilitada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su página web: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/globalpartnerships/>