

# LA SUPERVISIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: LA PERSPECTIVA DE LA OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN

María Luisa ARAUJO CHAMORRO  
Presidenta de la Oficina Independiente  
de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon)

**SUMARIO:** 1. LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN: REGULACIÓN Y ACTIVIDAD.— 2. EL INFORME ESPECIAL DE SUPERVISIÓN SOBRE LA CONTRATACIÓN DE CONCESIONES.— 3. RECOMENDACIONES PARA UN MEJOR FUTURO PARA LAS CONCESIONES.

**RESUMEN:** Buena parte de los instrumentos de contratación pública son, en sentido amplio, una manifestación de colaboración público-privada. No obstante, su principal figura de aplicación es la de los contratos de concesión.

Desde la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon) realizamos una doble aproximación a la realidad de este tipo de contratos. La primera y por mandato de la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la abordamos a través de la Oficina Nacional de Evaluación (ONE), órgano colegiado integrado en OIReScon que se ocupa de evaluar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión cuando se realice algún tipo de aportación pública, conforme regula el artículo 333 de la propia LCSP. Por otra parte, como OIReScon, tenemos la obligación de velar por la correcta aplicación de la legislación de contratos, para lo que estamos facultados a realizar encuestas e investigaciones que den lugar a informes especiales de supervisión, pudiendo centrarse esta actividad de supervisión en los contratos de concesión.

En ambos casos, la actuación de las dos Oficinas se realiza en un marco de independencia, ya que los miembros de ambos órganos colegiados no podrán solicitar ni aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada.

## 1. LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN: REGULACIÓN Y ACTIVIDAD.

Comenzando con nuestra actuación como parte de la Oficina dedicada a la evaluación de contratos de concesión, debemos recordar que los antecedentes legislativos sobre ésta se encuentran en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que incorpora una nueva disposición adicional al entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dejándose para una futura Orden Ministerial la determinación de su composición, organización y funcionamiento. No obstante, dicho imprescindible desarrollo no llegó a producirse.

En la vigente LCSP se incluye de nuevo esta Oficina que, con carácter de órgano colegiado, pasa a estar integrada en OIREscon. Su regulación fundamental se encuentra en el artículo 333 de la citada LCSP y se concreta y desarrolla en la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la ONE. El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) había asumido el compromiso de que esta Oficina estuviese efectivamente operativa antes de 31 de diciembre de 2021, compromiso cumplido mediante la Orden anteriormente citada y el efectivo inicio de actividades.

La finalidad de ONE, como ya se ha señalado, es analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de servicios, así como de los acuerdos de su restablecimiento económico, para lo que emitirá un informe preceptivo, pero no vinculante. Con él se evaluará si la rentabilidad del proyecto obtenida en función del valor de la inversión, las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y la tasa de descuento establecida, es razonable en atención al riesgo que asuma el concesionario.

La ONE deberá informar en los supuestos establecidos en el apartado 3 del artículo 333 de la LCSP, esto es, en las propuestas de contratos de concesión en las que se den las siguientes circunstancias:

- a)* Cuando el valor estimado del contrato (VEC) sea superior a un millón de euros y se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario.
- b)* En el caso de las concesiones de obras y de servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.

Asimismo, la ONE informará los acuerdos de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, respecto de las concesiones que hayan sido informadas previamente o que, sin haber sido informadas, supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en estas, siempre y cuando el VEC sea superior a un millón de euros.

Desde un punto de vista subjetivo, la obligación de solicitar este informe a la ONE afecta a poderes y entidades adjudicadores dependientes de la Administración General del Estado, de las corporaciones locales y de las comunidades autónomas que hubiesen optado por adherirse. En este último caso, se recuerda que las comunidades autónomas podrán crear sus propios órganos de evaluación.

Como ya hemos señalado, la ONE no es sino un órgano colegiado que, bajo la presidencia de OIReScon y con la vocalía de ésta especializada en evaluación de concesiones, integrará a otros representantes de la AGE (en número de tres) y dos vocales más con voz, pero no voto (que serán uno en representación de las organizaciones empresariales y un experto por designación de la presidencia). Junto a ello contará con representación de las corporaciones locales, en el caso de informes sobre proyectos procedentes de este sector, o de la comunidad autónoma adherida si se va a evacuar un informe a petición suya. Todo ello se encuentra ampliamente regulado en el propio artículo 333.2 y en la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre.

Con carácter fundamental, las unidades de OIReScon responsables de la elaboración de la propuesta de informe que se eleva a Pleno analizarán la demanda, vinculando este análisis al examen del sistema de retribución del concesionario. Se comprobará si la duración de la concesión propuesta es conforme con la normativa contenida en el artículo 29 de la LCSP y normas concordantes. Del mismo modo se evaluará si se produce o no transferencia de riesgo operacional que permita calificar a la propuesta como contrato de concesión. Finalmente se concluirá informando acerca de la sostenibilidad del contrato, como resultado de balancear la rentabilidad prevista con el riesgo transferido.

