

SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 1/2009

INFORME 1/2009, DE 13 DE FEBRERO DE 2009. INICIATIVA PRIVADA Y ACTUACIONES PREPARATORIAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

ANTECEDENTES.

Con fecha 15 de enero de 2009, tuvo entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de Informe por el Ajuntament de Benicàssim al amparo del Art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo del Gobierno valenciano, con el siguiente tenor literal:

"Tenemos dudas sobre la gestión de la concesión de obra pública, en concreto, sobre las actuaciones previas contempladas en los artículos 112, 113 y 114 de la Ley 30/2007 de contratos del Sector Público.

Consideramos que son dos tipos de documentos los que deben de existir en esta fase previa:

- 1. Estudio de viabilidad o Estudio de viabilidad económico-financiero, dependiendo de la naturaleza y finalidad de la obra o por la cuantía de la inversión requerida.*
- 2. Anteproyecto de construcción y explotación de la obra o Proyecto de la obra, dependiendo de la complejidad de la obra y del grado de definición de sus características.*

Nuestra pregunta es la relativa a ¿cuáles de los documentos mencionados anteriormente pueden ser objeto de iniciativa privada? Si nos atenemos al tenor literal de los artículos ya reseñados, únicamente se utiliza el término de 'iniciativa privada' en el caso del estudio de viabilidad, ¿ello es así? ¿También se entendería ampliada dicha iniciativa privada al estudio de viabilidad económico-financiera por ser el documento equivalente al de estudio de viabilidad?

En el Ayuntamiento hemos considerado que la iniciativa privada sólo se admite respecto del estudio de viabilidad, el resto de documentos los llevará a cabo el Ayuntamiento, sin embargo, nos gustaría que se fundamentaran estas cuestiones a los efectos de poder llegar a la conclusión de que estamos en lo cierto."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

La cuestión de la iniciativa privada en el contrato de concesión de obra pública ya fue alertada por la Comisión Europea en su informe al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 12 de diciembre de 2006. En efecto, se llamaba la atención sobre la iniciativa privada en el contrato de concesión de obra pública esgrimiendo la posible vulneración del Art. 2 de la Directiva 2004/18/CE siempre que permita al autor del estudio influir sobre las condiciones de la licitación, o le otorgue alguna ventaja que pueda falsear la competencia.

En este sentido, la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 112, delimita el estudio de viabilidad, debiendo definirse en éste “las características esenciales” de las obras, así como otros aspectos técnicos relativos a la construcción y uso y el coste de dicha inversión. Este estudio tiene que dar paso, en caso de apreciarse la viabilidad, a dos documentos previos a la licitación: en cuanto a las obras, el anteproyecto o proyecto de construcción según rezan los Art. 113 y 114 de la citada Ley, y además, el anteproyecto de explotación de las obras.

En ambos casos, estos documentos deben ser preceptivamente objeto del expediente de contratación y corresponde a la Administración su elaboración sobre la base del estudio presentado por la iniciativa privada, de forma que, en función de la complejidad de la obra objeto de concesión, la Administración redactará un anteproyecto (Art. 113) o un proyecto (Art. 114).

Así, el Art. 113, dispone “... la Administración concedente, aprobado el estudio de viabilidad, podrá acordar la redacción del correspondiente anteproyecto...”. Por su parte el Art. 114 señala que es la Administración la que procederá a la redacción del proyecto cuando las obras sean definidas en todas sus características por ella. La Administración podrá confeccionarlos con sus propios medios o a través del correspondiente contrato de servicios. En su caso, los licitadores, si así lo determina el pliego de cláusulas administrativas, podrán mejorar u ofrecer alternativas a los mismos, y en caso de anteproyecto, se podrá incluir la correspondiente redacción de los proyectos de obras. (Véanse los Art. 113.5 y 114.4)

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, e independientemente del estudio de viabilidad regulado con carácter general, el Art. 112.6 establece preceptivamente que es la Administración la que podrá, en su caso, sustituir dicho documento por un estudio de viabilidad económico-financiera, cuando considere que éste es suficiente para tomar la decisión de construir y explotar la obra pública en régimen de concesión, si bien deberá motivar su decisión, puesto que el estudio económico financiero no tiene el contenido ni el nivel de detalle del estudio de viabilidad del Art. 112. Es precisamente por ello que, en estos casos, el mismo artículo y apartado establece que la Administración *elaborará además* [del estudio de viabilidad económico-financiera que ha servido para tomar la decisión], antes de

SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 1/2009

licitar la concesión y a los efectos del trámite de información pública, el correspondiente anteproyecto o, en su caso, proyecto de la obra pública que se propone adjudicar en régimen de concesión.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- 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 el caso de que el documento que acompaña la licitación de la concesión de obras públicas fuera el anteproyecto, según los pliegos que rijan de la contratación, y en los términos de la concesión podrá corresponder su presentación al concesionario.

SEGUNDA.- 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 privada o no.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

VºBºEL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, Art. 1.a) Orden de
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)



José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENTE

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 13 de febrero de 2009.