Durante los casi dos años de funcionamiento de la ONE se han recibido 60 solicitudes de informe<sup>1</sup>, siendo más del 78,3 por 100 de las mismas relativas a proyectos de concesión de servicios. El principal solicitante es el sector público local, con un 86,7 por 100 del total de solicitudes recibidas.

De estas 60 solicitudes, un 60 por 100 plantean un VEC inferior a 12 millones de euros, por lo que el Informe a emitir por ONE será de carácter básico. Por otro lado, se evidencia la dificultad de los gestores para conformar expedientes de calidad, ya que en el 86,49 por 100 de los casos es preciso solicitar aclaraciones e información adicional.

En 13 de los expedientes, el solicitante ha desistido, retirando su petición. En 9 supuestos las solicitudes no se han admitido por no cumplir con los requisitos de carácter objetivo o subjetivo para formularse, por ser extemporáneas, etc.

A mediados de diciembre de 2023, se habían emitido 37 informes, quedando un proyecto en estudio. Dentro de los informes encontramos dos solicitudes de restablecimiento del reequilibrio del contrato, habiéndose informado una favorablemente y

---

<sup>1</sup> Los datos sobre actividad de la ONE son el resultado de la actualización a 1 de diciembre de los recogidos en el *Informe Especial de Supervisión relativo a los contratos de concesión en 2022* elaborado por OIReScon y aprobado por su Pleno con fecha 17 de noviembre de 2023.

siendo negativo el informe emitido en el otro supuesto. En los restantes 35 informes, en 18 de ellos no se consideró acreditada la transferencia de riesgo operacional al concesionario.

## 2. EL INFORME ESPECIAL DE SUPERVISIÓN SOBRE LA CONTRATACIÓN DE CONCESIONES

Por otro lado, y como ya se ha expresado, desde la OIREscon y en ejercicio de las facultades que nos confiere la LCSP, hemos decidido abordar, mediante la realización de un informe de supervisión, el estudio de los contratos de concesión en España durante 2022<sup>2</sup>. Con este Informe hemos querido analizar la situación de las concesiones en España desde diferentes perspectivas. Así estudiamos las cifras que nos ofrecen las plataformas de contratación sobre esta tipología de contratos en relación con el conjunto, abordamos un trabajo de supervisión sobre una muestra relevante de este tipo de expedientes, incluimos un balance de la actividad desarrollada por la ONE y de la de otras oficinas similares de ámbito autonómico, realizamos un estudio de derecho comparado en el ámbito europeo e incorporamos los resultados de un grupo de trabajo en el que contamos con participación académica, del sector privado y de diferentes niveles de administración.

Comenzando por el análisis de las cifras, debe indicarse que se trata de un estudio cuantitativo de las cifras principales de los contratos de concesión registrados en 2022, siendo una exploración externa de las características generales de los procedimientos de contratación concesional y su comparación con los de la contratación pública en su conjunto. Los datos de partida son los datos abiertos de la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) ya agregados con los correspondientes a las plataformas de contratación autonómicas.

La primera conclusión a destacar es la reducida importancia que tienen los contratos de concesión en el conjunto de la contratación pública, ya no sólo en 2022 sino también en la serie desde 2018. El peso de las concesiones sobre el total de la contratación pública en 2022 en importe económico (PBL sin impuestos), supone el 3,88 por 100 del total de licitaciones (3.904,52 millones de euros). En número de expedientes, toda la serie fluctúa entre el 1,11 por 100 en 2018 y el 1,37 por 100 en 2022.

Por otro lado, del total de las concesiones licitadas en 2022, en términos de volumen económico, el 90,17 por 100 fueron concesiones de servicios (incluyendo aquí la extinta categoría de contratos de gestión de servicios públicos), mientras que el 9,83 por 100 fueron concesiones de obras. El sector público local es el que más contratos de concesión licita, con un 82 por 100 del total del volumen económico de concesiones en 2022.

---

<sup>2</sup> Se trata del *Informe Especial de Supervisión relativo a los contratos de concesión en 2022*, elaborado por OIREscon y aprobado por su Pleno con fecha 17 de noviembre de 2023, del que proceden todos los datos que se recogen a continuación.

Finalmente es reseñable el escaso interés que parecen despertar estas licitaciones entre el sector privado. La concurrencia media es de 1,97 licitadores por contrato, lo que arroja una cifra sensiblemente inferior a los datos equivalentes para los contratos de servicios, suministros y obras, con 3,21, 2,90 y 4,50 licitadores de media, respectivamente. Este bajo interés se confirma al analizar el elevado porcentaje de lotes adjudicados en los que concurre un único licitador (35,5 por 100 del importe adjudicado y 55 por 100 del nº de expedientes). A ello habría que añadir la preocupante evolución al alza de las licitaciones que quedan desiertas, que pasan del 18,45 por 100 en 2019 al 29 por 100 en 2022, eliminando para este análisis las licitaciones en tramitación.

En cuanto a la actuación de supervisión directa que se ha incorporado en este Informe, contiene los resultados del examen directo y detallado de la información y documentación correspondiente a una muestra representativa de contratos de concesión, procediéndose a analizar los aspectos individualizados de cada uno de los procedimientos. Esta muestra asciende a 241 contratos de concesión que figuran en PLACSP, cuyo VEC es superior a un millón de euros y en los que concurre la doble circunstancia de haber sido licitados y adjudicados en 2022.

De esta actuación cabe destacar una primera conclusión, coherente con los resultados del análisis de cifras que se ha resumido en los párrafos anteriores, y que nos habla, de nuevo, de un escaso interés por este tipo de contratos. En esta muestra se comprueba que 1 de cada 3 licitaciones finaliza sin adjudicarse, o bien porque no hay licitadores o estos no resultan aptos, o bien porque desisten o es objeto de renuncia por parte del órgano de contratación.

El examen de la documentación de esta muestra de expedientes nos permite comprobar que sólo el 4,98 por 100 de los contratos efectúa una verdadera valoración analítica de la transferencia de riesgo operacional, dejando constancia de la misma.

Por otra parte, en el 48,5 por 100 de los expedientes de la muestra se plantea una duración superior a 5 años. En estos, en un 27,5 por 100 de los casos no hay inversiones que lo justifiquen, de acuerdo con el artículo 29.6 de la LCSP. Dentro de los expedientes que sí contemplan inversiones, en el 69 por 100 no consta utilización de tasa de descuento para calcular el periodo de recuperación de la misma. Sólo en el 19 por 100 sí se ha utilizado la tasa prevista en el artículo 10 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. Realmente en la mayoría de contratos con plazo superior a 5 años, se proponen duraciones múltiplo de 5 sin ninguna justificación aparente.

En la muestra examinada se detectan errores y omisiones de justificación en el cálculo del VEC y del PBL. También se aprecian carencias relevantes en la documentación, como es la falta del estudio de viabilidad (en un 13,7 por 100 de los casos), de análisis de costes (en el 31 por 100) o de análisis de ingresos (25 por 100). Pero la carencia principal guarda relación, precisamente, con el informe de sostenibilidad del proyecto a emitir por ONE o por los organismos autonómicos equivalentes. Así en el 97,5 por 100 de los expedientes no consta publicación o mención a este informe, tratándose de un documento preceptivo, tal y como ya se ha comentado con anterioridad.

También en este Informe Especial de Supervisión se han querido recoger las principales conclusiones alcanzadas por un grupo de trabajo cuya creación se impulsó desde OIREscon, ya que en el mes de enero de 2023 y a la vista de la experiencia acumulada en el primer año de funcionamiento de la ONE, se pusieron de manifiesto diferentes problemas con marcada transversalidad en la actividad desarrollada para la elaboración y aprobación de sus informes.

El grupo nació con la finalidad de analizar la problemática de los contratos de concesión en España, a la vista de la ausencia de proyectos concesionales de gran calado y de la falta de concurrencia y el alto nivel de licitaciones desiertas registradas en los pocos proyectos tramitados. De todo ello parecía deducirse una infrautilización de este tipo de contratos, lo que se entendió merecía una reflexión a fin de intentar detectar las causas. Integraron el grupo de trabajo algunos de los miembros del pleno de la ONE, representando diferentes sensibilidades y perspectivas.

Un problema relevante en el ámbito de las concesiones parece ser la dificultad para cuantificar la transferencia de riesgo operacional al contratista. En el ámbito comunitario se ha traspuesto de forma literal el concepto del artículo 5.1) de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Sin embargo, las diferentes interpretaciones del riesgo operacional podrían conducir a un trato diferente en los distintos estados miembros. En el grupo de trabajo se identificaron criterios que pueden servir para la evaluación de la transferencia de riesgo operacional de los proyectos concesionales que, de cualquier forma, deberán aplicarse singularmente a cada contrato. En todo caso, se recuerda que la regulación establecida en el artículo 312 de la LCSP puede ser una alternativa a los proyectos que no conlleven esa transferencia de riesgo operacional.

En segundo lugar y como se ha venido señalando, para los contratos de concesión de más de 5 años el artículo 29.6 de la LCSP vincula la duración máxima de las concesiones de obras y de servicios con el periodo de recuperación de las inversiones que tenga que llevar a cabo el concesionario para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato. Este periodo de recuperación de la inversión se estima en función de una tasa de descuento que limita la rentabilidad del proyecto y que se calcula en los términos descritos en el artículo 10 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, ya mencionado. Es importante señalar que esta tasa será igual, independientemente del tipo de proyecto de que se trate, de la duración que se prevea y del nivel de riesgo que asuma el concesionario en cada caso, con la única excepción de aquellos contratos de concesión financiados con cargo a fondos del PRTR. Para estos últimos, el artículo 56 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, establece una tasa de descuento mayor.

Equiparar el período de duración del contrato al período de recuperación de la inversión, calculado a través de una tasa de descuento dada, define una rentabilidad en términos de tasa interna de rentabilidad (TIR) con un valor que se aproxima a esa misma tasa de descuento. A la vista de todo ello, en el grupo de trabajo se analizaron diversas soluciones que, en todo caso, parecían requerir la modificación de este régimen

jurídico proponiéndose diversas alternativas que pasaban desde modificar el propio artículo 29 de la LCSP hasta introducir reformas en el artículo 10 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero antes citado, cambiando los parámetros de referencia.

### **3. RECOMENDACIONES PARA UN MEJOR FUTURO PARA LAS CONCESIONES.**

En definitiva, del conjunto de estos análisis que se han presentado se desprenden algunas conclusiones muy claras. En primer lugar, hemos encontrado unos proyectos de contratos de concesión de tamaño bastante limitado, que no parecen tener un calado inversor como para referirse a proyectos de obras o servicios públicos de carácter estratégico. Adicionalmente, los expedientes presentan una calidad que es, cuanto menos, mejorable, ya que adolecen de defectos y carencias relevantes, entre las que destacaría el incumplimiento de la obligación de someterse a la evaluación regulada en el artículo 333 de la LCSP.

Junto a ello y desde los diferentes análisis efectuados, se constata el poco atractivo de estas licitaciones, con unos niveles de concurrencia muy bajos y un alto porcentaje de proyectos que no llegan a adjudicarse, tanto por resultar desiertos como por finalizar con el desistimiento o renuncia.

Todo ello provoca que la importancia de los contratos de concesión en el conjunto de la contratación pública sea muy reducida, situándose en niveles muy inferiores a los obtenidos como media en el conjunto de la Unión Europea.

A la vista de estas conclusiones, se deducen algunas recomendaciones que procedemos a sintetizar.

Un primer bloque apostaría por la necesidad de mejorar los propios proyectos, comenzando con un mejor diseño de los mismos, lo que necesariamente requiere abordar con más rigor y detalle el correspondiente estudio de viabilidad. También parece exigirse una mejor planificación, preparación y seguimiento posterior de los expedientes. En este sentido se recomienda el empleo de instrumentos de formación especializada que contribuyan a la consecución de este objetivo de mejora.

En segundo lugar, se requiere un mayor control y transparencia en estos proyectos, lo que comienza con la mejora de la calidad de los datos, a fin de poder contar con la información adecuada. También se recomienda dar adecuada publicidad al estudio de viabilidad para que, de forma transparente, los potenciales licitadores puedan conocer el proyecto que aspiran a desarrollar. En este epígrafe se hace de nuevo necesario recordar la necesidad de solicitar el informe de la ONE o de los órganos autonómicos similares, a fin de dar cumplimiento al artículo 333 de la LCSP, pero también para contar con una visión externa y especializada de evaluación del proyecto, que permita detectar y corregir las debilidades del mismo.

En la preparación de los proyectos debe realizarse un análisis adecuado de la transferencia del riesgo operacional, así como establecer la duración del contrato

conforme al cálculo del período de recuperación de las inversiones. Sin embargo y con el objetivo de despejar estos dos puntos críticos, quizá procedería una revisión normativa que aleje las ambigüedades, en el caso del análisis de la transferencia de riesgos, y que permita licitar proyectos sostenibles a partir de una definición de rentabilidad más adecuada.

Siendo la concesión una fórmula de contratación reconocida por la LCSP debemos considerarla claramente infrautilizada en España, a la vista del análisis expuesto. La finalidad de trabajar en la detección y solución de los problemas enunciados no debe ser potenciar sin más el uso del contrato de concesión, sino proponer su utilización cuando se justifique que resulta un instrumento más eficiente que los contratos convencionales.

En este sentido se recuerda que la propia Directiva 2014/23/UE los califica como *instrumentos importantes* para el desarrollo de infraestructuras y servicios estratégicos, *contribuyendo al desarrollo de la competencia* a partir del aprovechamiento de las propias del sector privado y *contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación*.